

Van den Schrijver.

EEN KEERPUNT

IN DE

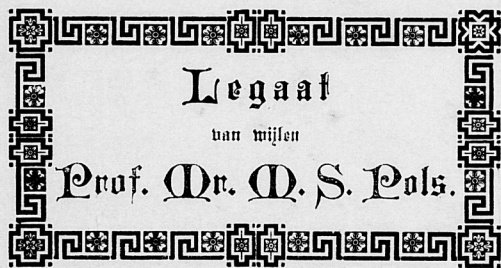
BEDEFENING VAN HET STAATSRECHT,

DOOR

Mr. J. A. LEVY,

Advocaat te Amsterdam.

L. oct.
2715



Legaat

van wijlen

Prof. Mr. W. S. Pols.

EEN KEERPUNT IN DE BEOEFENING VAN HET
STAATSRECHT,

DOOR

Mr. J. A. LEVY.

DR. PAUL LABAND. *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. Dl. I & II (Tübingen 1876. 1878).*

De verschijnselen van het Staatsleven kunnen, al naar gelang van het standpunt, dat de beoordeelaar inneemt, met drieledig oogmerk ter sprake worden gebracht. Vestigt men den blik op den Staat als voorwaarde tot ontwikkeling der menschheid (cultuurmoment), hij zal in de algemeene wereldbeschouwing eene plaats, en van deze zijn stempel erlangen: *philosophische behandelingswijze*. Let men bij voorkeur op het doel, dat de Staat als hoogste uiting der volksgemeenschap te verwezenlijken heeft, de geschiktheid van zijn innerlijk samenstel zal ten toets komen: *politische behandelingswijze*. Streeft men, ook voor den Staat, naar de harmonische eenheid, die het rechtsbewustzijn allerwege eischt, de onderlinge verhouding en deugdelijke werking der factoren van het Staatsgezag zullen de oplettendheid vergen: *juridische behandelingswijze*. Met dit klaverblad zijn, zie ik wèl, de wegen, die het wetenschappelijk onderzoek inslaan kan, aangeduid. De *ontologische* navorsching vraagt zich af: wat is de Staat? Van daaruit legt zij den grondslag bloot, waarop het Staatsgebouw zal dienen te verrijzen. Om dien grondslag bekreunt zich de *teleologische* opvatting of in het geheel niet, of slechts zeer in het voorbijgaan. Haar is het te doen om een antwoord te erlangen op het vraagstuk: hoe moet de Staat voor zijne functiën zijn toegerust? De *methodologische* beschouwing eindelijk wendt zich tot den bestaanden of voorleden, in allen gevallen concreten Staatsvorm, ten einde op te lossen in

N. Bijdr. voor Rechtsgeleerdheid en Wetgeving. N. R. Dl. VI. 1890.

4



hoeverre deze aan de technische eischen der rechtside beantwoordt.

Het werk, welks titel zoo even is afgeschreven, heeft de nadrukkelijk uitgesproken en streng volgehouden bedoeling om tot de derde aangewezen klasse te worden gerekend. Zijne belangrijkheid ook voor den Nederlandschen lezer, dankt het aan de uitnemende wijze, waarop het wit is getroffen. In de beide tot dusver verschenen deelen gaat LABAND geheel het stellige Staatsrecht van het Duitsche Rijk door. De constitutie en haar uitvloeisel, de organieke wetgeving onzer oostelijke naburen, behandelt hij in systematischen, d. i. afgeronden en tot één geheel gebrachten vorm. Hij ontvouwt derhalve in vollen omvang het publieke recht, op dit oogenblik in Duitschland geldig. Op zich zelf reeds is de kennismeming eener Staatsordening van zoo groote beteekenis, ook voor den vreemdeling, die gewoon is iets verder te zien dan zijne landpalen reiken, eene alles behalve onverschillige zaak. De voorrang, die der Germaansche wetenschap van oudsher toekwam, heeft het Rijk, het zwaard in de vuist, ook in staatkundig opzicht thans zich veroverd. Sedert de kroon van Barbarossa de slapen van den heldenvorst siert, staat daar, machtig en ontzagwekkend, de reuzenbouw, die schier geheel Middel-Europa omvat. Zoolang de Duitsche Bond aan tal van Staten een bodem verschafte meer tot onderlingen naijver dan tot aaneensluiting, kon wijlen het Bondsrecht op niet meer dan uiterst bescheiden aandacht rekenen. Het Rijkrecht daarentegen dwingt belangstelling af, al ware het slechts om te weten, hoe de pas gegrondveste Staat de moeilijke taak zijner inrichting aanvaard en voorshands tot een gelukkig einde gebracht heeft.

Toch is het niet deze overweging, die, ten behoeve mijner landgenooten, tot de aankondiging van bovengemeld werk mij deed besluiten. Het Duitsche Rijk, voortbrengsel van drang naar eenheid, vaderlandsliefde en staatsmanswijsheid, is een uiterst samengestelde schepping. Het heeft in vele hoogst eigenaardige behoeften te voorzien, en niet weinige

uiterst gevoelige aanspraken te ontzien. Het spreekt van zelf dat deze noodzakelijkheid in onderscheidene instellingen van zijn publiek recht zich afspiegelt. Bij het ontwerpen der Rijksgrondwet moest nauwlettend acht geslagen worden op zekere middelpuntschuwendende krachten, ten einde door overijling het centrale gezag niet in gevaar te brengen. De zeer bijzondere stelling, waarin uit dit oogpunt het tegenwoordige Duitschland verkeert, maakt, het moet worden erkend, de beoefening van zijn Staatsrecht voor den vreemdeling minder aanlokkelijk. Grondwetten hebben natuurlijk al de moderne Staten gemeen. Te levendiger echter zal de zucht zijn om met hun inwendig mechanisme zich vertrouwd te maken, naarmate de overeenstemming van het openbare leven grooter, dus de verwantschap inniger is.

Mist alzoo het Deutsche Staatsrecht in den vreemde de aanbeveling, die in gelijksoortigheid met eigen toestanden gelegen is, juist daardoor erlangt het, behandeld gelijk door LABAND is geschied, ééne voorkeur. Ik zou haar *objectiviteit* willen noemen, omdat uit kracht zijner beschouwingswijze zelf de vorm in het licht treedt, de stoffe naar den achtergrond gedrongen wordt. Ziehier hoe hij de taak aanwijst en volbrengt: »Die einfache Uebertragung civilrechtlicher Begriffe und Regeln auf die staatsrechtlichen Verhältnisse ist der richtigen Erkenntniss der letzteren gewiss nicht förderlich; die civilistische Behandlung des Staatsrechts is eine verkehrte. Aber unter der Verurtheilung der civilistischen Methode versteckt sich oft die Abneigung gegen die juristische Behandlung des Staatsrechts und indem man die Privatrechtsbegriffe vermeiden will, verstoßt man die Rechtsbegriffe überhaupt, um sie durch philosophische und politische Betrachtungen zu erzetzen. Im Allgemeinen hat die Wissenschaft des Privatrechts vor allen anderen Rechtsdisciplinen einen so grossen Vorsprung gewonnen, dass die letzteren sich nicht su scheuen brauchen, bei ihrer reiferen Schwester zu lernen und bei dem heutigen Zustande der staatsrechtlichen und insbesondere

»reichsrechtlichen Literatur ist weit weniger zu fürchten, »dass sie zu civilistisch, als dass sie unjuristisch wird und »auf das Niveau der politischen Tagesliteratur herabsinkt. 1)

Het gevaar, in deze woorden geschetst, dreigt niet enkel in Duitschland, Ook elders, met name ten onzent, wordt de juridische behandelingswijze van het Staatsrecht zoo al niet geheel verwaarloosd, dan toch in de schaduw gesteld. Men verwarre haar niet met tekstverklaring of exegese der grondwettige en andere staatsrechtelijke voorschriften. Aan dezen noodzakelijken voorarbeid, voor zoover hij rechtsgeleerde beteekenis heeft, wetenschappelijke waarde te ontzeggen, zal wel niemand in het hoofd komen. De bedoeling is veeleer dat, ook ten onzent, *bij het critisch oordeel over staatsrechtelijke toestanden het juridisch moment, meer dan voegzaam, nuttig en noodig is, wordt gemist.* Het bewustzijn, dat men bij de Staatsinrichting en het Staatsbeheer niet heeft vrije hand, maar gebonden is aan de techniek van het recht, is verzwakt, omdat het door desbevoegden niet vaak genoeg wordt ingescherpt. Hiermede hangt, oorzaak of gevolg, een dieper liggend euvel samen.

Het feit, dat er een *Staatsrecht*, d. i. een recht niet slechts *van* maar *voor* den Staat, zelfstandig, dwingend, alles en allen beheerschend, aanwijsbaar is, wordt niet luide genoeg verkondigd. Daardoor ontbreekt, in leerstelligen zin, de dam tegen wind en golven van leeringen, die, hoe onbe-suisd ook, het luidruchtigst worden aangedrongen. Op het terrein van het Staatsrecht worden diegenen overvleugeld, wier geest met de begripsvormen en denkwetten der rechtsgeleerdheid is vertrouwd, en, onwil of traagheid, zij schijnen het te dulden zonder merkbaar verzet. In deze leemte voorziet het werk van LABAND, dat den specifiek rechtskundigen bodem nooit verlaat. Het is metterdaad een doorlopend protest tegen de aanmatiging, die — zonderlinge tegenspraak — critiek van het Staatsrecht be-

1) LABAND. Das Staatsr. d. Deutsch. Reiches, (Tübingen 1876) I blz. VIII.

ooft, op oncritische en onjuridische wijze. Daarin ligt voor ons zijne verdienste. Te grooter, daar wij, aan het voorwerp van beschouwing vreemd, kalmer en ongestoorder kunnen toezien op wat wijze het rechtsgeleerd ontleedmes wordt gehanteerd.

Het kan zijn nut hebben na te gaan, waaraan het verschijnsel is toe te schrijven, dat in de wetenschap van het Staatsrecht de juridische behandelingswijze, die LABAND voorwaar niet gevonden, maar toegepast heeft, eerst sedert korten tijd dagteekent. Daaruit toch kan zoowel de grond harer achterstelling tot dusver, als de reden harer aanbeveling voor de toekomst blijken. Tweeërlei overweging schijnt hierbij in aanmerking te komen. De eerste is, dat zij in de politieke beschouwing van het Staatswezen een geduchte mededingster had en heeft. De tweede is, dat, gelijk werkelijk geschiedde, het philosophisch onderzoek haar de baan effenen en de stoffe tot bewustheid brengen moest. Zij vond alzoo een beletsel bij en miste een prikkel tot het zelfstandig onderzoek. Reden genoeg om haar uitblijven en lijdzaamheid zoo al niet te verschoonen, dan toch te verklaren.

Trachten wij vooreerst den aard van gindsche belemmering aan te wijzen. Het wetenschappelijk staatsrechtelijk betoog *uit politisch oogpunt* heeft tot kenmerk, dat het uitsluitend met de doelmatigheid der Staatsinrichting te rade gaat, en daartoe zich bepaalt. Dit beteekent geenszins, dat aan dergelijk schrijver het verband tusschen zijne Staatsopvatting en zijne wereldbeschouwing in het algemeen, niet voor den geest staat. Principiële vragen laten zich op deze wijze niet halveeren. Onze meeningen omtrent dezen vertoonen, bewust of onbewust, krachtens de eenheid van den menschelijken geest, het merk onzer overtuiging nopens den diepsten grond en het hoogste richtsnoer van handelen. De bedoeling echter der zoo even gemaakte opmerking is, dat de aard van zijn onderwerp, het gekozen standpunt, den politisch-wetenschappelijken schrijver noopt bij de ontwikkeling van het Staatsbegrip allereerst op de bruikbaarheid dier

instelling en harer functiën het oog te vestigen. Vandaar dat veelal een zeer nauwlettend onderzoek en de uiterste inspanning worden vereischt om het aansluitingspunt tusschen eene gegeven politieke en eene bepaalde wijsgeerige beschouwing met juistheid op te sporen. Immers de Staat, gelijk iedere menschenlijke ordening, kan leerstellig behandeld worden als eene instelling, die haar doel in zich zelve heeft. Zeer mogelijk is het derhalve, en voor practischen invloed alles behalve onraadzaam, binnen dien gedachtenkring te blijven, zonder dat vooraf een wijsgeerig stelsel ontworpen of overgenomen zij, waarin aan den Staat de hem eigene plaats toekomt. Ja zelfs is het geenszins onaannemelijk, integendeel in hooge mate waarschijnlijk, dat eene bepaalde *politische theorie* met zeer uiteenlopende wijsgeerige stelsels uitnemend zich verdrage. De vervaardigers van naar het heet systematische overzichten der ontwikkelingsgeschiedenis van het Staatsbegrip plegen op dit punt geen acht te slaan. Zij hebben eene étiquette gereed, en, wél of kwalijk, goed- of kwaadschiks, moet ieder schrijver, dien zij op hun weg ontmoeten, zich laten aanleunen van deze te worden voorzien. Het is zaak de uiterste behoedzaamheid in acht te nemen tegenover dergelijke volijverige rangschikking. Zij is veelal gewelddadig, om de eenvoudige reden, dat op het gebied der geesteswetenschappen de aanschakeling van ideeën nu eenmaal niet noodwendig plaats grijpt naar het van te voren vastgestelde snoer.

Aan een bij uitstek politiek-wetenschappelijk schrijver, zij, tot staving der pas ontvouwde stelling, een voorbeeld ontleend. Men kent den invloed dien MONTESQUIEU'S *Esprit des Lois* op de vestiging en inrichting van het moderne Staatswezen heeft geoefend. Het zou niet moeilijk zijn voor den constitutioneelen Staatsvorm op het Vasteland een afstammingslijn te trekken, wier aanvang gelegen is in des elfden boeks wereldberoemd zesde hoofdstuk, getiteld: de la constitution d'Angleterre. In welke verhouding staat nu deze machtige geest tot de stelselmatige bespiegelende wijsbegeerte?

Het antwoord op deze vraag geeft de jongere FICHTE als volgt: »Dieses werk (bedoeld is l'Esprit des Loïs) gründet seinen Begriff des Staates eigentlich auf die Theorie von Hobbes. 1) Wij zullen dus tusschen den edelen Franschen vrijheidsapostel 2) en den Engelschen absolutist verwantschap hebben te zien.

Nu wil het geval, dat men in staat is op deze beschuldiging geen geringere dan MONTESQUIEU zelf te hooren. Na de verschijning namelijk van zijn hoofdwerk werden hem in zeker schotschrift de meest vreemdsoortige verwijten nopens zijn wijsgeerig standpunt naar het hoofd geslingerd. Een daarvan was, dat hij schuldig staan zou aan Spinozisme. MONTESQUIEU gaf zich de moeite te antwoorden in een opstel, dat van bijtend vernuft, geestigen spot en spelende luim vonkelt. 3) Nopens het punt, dat ons bezig houdt, zegt hij, na de woorden van zijn criticus te hebben aangevoerd: »Les ténèbres mêmes ne sont pas plus obscures que ceci. »Le critique a ouï dire que Spinoza admettait un principe aveugle et nécessaire qui gouvernait l'univers; il ne lui en faut pas davantage: dès qu'il trouvera le mot nécessaire ce sera du Spinosisme. L'auteur 4) a dit que les lois étaient un rapport nécessaire; voilà donc du Spinosisme, parce que voilà du nécessaire. Et ce qu'il y a de surprenant, c'est que l'auteur, chez le critique, se trouve Spinosiste à cause de cet article, quoique cet article combatte expressément les systèmes dangereux. L'auteur a eu en vue d'attaquer le système de Hobbes; système terrible, qui faisant dépendre toutes les vertus et tous les vices de l'établissement des lois que les hommes se sont

1) J. H. FICHTE. Die philos. Lehren von Recht, Staat und Sitte enz. (Leipzig 1850) I blz. 666.

2) Esp. des Loïs XI ch. 6: »Comme dans un état libre tout homme qui est censé avoir une âme libre doit être gouverné par lui-même, il faudrait que le peuple en corps eût la puissance législative.

3) De Défense de l'Esprit des lois komt voor in de Oeuvres de Montesquieu (Paris 1823) blz. 364.

4) Montesquieu spreekt hier van zichzelf in den derden persoon.

»faites, et voulant prouver que les hommes naissent tous
 »en état de guerre, et que la première loi naturelle est la
 »guerre de tous contre tous, renverse, comme Spinoza, et
 »toute religion et toute morale. Sur cela l'auteur a établi,
 »premièrement, qu'il y avait des lois de justice et d'équité
 »avant l'établissement des lois positives: il a prouvé que
 »tous les êtres avaient des lois; que, même avant leur
 »création, ils avaient des lois possibles; que Dieu lui-même
 »avait des lois, c'est-à-dire, les lois qu'il s'était faites. Il a
 »démontré qu'il était faux que les hommes naquissent en
 »état de guerre; il a fait voir que l'état de guerre n'avait
 »commencé qu'après l'établissement des sociétés; il a donné
 »là-dessus des principes clairs. Mais il en résulte toujours
 »que l'auteur a attaqué les erreurs de Hobbes, et les con-
 »séquences de celles de Spinoza, et qu'il lui est arrivé
 »qu'on l'a si peu entendu que l'on a pris pour des opinions
 »de Spinoza les objections qu'il fait contre le Spinosisme.
 »Avant d'entrer en dispute, il faudrait commencer par se
 »mettre au fait de l'état de la question, et savoir du moins
 »si celui qu'on attaque est ami ou ennemi." 1)

Deze onzachte terechtwijzing schijnt niet zeer te hebben gebaat. Immers JOUFFROY herkent in de leer van MONTESQUIEU ditmaal niet meer die zijns tegenvoeters HOBBS, maar het wijsgeerig stelsel van SAMUEL CLARKE, wiens zedenkundige leidraad is vervat in de formule: *the fitness of things*. Hoe wordt het bewezen? JOUFFROY deelt mede drie zinsneden (zegge: drie zinsneden) uit het lijvige *Esprit*. De rij wordt geopend door den aanhef van dit werk: »Les lois sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses." Meer is niet noodig om JOUFFROY te doen betoogen: »Les lois, messieurs, c'est à dire la règle de ce qui est bien. Et il témoigne que, par rapports nécessaires, il entend bien, comme CLARKE, qui dérivent nécessairement de la nature des choses, par cette autre phrase....." 2) Volgt eene zinsnede, die, in geheel ander ver-

1) Montesquieu. Défense enz. t. a. p. blz. 365 recto.

2) TH. JOUFFROY. Cours de droit naturel. (Paris 1876) II, blz. 215.

band, natuurlijk niet het allerminste zegt van hetgeen er uit gelezen wordt. Mutato nomine, zou derhalve MONTESQUIEU hebben kunnen antwoorden: »voilà donc du *Clar-kisme*, parce que voilà du nécessaire." Noch HOBBS, noch CLARKE, wiens naam trouwens in geheel zijn werk niet voorkomt, zou hij vermoedelijk als zijn leidsman hebben erkend. En wat den aard van zijn arbeid betreft, zou hij er nogmaals op hebben gewezen, dat zijn *Esprit des lois* is »un ouvrage de pure politique et de pure jurisprudence." 1)

Des schrijvers verhouding tot de eigenlijk philosophische beschouwingwijze, is door deze aanduiding met juistheid gekenschetst. Desniettemin zijn daarin de vier laatste woorden te veel. Op juridischen trant heeft MONTESQUIEU zijne bouwstof niet verwerkt. In karakter en hulpmiddelen verschilt deze methode van zijn politisch betoog zoozeer, dat beide een tegenstelling vormen. De aard van het rechtsgeleerd onderzoek is *analyse*. Het wezen der politieke studie is *synthese*. Gene, stelt zich de zaak uit het oogpunt van den vorm voor oogen. Deze, is het om den eindindruk harer redeneering te doen. Dáár, wordt over afbakening van functiën, hier, over vaststelling van machtsverhoudingen gehandeld. In de diepte, arbeidt de jurist, zijn politieke wapenbroeder, in de breedte. De samenstelling zelve van het schip van Staat is den eerste hoofdzaak. De tweede poogt naar beste weten op te lossen, op wat wijze hij er stuur in brengen zal. Gelijk hun doel verschilt, zijn hunne middelen onderscheiden. De jurist, verstaat hij zijne taak, rekent met begrippen. Hem staan van oudsher bekende categoriën ten dienste, wier inhoud privaat- of publiekrechtelijk zijn kan, in allen gevalle tegen ieder willekeurig ingrijpen beveiligd zijn moet. Formalistisch alzo zet hij zijn kunstwerk — vraagstuk of systeem — ineen, en rust niet eer het tegen logische aanranding is gevrijwaard. Dit alles gaat den politieken schrijver vrij wat minder

1) MONTESQUIEU. Défense enz., t. a. p. blz. 364, recto.

ter harte. Hij wil dat zijn Staat pragmatisch beantwoorde aan zijn ideaal. De eischen van dit laatste derhalve zijn het, die hem voor den geest zweven, en waarmede alleen hij te rade gaat. Door traditioneele begrippen gevoelt hij zich niet gebonden, want niet in het subsumeeren onder deze, juist in het scheppen ligt zijn kracht.

Men zou dwalen, indien men meende, dat met deze arbeidsverdeeling en hare toepassing op MONTESQUIEU een blaam voor dezen ware bedoeld. Een beeld verduidelijke de gedachte. Op het slagveld van Balaclava werd onder het oog des Franschen opperbevelhebbers, CANROBERT, door de Engelsche ruitery met wiskunstige juistheid, en als waren de gelederen met een passer getrokken, een charge uitgevoerd. Vol bewondering zeide het legerhoofd, dit ontwarende: »c'est magnifique, mais ce n'est pas la guerre." In dien zin kan men van de *Esprit des lois* beweren: het werk is overschoon, maar eene bijdrage tot rechtsgeleerdheid behelst het niet. Deze heeft eischen, die, waren zij vervuld of zelfs maar gesteld, geheel de klem en invloed zijner beschouwing, zouden hebben te loor doen gaan. Vol geestdrift voor zijn vrijheids-ideaal in den Staat, moest hij, om dien te wekken, tot de verbeelding zijner lezers zich wenden. Met juridische wapenen kampend, zou hij, in het gunstigste geval, den bijval van hun verstand slechts verworven hebben. Slechts verworven — want om misbruiken te bestrijden, moet het rechtsgevoel worden geprikkeld, des noods opgezweept. Daartoe baat niet het sobere, kalme, nuchtere betoog, dat uit zijn aard niet velen bereikt en de meesten koud laat. Het ontleedmes van den jurist komt eerst te pas, als onder de mokerslagen des politischen pioniers de opruiming eener vermoldme Staatsinrichting is voorbereid. En geenszins toevallig is het, dat GERBER, aan LABAND in meer dan één opzicht verwant, eerst in onze dagen de taak der wetenschap van het Staatsrecht omschreven heeft: »Die wesentlichste Aufgabe, welche die Staatsrechtswissenschaft zu lösen hat, ist offenbar die »Bestimmung der rechtlichen Beziehungen, in welchen die

»einzelnen zum staatlichen Handeln berufenen Kräfte zu
 »einander stehen. Diese Aufgabe kann nur gelöst werden
 »durch eine genaue Untersuchung des Inhalts aller ein-
 »zelnen durch die Verfassung gegebenen Willenskreise
 »und ihrer gegenseitigen Beziehungen. Daraus engiebt sich
 »eine Reihe von Ueber- und Unterordnungs- zum Theil auch
 »von Nebenordnungsverhältnissen, welche juristisch analysirt
 »und bestimmt werden müssen." 1)

Boven werd de politische ontvouwing van het Staats-
 wezen niets meer of minder dan een beletsel tot de juri-
 dische opvatting daarvan genoemd. Wie er aan twijfelt,
 moge door het getuigenis van GIERKE tot inkeer worden
 gebracht. In eene studie over de hoofdlijnen der Staats-
 rechtswetenschap in den jongsten tijd, stelt hij in het licht,
 hoe twee richtingen, door hem de *formalistische* en de
pragmatische geheeten, het gebied der geesteswetenschap,
 met name der rechtsleer, elkander betwisten. 2) Nopens het
 Staatsrecht luidt zijn beklag: »Gerade das Staatsrecht
 »entbehrt am meisten einer anerkannten Methode juristi-
 »scher Behandlung. Bis vor Kurzem überwog hier eine
 »lediglich pragmatische Behandlungsweise. Die Staatsrechts-
 »wissenschaft hatte sich von der Staatsphilosophie einerseits
 »und von der Staatsgeschichte andererseits innerlich kaum
 »emancipirt; sie machte kaum den Versuch, ein in sich
 »einheitliches System selbständiger *Rechtsbegriffe* aus dem
 »überreichen Stoff herauszuschälen. Man philosophirte über
 »Grund, Wesen und Zweck des Staates, versaünte aber die
 »feste juristische Formulirung seines Begriffes. Man stellte
 »eingehend die öffentlichen Rechtsverhältnisse dar, vernach-
 »lässigte aber ihre juristische Analyse. Man verwandte
 »im reichlichsten Maasse die Analogie mit andern Rechts-
 »gebieten, unterliess aber die formale Präcisirung der ge-

1) C. F. v. GERBER. Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts. (Leipzig, 1869). Beilage I blz. 217.

2) O. GIERKE. Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien in Tüb. Zeitschr. f. d. ges. Staatsw. 1874. (dl. 30), blz. 151, 265.

»meinsamen und der unterscheidenden Merkmale. Man deducirte aus dem Wesen des Staats und inducirte aus den geschichtlichen Vorgängen alle möglichen Eigenthümlichkeiten des öffentlichen Rechts: in Bezug auf seine juristische Konstruktion und Systematik aber begnügte man sich mit einer mageren Anleihe beim Privatrecht." ¹⁾ Door GERBER's baanbrekenden, zoo even vermelden arbeid is nu, aldus doet de schrijver opmerken, in dien staat van zaken een gunstige keer gekomen.

Op de gegrondheid der beschuldiging wensch ik niets af te dingen. Door echter de philosophische en de politieke behandeling van het Staatsrecht onder de gemeenschappelijke benaming: pragmatische richting, saam te vatten, schijnt GIERKE te hebben verzuimd, zich en anderen duidelijk te maken, waarom de juridische methode jongstgeborene van het drietal zijn *moest*. Gephilosophieerd over rechtsgrond, doel en wezen van den Staat, heeft men van oudsher. Plato's welbekende uitspraak echter dat de filosofen koningen, of wel de koningen filosofen moesten zijn, heeft dusver, enkelen niet te na gesproken, op groote schaal althans, zich niet verwezenlijkt. Vandaar wellicht, dat de volken nu juist geen reden hadden om over de inrichting van den niet denkbeeldigen maar werkelijken Staat opgetogen van bewondering te zijn. Het Staatsbegrip der oudheid en dat der middeleeuwen loste voor hen zich op in onderworpenheid hetzij aan een persoon hetzij aan eene heerschende klasse. R. von MOHL doet terecht opmerken dat het constitutioneele stelsel feitelijk is een voortbrengsel van den nieuweren tijd, en vroeger niet gedijen kon. In de oudheid niet, omdat toen de mensch geheel en al opging in den burger. In de middeleeuwen niet, omdat het Staatswezen ten bate der bevoorrechten op privaatrechtelijke leest was geschoeid. ²⁾ Door den bijzonderen loop zijner geschiedenis was het moderne denkbeeld der staatkundige

¹⁾ O. GIERKE. Die Grundbegriffe enz., t. a. pl. blz. 166.

²⁾ R. v. MOHL. Gesch. und Literatur der Staatswissenschaften (Erlangen 1855) I blz. 268.

vrijheid in Engeland het eerst verwezenlijkt. Van daaruit nam deze grootsche gedachte, in MONTESQUIEU's bezielde taal gepredikt, haren loop over het vasteland. De feiten gingen voor, en, op nieuw is het von MOHL, die de opmerking maakt, de theorie volgde. ¹⁾ Deze nu kon van nature geene andere dan de zuiver politieke zijn. Het constitutioneële Staatsbegrip had, in Frankrijk allereerst, daarna ook elders, den kamp te bestaan met de vorstelijke gezagsaanmatiging. De naast voor de hand liggende theoretische vraag was niet: hoe den Rechtsstaat te doen fungeeren? doch: hoe den bodem te veroveren, waarop aan een Rechtsstaat zelfs maar gedacht worden kan. Niet de weerzijdsche verhouding der Staatsmachten, maar het breidelen der overmacht in den Staat vergde de voorlichting der publicisten en beoefenaren der Staatswetenschap. Eerst toen het recht in den Staat was verzekerd, kon men aan het recht van den Staat zijne aandacht wijden. Daarmede nu doet de juridische methode haren intocht.

Zien wij thans — het is de tweede boven aangeduide overweging — welke stoffe zij te verwerken vond. Het Staatsbegrip kwam tot haar, door middel der wijsgeerige bespiegeling, in tweeërlei vorm: den eersten, werk der oudheid, den tweeden, gewrocht van den nieuweren tijd. Den Griekschen denkers, — want zij zijn het, die hier scheppend optraden — ²⁾ bestond de Staat *idèeel* vóór zijne burgers. Door deze opvatting erlangt het Staatsorganisme eene vol-

¹⁾ R. v. MOHL. Gesch. enz. t. a. p. I blz. 270.

²⁾ L. v. STEIN Die Entwicklung der Staatswissenschaft bei den Griechen (Wien 1879) blz. 32: »Viel mehr als die meisten meinen, verdanken wir gerade in Allem was Staat und selbst das positive Recht betrifft, den Griechischen Denkern; Worte und Gedanken, welche die Welt bewegt haben und von denen wir glauben sie seien jedesmal der Zeit entsprossen, welche sie zu ihren rechtlichen und staatlichen Glaubensartikeln und zum Wahlspruch im geistigen und politischen Kampf erheben, sind von den Griechen schon gefunden und gesagt, und wahrlich wenig bleibt bei vielen, auch bei grossen Namen übrig, wenn wir ihrem Glanz dasjenige nehmen werden, was den Griechen gehört.»

heid van macht, die alle onderzoek naar de rechtmatigheid zijner wilsuiting afsnijdt. *Staatswil* en *Staatsrecht* worden termen van gelijke beteekenis, en wat er aan vrijheid voor de machtssfeer der individuen overblijft, berust op een ge-
doogen van de zijde des Staats. Immers, als geheel, is deze alleen zelfstandig, Souverein. Hem onderworpen, gesubordonneerd, zijn de personen, wier volkseenheid hij op een bepaald territoriaal gebied (veelal de stad) veraanschouwelijkt.

Het is eene zeer juiste opmerking van GIERKE ¹⁾, dat door deze voorstelling alle *Staatsrecht* in de kiem is verstikt. Recht is de levensorde eener gemeenschap, wier leden, hoe verschillend ook, op een of ander punt hunner wilssfeer, al ware het slechts als persoon, gelijk geacht en gedacht, gecoördonneerd moeten worden. Deze voorwaarde ontbreekt, waar het gezag eenerzijds, de afhankelijkheid aan den anderen kant zóó volstrekt is, dat Staat en burgers als geheel en al ongelijksoortig worden beschouwd. »Denn» zegt GIERKE, »zwischen einer schlechthin einheitlichen Persönlichkeit und ihren schlechthin unselbständigen Gliedern, »zwischen einem kausalen Ganzen und seinen bewirkten »Theilen kann es nie und nimmer eine Gegenseitigkeit »von Willensbeziehungen geben.» ²⁾

Het is vooral een geschrift, afkomstig van den meest omvattenden denker der oudheid, de Politiek van Aristoteles, dat de Grieksche Staatsleer en haar wijsgeerige grondslag ons ontvouwt. ³⁾ En daarin is het hoofdzakelijk ééne plaats, die het hier behandelde buiten allen twijfel stelt. Zij luidt: *διού δὲ πολιτικὸν ὁ ἄνθρωπος ζῆλον πάσης μελί-*

¹⁾ O. GIERKE. Die Grundbegriffe enz. t. a. p. blz. 297.

²⁾ O. GIERKE. Die Grundbegriffe enz. t. a. p. blz. 298.

³⁾ D. A. HENKEL. Studien zur Geschichte der Griechischen Lehre vom Staat (Leipzig 1872) blz. 74: »Durch Aristoteles, der eben so ausgezeichnet war durch philosophischen Scharfsinn, wie durch politische Einsicht, historische Beobachtungsgabe und Gründlichkeit »der Forschung, haben die Fragen, die uns beschäftigen, innerhalb »der Grenzen des antiken Gesichtskreises eine nahezu erschöpfende »und abschliessende Lösung gefunden».

της καὶ παντὸς ἀγελαίου ζῆου μᾶλλον, δῆλον. οὐθέν γάρ, ὡς φασί, μάτην ἢ φύσις ποιεῖ, λόγον δὲ μόνον ἄνθρωπος ἔχει τῶν ζῴων. ἢ μὲν οὖν φωνὴ τοῦ λυπηροῦ καὶ ἡδέος ἐστὶ σημεῖον, διὸ καὶ τοῖς ἄλλοις ὑπάρχει ζῴοις· μέτρι γὰρ τοῦτου ἢ φύσις αὐτῶν ἐλήλυθεν ὥστε αἰσθάνεσθαι τοῦ λυπηροῦ καὶ ἡδέος καὶ ταῦτα σημαίνειν ἀλλήλοις. ὁ δὲ λόγος ἐπί τῃ δηλοῦν ἐστὶ τὸ συμφέρον καὶ τὸ βλαβερόν, ὥστε καὶ τὸ δίκαιον καὶ τὸ ἀδίκον. τοῦτο γὰρ πρὸς τὰλλα ζῆα τοῖς ἀνθρώποις ἴδιον, τὸ μόνον ἀγαθοῦ καὶ κακοῦ καὶ δικαίου καὶ ἀδίκου καὶ τῶν ἄλλων αἰσθῆσιν ἔχειν. ἢ δὲ τούτων κοινωνία ποιεῖ οἰκίαν καὶ πόλιν. καὶ πρότερον δὴ τῇ φύσει πόλις ἢ οἰκία καὶ ἕκαστος ἡμῶν ἐστίν. τὸ γὰρ ὅλον πρότερον ἀναγκάσιον εἶναι τοῦ μέρους.

»Het is duidelyk, waarom de mensch een in burgerlyke »gemeenschap levend wezen is, meer dan de bijen en ieder »troepsgewijze vereenigd dier. Niets immers doet de na- »tuur, naar wij beweren, te vergeefs, en de mensch is het »eenige der schepselen, dat met spraakvermogen begaafd »is. De stem nu is het teeken der smartelyke of aange- »name gewaarwording, weswege zij ook aan de overige »dieren toekomt. Immers tot zoover gaat ook hunne natuur, »dat zij het smartelyke en het aangename ondervinden, en dit »elkander aanduiden. De spraak echter is er om het nut- »tige en het schadelijke gelijk ook het recht en het onrecht »te openbaren. Dit nu is den mensch boven de andere »dieren eigen, dat hij alleen voor goed en kwaad, voor »recht en onrecht en dergelyke het waarnemingsvermogen »bezit. De gemeenschap nu dezer zaken vestigt de familie »en den Staat. *Daarom is ook naar zijne natuur de Staat »eerder dan de familie en ieder onzer. Want het geheel »moet er noodwendig vroeger zijn dan zijne deelen.*» ¹⁾

In zijne prachtige ontwikkeling der Aristotelische Staatsleer, zegt W. ONCKEN, met het oog op deze plaats het volgende: »Seiner Ueberzeugung von der Naturbestimmtheit »des Staates giebt Aristoteles den stärksten Ausdruck durch »einen Satz, den die Uebersetzer mit den Worten wieder-

¹⁾ Arist. de re publ. (Ed. Bekker, Berlijn 1855) I. 1, 10, 11.

»geben: »*der Staat ist von Natur früher als der Haus-*
»*stand und jeder Einzelne von uns.*»

»Bei dieser allerdings wortgetreuen Uebertragung liegt
»die Gefahr eines groben Missverständnisses nahe. Der
»erste Gedanke des Lesers wird sein, das »von Natur frühere"
»sei auf die *Zeit* zu beziehen und sein zweiter Gedanke:
»das ist aber unmöglich, denn Aristoteles kann nicht haben
»sagen wollen, dass der Staat der *Zeit* nach früher sei als
»die Menschen, die ihn bilden.

»Der Ausdruck, der an dieser Stelle gebraucht ist, machte
»dem Hörer des Aristoteles keine Schwierigkeit: denn dieser
»wusste ohne Zweifel aus den exoterischen Erörterungen,
»was wir gelegentlich aus der Metaphysik ersehen, dass
»er mit jenen Worten das, was seiner *inneren, begrifflichen*
»*Natur* nach oder in der *Idee* früher ist, zu unterscheiden
»pflegt von dem, was in der *sinnlichen Welt*, im Bereiche
»des *wirklichen* Werdens und Geschehens, d. h. der *Zeit*
»nach vorangeht." 1)

Hier derhalve hebben wij de bakermat en grondslag der organische Staatstheorie — de Staat: een organisme vóór en boven de in zijne gemeenschap levende menschen. Het logisch gevolg dezer voorstelling is, dat de Staat als bron van alle recht, zelf echter aan het recht niet onderworpen moet worden beschouwd. Het Staatsbegrip erlangt den voorrang, het Rechtsbegrip schijnt afgeleid. Tot afkeuring der slavernij kon zelfs een zoo geweldige denker als de Stagyriet het nooit brengen. Alleen in den burger, gedacht als ontheven van iedere zijner onwaardige beslomming, ziet hij een mensch. Vrouwen gelijk krijgsgevangenen zijn rechteloos. Ja, zelfs de handwerker (*βάνανσος*) geldt als eerloos. Ronduit zegt ARISTOTELES: *ἡ δε βελτίστη πόλις οὐ ποιήσει βάνανσον πολίτην* » De beste Staat zal den handwerker »niet tot burger maken. »Waar hij het echter is," aldus gaat hij voort, »behoort de deugd, waarvan wij spreken, niet

1) W. ONCKEN. Die Staatslehre des ARISTOTELES. (Leipzig, 1875)
II blz. 17.

»aan ieder, ook niet aan den enkel vrije, maar alleen aan »hen te worden toegekend, die van arbeid voor noodzake- »lijke behoefte zijn bevrijd. ¹⁾ Dat dergelijke afwijkingen aan de majesteit van de rechtsidee te kort doen, is voor ons duidelijk. Evenzeer ligt het voor de hand, dat de vrijheid des burgers slechts zwakken waarborg heeft, indien zij louter eene concessie van Staatswege wordt geacht. Eindelijk bestaat er geen richtsnoer voor de inwendige openbaring van het Staatsleven, indien daarvoor de rechtsbreidel wordt gemist. Door al deze bedenkingen echter wordt aan de groote waarheid door ARISTOTELES voor het eerst duidelijk uitgesproken: de mensch is een Staatsburgerlijk wezen, niet te kort gedaan. Hare eenzijdigheid en overdrijving, de leer, dat de mensch in den Staat of in het Staatsburgerschap opgaat, is de vrucht van het Helleensche Staatswezen, derhalve het vergankelijke omhulsel eener deugdelijke kern. ²⁾

¹⁾ Arist. De republica, t. a. p. III. 3, 2.

²⁾ Met het gevoelen van W. ONCKEN. (Die Staatslehre, enz. t. a. p., III, blz. 23), dat wij in dit standpunt der Grieksche Staatswetenschap een wonde plek hebben te zien, vereenig ik mij liever dan met de meening van L. v. STEIN (Die Entwicklung enz., t. a. p. blz. 25), die te harer eere, op het stuk van waardeering des handarbeids, een lierzang aanheft: »Das war es eigentlich weshalb ihnen der »*Erwerbsinn* so gemein dünkte, dass er auch dem idealsten unter »Allen, dem sinnvollen Plato, nur dann als Tugend erschien, wenn »er im Dienste der Weisheit stehe, während der schärfste ihrer »Denker, ARISTOTELES, von jenem wahrhaft griechischen Gefühl fast »unbewusst bezwungen, zugleich alle Menschen für gleich erklärte, »und dennoch auch nicht entfernt den Gewerbsmann, den *πράκτικος*, »zum Bürger in seinem Staate zuließ. Es ist etwas unendlich tief »Sittliches in diesem logisch unerklärlichen Widerspruche, der zuletzt doch nur den Unmuth über die Gewalt der wirtschaftlichen »Güter im Leben ihres volkes bedeutet und sich stets, zu der von »ihnen allen ewig erneuten Idee entfaltet, dass nicht der Mächtige »sondern dass der Weise herrschen solle, und dass die Gemeinheit »da beginne, wo die wirtschaftlichen Zwecke sich gleichberechtigt »neben die ethischen Ziele zu stellen trachten." Geheel dit betoog schijnt te berusten op het door mij gecursiveerde woord: *Erwerbsinn*. Ware de bedoeling enkel, dat de gemeene Mammon-dienst ethisch

Is in de Romeinsche Staatswetenschap de leer: de Staat vóór zijne burgers, uitgesproken met dezelfde beslistheid als wij bij hare voorgangster vonden? Dit punt schijnt nader onderzoek te behoeven, waarvoor het intusschen hier de plaats niet is. Negatief echter mag zooveel voor het minst worden beweerd, dat tot dusver het bewijs ontbreekt als zoude bedoeld uitgangspunt der organische Staatstheorie, den Romeinschen Juristen tot bewustheid zijn gekomen. Ja zelfs aarzel ik niet te verklaren, dat juist op dit punt, een gedachtenloos naschrijven in hooge mate zich openbaart.

Es erben sich Gesetz' und Rechte
Wie eine ew'ge Krankheit fort;
Sie schleppen von Geschlecht sich zum Geschlechte,
Und rücken sacht von Ort zu Ort.

Aldus luidt de ondeugende spot van GOETHE over zeker soort van rechtswetenschap. De wijze echter, waarop nu en dan met citaten omgesprongen wordt, maakt zijn hekdicht ten volle toepasselijk. Nu het redeverband mij er toe leidt, moge het bewijs onmiddellijk volgen.

Men pleegt ten betooge, dat de Romeinsche Staatsopvatting het geheel vóór zijne deelen stelde, zich te beroepen op eene uitspraak van den jurist PAULUS. Wie dezen stut het eerst gevonden en gebezigd heeft, is mij onbekend. Wèl echter blijkt, dat hij in de litteratuur over ons onderwerp uitgebreiden dienst doet. Enkele plaatsen slechts wensch ik aan te voeren.

In een opstel van MERKEL ¹⁾ lezen wij: »Diese Auffassung gehalte ten eenenmale mist, de Grieksche Staatswetenschap, die *deze* les door haar klassenordering inscherpt, zou ook op dit punt onverdeelden bijval verdienen. Maar met en in dit materialistisch streven van laag allooi, trof zij den handenarbeid als zoodanig, die, door slaven gedreven, haar toescheen kenmerk van een slaafschen geest te zijn. Tegenover haar stellen *wij* den adel van den arbeid, dien wij met de schoonste gaven van gemoed en geest vereenigbaar achten. Daar was een *βάρβαρος*, die brilleglazen sleep. Zijn naam is SPINOZA.

¹⁾ Dr. A. MERKEL. Ueber den Begriff der Entwicklung in seiner Anwendung auf Recht und Gesellschaft in GAUNHUT's Zeitschr. f. d. Privat- und öffentl. Recht der Gegenwart. Dl. IV. Heft I, blz. 9.

»des Volkes als eines selbstständigen Wesens von (im Ver-
 »håltmiss zu den Einzelnen) relativer Unsterblichkeit ist
 »uralt, und findet in dem gemeinen Sprachgebrauch, wel-
 »cher jenem alle menschlichen Qualitåten und eine eigene
 »Geschichte zuerkennt, einen mannigfachen Ausdruck.
 »Eine Formulirung derselben findet sich u. A. in folgen-
 »den häufig citirten Worten des PAULUS: »*civitates esse*
 »*immortales, quia scil. populus est in eo corporum genere,*
 »*quod ex distantibus constat, unque nomini subjectum est,*
 »*ut habet ἔστιν ψίαν, ut Plutarchus, spiritum unum..*

PAULUS derhalve is het, die hier te boek staat, als de
 eenheid des volks in zijne georganiseerde gemeenschap te
 hebben uitgesproken. Vraagt men naar de bron voor die
 bewering, BLUNTSCHLI zal haar noemen: »ARISTOTELES hatte
 »den Stat als *Einheit* erkannt und mit Nachdruck betont,
 »dass wie das *Ganze* vor den Theilen sei, so auch in der
 »Idee der Stat vor den Bürgern, seinen Theilen. Ohne
 »diese Erkenntniss ist eine wissenschaftliche Begründung
 »des Statsrechts nicht möglich. Man kann nicht sagen,
 »dass diese Einsicht Grotius so vollständig fehle, wie einem
 »grossen Theile seiner Nachgänger. Er führt billigend ein
 »Wort des Juristen PAULUS an, der dem Volke einen ein-
 »heitlichen *Geist* zuschreibt. (II. 9, 3) ¹⁾.

Nu weten wij althans, dat het GROTIUS is, die PAULUS
 sprekende heet te hebben ingevoerd. In die wetenschap
 worden wij versterkt door den jongsten geschiedschrijver
 der organische Staatstheorie. Deze spreekt over »die An-
 »schauung, dass der Staat ein einziges beseeltes Lebewesen
 »oder ein »Organismus" sei, en verwijst, ten betooge, naar
 »die bei GROTIUS, II. 9, 3. allegirte Stelle des PAULUS,"
 welke plaats hij, gelijk zoo even is geschied, woordelijk
 afschrijft. ²⁾ Van daar wandelt PAULUS, ditmaal zonder het

¹⁾ J. C. BLUNTSCHLI, Geschichte des Allgem. Statsrechts und der
 Politik. (München, 1867) blz. 68.

²⁾ A. TH. VAN KRIEKEN. Ueber die sogenannte organische Staats-
 theorie. (Leipzig, 1873) blz. 20, noot 2.

gezelschap van GROTIUS, naar het reeds vermelde opstel van GIERKE. Sprekende over de volkseenheid in den Staat, zegt hij: »Mit diesem Gedanken, der dann im griechischen wie »römischen Alterthum öfter wiederholt wird (am klarsten »bei PAULUS: [volgt de plaats letterlijk]), ist in der That »das unzerstörbare Fundament der organischen Staats- »theorie gelegt! ¹⁾

Alzoo PAULUS hier, en daar, en overal. Kan men zich voorstellen, dat geheel dit citaat letterlijk uit de lucht gegrepen is, en op handtastelijk misverstand berust? Zou men gelooven, dat geen dezer geleerden de moeite zich gegeven heeft GROTIUS, hun zegsman, nauwlettend te lezen? Wat is er van de zaak? GROTIUS betoogt ²⁾, dat na den dood van den souverain de volken, als niet vatbaar voor occupatie, vrij worden. Hij doet dit op zijne wijze, à grand renfort de textes, soms een enkel woord aan een schrijver ontleenend, doch steeds met eerlijke en nauwgezette aanwijzing zijner bronnen. Ziehier nu zijn betoog (waarbij de niet ter zake dienende noten zijn weggelaten): »Idem, si »populus. Dixit Isocrates, et post eum Julianus imperator, »civitates esse immortales, id est, esse posse, quia scilicet »populus est ex eo corporum genere, quod ex distantibus »constat, unique nomini subjectum est, quod habet ἔξω »ἴσθαι, ut Plutarchus; spiritum unum, ut PAULUS juriscon- »sultus loquitur."

Wat in deze zinsnede eigendom is van den jurist PAULUS, is niet moeilijk te bepalen. Immers het staat er vlak naast, doordien GROTIUS aanwijst de l. 23 § 5 D. de rei vindic. (VI. 1). Wij slaan alzoo die plaats op, en vinden inderdaad PAULUS bezig — niet met bespiegelingen over Staatsrecht, maar met de aanwijzing van de gevallen, waarin vindicatie toegestaan worden kan. Hij weigert haar, wanneer het (vreemde) deel met het geheel is saamgesmolten. Hij staat haar toe, wanneer de zelfstandigheid van het

¹⁾ GIERKE. Die Grundbegriffe enz., t. a. p., blz. 270.

²⁾ GROTIUS DE J. B. AC. P. II, C. IX. 3.

(vreemde) deel ongeschonden is, b. v. bij een troep slaven eene kudde schapen enz. Hij zegt: »At in his corporibus, »quae ex distantibus corporibus essent, constat singulas »partes retinere suam propriam speciem, ut singuli homines, »singulae oves; ideoque posse me gregem vindicare, quam- »vis aries tuus sit immixtus, sed et te arietem vindicare »posse. Quod non idem in cohaerentibus corporibus eve- »niret; nam si statuae meae brachium alienae statuae ad- »dideris, non posse dici brachium tuum esse, quia tota »statua uno spiritu continetur.»

Deze beide gecurciveerde woorden nu, in hemelsbreed afwijkend verband door PAULUS gebezigd, neemt GROTIUS over, om ze te voegen bij zijne aan ISOCRATES ontleende stelling.¹⁾ Zij die hem niet lazen, entoch over hem redekavelen, meenden, door het slot der boven afgeschreven zinsnede misleid, dat »PAULUS jurisconsultus” al het voorafgaande had gezegd. Zij stelden dus op rekening van dezen eene theorie, waarvan hij misschien in geheel zijn leven niet gedroomd heeft. Et c'est ainsi que l'on écrit l'histoire.

Keeren wij terug. Dat aan het Staatsbegrip der Grieken iets zelfstandigs door de Romeinsche rechtsgeleerden is toegevoegd, schijnt, zoover ik zien kan, niet bewezen. In het, naar men weet, eerst 1822 ontdekte werk van CICERO de Republica, zijn te vele en gewichtige leemten, dan dat men bouwstof hebben zou voor stelselmatig onderzoek. De meest sprekende plaatsen schijnen sterken weerklank der Aristotelische geschriften, zij het ook uit de tweede hand te verraden.²⁾ De »wesentlichen Beziehungen”, waarin

¹⁾ Ook PLUTARCHUS heeft tot haar niet meer dan het ééne woord bijgedragen, dat GROTIUS noemt. Trouwens zijn annotator BARBEYRAC acht het citaat niet nauwkeurig. Hij teekent bij onze plaats aan: »Notre auteur n'indique point l'endroit où cela se trouve. Je suis »fort trompé, s'il n'a eu dans l'esprit le passage suivant, où il y a »μορφῆ, au lieu d' ἔτις.” En nu geeft BARBEYRAC de plaats bij PLUTARCHUS letterlijk. Zij heeft wederom met Staatsrecht niets uitstaan, en behandelt het ontstaan der wereldziel in den Timaeus van Plato. vg. Plutarchi Moralia ed. Wytttenbach, t. V. p. I. blz. 173.

²⁾ Aldus HENKEL Studiën enz., t. a. p. blz. 109, noot 17.

volgens BLUNTSCHLI¹⁾ de Romeinsche van de Grieksche Staatsleer zich onderscheidt, zijn, naar het mij althans voorkomt, zóó in het oog springend duidelijk niet. Beter kan ik mij vereenigen met het gevoelen van R. VON MOHL: »Nicht nur sehr lückenhaft, sondern auch von geringer »Selbständigkeit ist das Werk von CICERO. In bestimmter »Anlehnung an ARISTOTELES und seine Methode werden die »Eigenschaften der verschiedenen Regierungsformen hauptsächlich nach den Erfahrungen des römischen Staates »besprochen. Weder konnte also diese Schrift, als jüngst »erst aufgefunden, einen Einfluss auf die Entwicklung der »Wissenschaft vom Staate ausüben; noch lernen wir aus »ihr wesentlich Neues über die Ansichten der Alten.²⁾

De theocratische gedachtenstreaming der middeleeuwen drong het Staatsbegrip der oudheid naar den achtergrond. In zooverre het in de geschriften der woordvoerders behouden bleef, was de aansluiting meer vormelijk dan zakelijk. De denkbeelden van het Christelijke wereldrijk, de leer der twee zwaarden, en het beweerde stedeouderschap des Pausen en des Keizers, werden door voor- en tegenstanders besproken. Het waren Kerk en Staat, die tegenover elkander stonden, doch meer over beider machtsverhouding dan over den rechtsgrond des laatsten liep de meestal met scholastische wapenen gevoerde strijd. De daad der Hervorming en de herleving van het classicisme in het Renaissance-tijdperk, gaven den stoot tot zelfstandig staatsrechtelijk onderzoek. Het eerste getuigenis dier zelfstandigheid, het eerste protest tegen de kluisters den menschelijken geest op dit gebied aangelegd, was het natuurrecht. DE GROOT sprak het uit: »Jus naturale est dictatum »rectae rationis, indicans actui alicui, ex ejus convenientia »aut disconvenientia cum ipsa natura rationali ac sociali, »inesse moralem turpitudinem aut necessitatem moralem.»³⁾

¹⁾ BLUNTSCHLI. Allgem. Statsrecht. (München 1868) I. blz. 57.

²⁾ R. v. MOHL. Die Geschichte enz., t. a. p. I. blz. 223.

³⁾ GROTIUS de Jure B. ac P. I. c. 1. x. 1.

En met deze woorden was een beginsel verkondigd, dat zijne wereldhervormende kracht in geheel de wijsbegeerte van het recht zou doen gevoelen. Geruimen tijd werd, en wordt er bijwijlen nog gestreden over de vraag, of het werk van bedoelden baanbreker meer volkenrechtelijke dan wel staats- of natuurrechtelijke bestanddeelen inhield. Mij schijnt zij onvruchtbaar. Zijne verdienste kan m. i. kortelijk naar waarheid worden saamgevat. ARISTOTELES zeide: *de mensch is een staatsburgerlijk wezen*. DE GROOT verklaarde: *de mensch is een rechtvormend wezen*. In deze stelling, ontdaan van alle bijwerk en scholastischen omslag, waardoor ook hij, kind van zijn tijd, aan hare denk- en zegswijze offerde, liggen zijne beteekenis en verdienste.

Maar in deze stelling tevens schuilt zijne schaduwzijde, die bij KANT, dien anderen reus, als wijsgeer verreweg zijn meerdere, als rechtsgeleerde zijn evenknie, nog sterker uitkwam. Beiden behooren tot de categorie van denkers, die den *Rechtsstaat* eischen. Maar beiden moest de dwingende kracht van dit beginsel er toe leiden *Recht* als prius, *Staat* als afgeleid te beschouwen. Deze ééne dwaling had vooral in de school van KANT, wiens logisch doordacht en vast gesloten stelsel de scherpste hoeken heeft, talrijke vertakkingen. Is *Recht* prius, dan wordt de *Staat* hoofdzakelijk zoo niet enkel werktuig tot rechtsbeleeling. Het is vooral, reeds OPZOOMER vestigt er de aandacht op, ¹⁾ WILHELM VON HUMBOLDT, die deze gevolgtrekking maakt. ²⁾ Dit behoort tot de politieke toepassing van het gestelde beginsel. Doch ook de zuiver leerstellige behandeling moest de nadeelen daarvan ondervinden. Is *Recht* prius, de dragers van het recht, de individuen hebben (fictie of werkelijkheid) den *Staat* het aanzijn geschonken. *Zijn* recht, het recht van den *Staat* is dus wel quantitatief (wat omvang betreft) maar niet kwalitatief (wat inhoud aangaat) onderscheiden

¹⁾ Mr. C. W. OPZOOMER. De grenzen der Staatsmacht (Amsterdam 1873) blz. 22.

²⁾ In zijne *Ideen zu einem Versuche: die Grenze der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen* (uitgegeven Breslau 1851).

van de levensorde, die genen, de individuen, beheerscht, Volkomen gelijkstelling alzo van privaatrecht en publiek recht. Of liever, en in meer eigenlijken zin, niet gelijkstelling dier beide takken der rechtswetenschap, maar algeheele ontstentenis van *publiek* recht. Wordt immers dit laatste geschoeid op de privaatrechtelijke leest, er kan nog zijn een publiek recht in naam, maar niet metterdaad. De Staat heeft tal van levensopenbaringen, die, worden zij naar privaatrechtelijken maatstaf gemeten, als ware het in een dwangbuis gestoken, van licht en lucht beroofd worden. Ook hier echter mag de critiek, hoe gegrond ook, ons niet verleiden tot miskennis. Naast het Aristotelische: de Staat vóór zijn burgers, luidt het Kantiaansche: de burgers vóór den Staat. ¹⁾ Beide uitspraken zijn eenzijdig dus contradictoir. Ieder op zich zelf genomen echter is de uitdrukking eener gedachtenreeks van onmiskenbare zwaarte-kracht. Dáár gold het: ruimte te vinden voor die hoogste gemeenschap, waarin de mensch de volheid zijner vermogens ontvouwen kan. Hier stond op den voorgrond: de individueele vrijheid, die door geenerlei Staatsgezag belaagd mag worden. Noch gindsche ruimte mag besnoeid, noch deze vrijheid mag verkort worden. Daarom zegt de juridische behandelingswijze van het Staatsrecht; noch Recht noch Staat is *prius*. Beide zijn gecoördonneerd, begripsvormen van gelijken rang, van gelijke waardigheid, strekking en invloed. De juridische methode alzo in de beoefening van het Staatsrecht heeft aard en karakter van dit laatste veranderd. Den Staat beheerscht *zijn* recht, — ziedaar hare leuze. Zij behelst de uiterst zwaarwichtige leer, dat den Staat een recht eigendommelijk is. En zij bevat de stelling van niet geringere beteekenis, dat dit recht op even eerbiedwaardigen oorsprong bogen kan als zijn tweelingbroeder: het privaatrecht. *Gelijk de mensch een Staatsburgerlijk*

¹⁾ KANT. *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*. Das öffentl. Recht § 45 (ed. Hartenstein Werke VII, blz. 131): Ein Staat (civitas) ist die Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsge-
setzen.

wezen is, zóó is hij een rechtvormend wezen. Het laatste heeft zijne eischen, maar ook het eerste. Dit te betoogen is het doel der juridische methode in de Staatswetenschap.

Vóór alles had zij daartoe haar eigen Staatsbegrip levendig voor oogen, en derhalve de vraag zich te stellen: is de Staat subject of object van rechten? Het antwoord luidt: de Staat is persoon en wel hoogste rechtspersoon, dus subject van recht. Met klem wordt deze stelling uitgesproken en verdedigd door GERBER, wien de verdienste toekomt van tot de grondleggers der hier besproken methode te behooren. Vlak in den aanhef van zijn reeds vermeld werk zegt hij: »Die juristische Betrachtung des »Staats aber ergreift zunächst die Thatsache, dass das Volk »in ihm zum rechtlichen Gesamtbewusstsein und zur Willensfähigkeit erhoben wird, m. a. w. dass das Volk in »ihm zur rechtlichen Persönlichkeit gelangt. Der Staat »als Bewahrer und Offenbarer aller auf die sittliche Vollendung des Gemeinlebens gerichteten Volkskräfte ist die »höchste rechtliche Persönlichkeit, welche die Rechtsordnung »kennt; ihre Willensfähigkeit hat die reichste Ausstattung »erfahren, welche das Recht zu geben vermag." En in de »noot voegt hij er bij: »Die Auffassung des Staats als eines »persönlichen Wesens ist die Voraussetzung jeder juristischen »Construction des Staatsrechts", -- waarbij gewaarschuid wordt, dat men den Staat als oorspronkelijk persoon in zijne eigenaardigheid opvatte, en zich hoede hem in de schaal der juridische personen van het privaatrecht in te lasschen.¹⁾

Op dezen bodem nu, waarvan ik gepoogd heb in groote trekken het ontstaan te schetsen, beweegt zich LABAND met groote zekerheid. Op dit aan twistpunten rijke veld, gaat hij geene enkele vraag uit den weg. Wat meer zegt, het gevaar, dat hier bij uitstek dreigt, van door politieke sympathiën zich leiden of deze ook maar te laten doorschemeren, heeft hij zorgvuldig ontweken. Vraagt ge bij de lezing van dit werk over het Duitsche Staatsrecht, het recht

¹⁾ C. F. v. GERBER. Grundzüge enz. t. a. p. blz. 1 en 2; noot 2.

van een rijk, dat na lange lijdensperiode en groote barensweeën ter wereld is gekomen, tot welke *partij* de schrijver behoort, een betrouwbaar antwoord is niet te geven. Geraadpleegd, zou hij zelf en met recht vermoedelijk antwoorden:

Ich bin — Jurist,
Kennt ihr meine Farben?

Dit is eene zeer groote, voor ons buitenlanders, eene onwaardeerbare verdienste. LABAND ontrolt op streng methodologische wijze een tafereel van de Staatshuishouding des Rijks. Hem allerwege op den voet te volgen, en uitspraak te doen over de al of niet gegrondheid van zijn betoog op ieder punt, daartoe reken ik mij niet bevoegd. Alvorens die taak ondernomen werd, ware noodig zelfstandige kennisneming en verwerking van het gansche staatsrechtelijk materiaal des Duitschen Rijks. Naar men lichtelijk bevroeden kan, geen kleinigheid. Allermint voor den vreemdeling, die, tenzij een bepaald doel hem leidt, wel de hoofdlijnen, niet de bijzonderheden eener buitenlandsche organieke wetgeving pleegt te vervolgen. Ook daarin echter ontbreekt het niet aan punten van algemeenen aard, die tot de leer van den Staat *als zoodanig* behooren. ¹⁾ Tot kenschetsing

¹⁾ Liefst formuleer ik de bedoeling op deze wijze. Een *algemeen Staatsrecht*, hoezeer BLUNTSCHLI een zijner werken aldus noemt, bestaat in mijne schatting niet. Elk volk heeft voor *zijn* Staat *zijn* recht, d. i. de publiekrechtelijke ordening, die, gelijk de rechtstoestand over het algemeen, getuigenis aflegt van een bepaalden trap van ontwikkeling. Dit is niet eene vitterrij²⁾ op een woord, maar eene waarschuwing tegen eene valsche gedachte. De *philosophische beschouwingswijze*, mag niet slechts maar moet van *het* Staatswezen spreken. Zij stelt juist door middel van abstractie uit den concreten verschijningsvorm de algemeenheid zich voor oogen. De *politische beschouwingswijze* (te weten natuurlijk: de wetenschappelijke, niet de landläufige) kan het reeds veel minder. Om eene instelling uit den vreemde over te planten, is het niet voldoende, dat het gewas, maar noodig, dat ook de bodem deugdelijk zij. De *juridische beschouwingswijze* eindelijk kan het in het geheel niet. Hare techniek en logica kennen, den Hemel zij dank! geen grenzen. Maar het recht, dat zij vindt, is de stoffe harer bearbeiding.

van des schrijvers methode, kies ik uit den niet geringen voorraad een tweetal.

Wat het eerste punt betreft, is de zaak gemakkelijk gemaakt, doordien de juridische en de politieke beschouwing tegenover elkander gesteld kunnen worden. Zoodra de Staatswetenschap van den bestaanden toestand systematische rekenschap zich geven wil, vindt zij op haren weg den saamgestelden vorm, dien men Bondsstaat of Statenstaat noemt. Het kenmerk dezer klasse met juistheid aan te geven is niet gemakkelijk. Men begrijpt waar de schoen wringt. Het criterium voor iederen Staat (in den waren zin des woords) is vrije machtsuiging naar binnen, erkende zelfstandigheid naar buiten. GERBER gaat zelfs zóó ver, dat hij op het woord en het begrip: *heerschen*, als specifiek staatsrechtelijke termen, beslag legt. ¹⁾ Nu zijn de volheid van macht en onbepaalde wilsbevoegdheid, voor de onderdeelen van den Bondsstaat niet aanwezig. Immers, voor ieder hunner gaat daarvan juist zooveel verloren als overgedragen is op het centrale of Bondsgezag. Derhalve verkeert men hier in een noodzakelijk dilemma. Men zal voor den Bondsstaat een afzonderlijk Staatsbegrip moeten opzoeken, hetgeen naar eene leemte in de algemeene leer verwijst. Of wel de theorie zal hare denkbeelden nopens souvereiniteit in diervoege moeten herzien, dat de toetreding tot een gemeenschappelijk Staatsverbond aan het wezen van een Staat geen afbreuk doet.

Reeds von MOHL gevoelde de moeilijkheid. Sprekende over de Vereenigde Staten van Noord-Amerika, zegt hij, dat men over die schepping denken kan gelijk men wil. »Jedenfalls aber ist diese Einrichtung da und fordert, und erhält auch, theoretische Begründung und Erörterung.» ²⁾ Minder optimistisch is FRICKER, gelijk blijken kan uit de volgende uitspraak: »Auf der Grundlage der Staaten erscheinen neue Organisationen, die uns neue juristische

¹⁾ GERBER. Grundzüge t. a. p. biz. 3 noot 3.

²⁾ R. von MOHL. Die Gesch. enz. t. a. p. I. 250.

»Probleme stellen. Aber auch der Dualismus des Bundesstaats spottet jeder juristischen Bemühung. Unerbittlich ist die Logik: ohne Dualismus kein Bundesstaat, ohne Einheit kein vollendetes Recht. Das Recht kann aus Zweien Eins machen nur durch Unterordnung des Einen unter das Andere, oder beider unter ein höheres Drittes; fehlt dieses, so kann die Einheit nur wieder entspringen aus einem lebendigen Prozess, der in der Form rechtlicher Freiheit mit innerer Nothwendigkeit sich vollzieht. Collisionen, deren Lösung das Recht versagt, finden sie durch lebendige Kräfte, welche in die Lücke treten. Im Lichte des organischen Werdens enthüllt uns der Bundesstaat sein Wesen." 1) Dit heet, zachtst genomen, eene berusting in het *fait accompli*, die niets meer of minder dan het bankroet der rechtswetenschap beteekent. Het recht, dat vrijwillig voor een poos terugtreedt om de opengevallen plaats door het vrije spel der levende krachten te doen innemen, verdient niet beter dan voor goed ter zijde gesteld, en door de willekeur vervangen te worden.

Gelukkig heeft de theorie dit blijk van machteloosheid niet geleverd. Hare hoofdlijnen kan men vinden bij LABAND (blz. 73 vlg.), die met de meeste woordvoerders op dit punt polemiseert. Ons boezemt hier slechts zijne eigene begripsbepaling belang in. Zij luidt: »Die Rechtsgewalt kann aber auch der Gesamtheit der Gliedstaaten, die letztere als begriffliche Einheit gedacht, zu stehen. Die Träger der Landes-Staatsgewalt bilden dann zusammengenommen die juristische Person des öffentlichen Rechts, welche das Subject der, unter dem Namen Reichsgewalt zusammengefasten, Hoheits-oder Herrschaftsrechte ist. *Das nennt man einen Bundesstaat*. Die einzelnen Gliedstaaten sind nicht in dem Sinne mediatisirt, dass sie einem von ihnen oder einem Fremden *unterworfen* sind, sondern sie sind *vereinigt* zur Herstellung eines Gemeinwesens höherer Ordnung,

1) FRICKER. Jurisprudenz und Leben in Tüb. Zeitschr. f. d. ges. Staatsw. dl. XXXI 1875 blz. 444.

»sie sind nicht einem, von ihnen verschiedenen *physischen*
 »Herrn, sondern einer *ideellen* Person, deren *Substrat* sie
 »selbst sind, staatlich untergeordnet. So wie in der einfachen
 »Democratie jeder Bürger Unterthan, d. h. Object der
 »Staatsgewalt, und doch zugleich mit betheilt an der
 »Souveränität, also Subject der Staatsgewalt ist, so ist in
 »dem Bundesstaat jeder Einzelstaat für sich betrachtet
 »Object der Reichgewalt, als Mitglied der juristischen Person
 »des Bundesstaates betrachtet, antheilmässig berechtigtes
 »Subject der Reichsgewalt. Der Antheil ist nicht nach
 »Art der Sozietät oder des Miteigenthums des Privatrechts
 »*Sonderrecht* der Gliedstaaten, die Hoheitsrechte des Reichs
 »stehen nicht *pro diviso* oder *pro indiviso* den Einzelstaaten
 »zu, sondern der Antheil der Einzelstaaten besteht lediglich
 »in der *Mitgliedschaft* am Reich und in dem hierauf
 »beruhenden Recht, an dem Zustandekommen und der Be-
 »thätigung des Willens des Reichs Theil zu nehmen und
 »mitzuwirken.

»Das ist der juristische Begriff des Bundesstaates, wie
 »er in der Verfassung des Deutschen Reiches seine Ver-
 »wirklichung gefunden hat; von diesem Prinzip aus ist
 »das staatsrechtliche Verhältniss des Reiches zu erklären
 »und zu entwickeln.'¹⁾

Ik heb deze plaats afgeschreven, omdat zij de juridische
 methode in het Staatsrecht veranschouwt. De rechts-
 geleerde opereert met begrippen. Zijn deze vastgesteld, hij
 poogt op mathematische wijze een vraagstuk op te lossen.
 Gegeven eene categorie, moet het levensverschijnsel daarin
 passen. Zoo niet, dan deugt de regel niet, en is verder
 onderzoek noodig. Gegeven de juridische persoonlijkheid
 van den Staat moet de Bondstaat mede juridische persoon-
 lijkheid wezen. Zoo niet, de zelfstandige Staat is het even-
 min. Hier baat geen schipperen of schicken. Allermint
 baat hier een beroep op woorden: organisme, sui generis,
 wat dies meer zij — woorden achter wier wijde plooiën,

¹⁾ LABAND. Das Staatsrecht enz. t. a. p. I blz. 73.

voor den jurist iedere, dus geen inhoud zich verschuilt. Waar zij gebezigd worden, kan men zeker zijn, dat er iets hapert, en het onklare begrip, voor andere doeleinden wellicht bruikbaar, tot juridische kenschetsing, logische toepassing, onwrikbare gevolgtrekking vooralsnog zich niet leent.

Deze proef op de som, de toets van zijn praemisse wordt door LABAND dan ook gemaakt. Ziehier in welke bewoordingen: »Hier zeigt es sich zunächst von Wichtigkeit, den »Begriff des Bundesstaats fest und ohne Schwanken im »Auge zu behalten. Mitglieder des Reiches sind nicht die »einzelnen Bürger und sie sind auch nicht zusammenge- »nommen Träger der Reichsgewalt; Mitglieder des Reiches »sind vielmehr die einzelnen Staaten und sie sämtlich »sind an der Reichsgewalt mitbetheiligt, grade so wie in »der Demokratie die vollberechtigten Staatsbürger an der »Staatsgewalt. Das Deutsche Reich ist nicht eine juristische Person von 40 Millionen Mitgliedern, sondern von »25 Mitgliedern." 1)

Men gevoelt de zwaartekracht dezer stelling. Is de Staat juridische persoon, is de Bondsstaat het mede, dan moeten integreerende bestanddeelen van dezen laatste de Staten zijn, die tot een Bond zich hebben vereenigd. Dus moet het aldus met onderlinge medewerking geschapen Rijk, Staten tot onderdanen hebben, op den voet en de wijze als zij zijn overeengekomen. Derhalve moeten de ingezetenen van Duitschland wel is waar zijn onderworpen aan de Staatsmacht van het Rijk, maar openbaart zich deze laatste te hunnen aanzien uitsluitend 2) door het medium van den Staat, waartoe zij behooren. Dit alles is onontwikkbaar. Schuilt er een fout, het kan niet zijn in een van de schakels der keten, doch in haar aanvangspunt. Is dit laatste goed, de rest volgt, omdat de juridische analyse het aldus eischt.

1) LABAND. Das Staatsrecht, enz. t. a. p. I blz. 88.

2) Uitsluitend, tenzij de Bondsconstitutie aan het Rijk regelrechte machtsbevoegdheid verleent, wat werkelijk op enkele punten het geval, doch hier, en voor ons doel, onverschillig is.

Welnu, tegen deze zwaarwichtige leer kwam tegenspraak van beviende zijde. v. MARTITZ vangt zijne critiek van LABAND's werk aan met eene ten volle verdiende waardeering. Hij zegt: »Als sich im Laufe des vorigen Jahres »in wissenschaftlichen Kreisen die Nachricht verbreitete, »dass LABAND eine Darstellung des Deutschen Reichsstaats- »rechts beabsichtigte, musste jeder Kundige mit aufrichtiger »Freude, zugleich aber auch mit nicht geringer Spannung »erfüllt werden. — War doch schon längst die Zeit ge- »kommen, wo ein solches Werk unbeirrt von der Parteien »Hass und Gunst unternommen werden dürfte. Um so »freudiger ist es zu begrüßen und um so grösser der Ge- »winn, wenn einer unserer hervorragendsten Dogmatiker »das germanistische und civilistische Feld für eine Zeit »lang verlassen hat, um sich die hohe, dankbare Aufgabe »zu stellen.»

De hier uitgesproken blijde verwachting werd niet beschaamd. »Dass nun ein so umsichtig angelegtes, in voller »Beherrschung des vorhandenen Materials geschriebenes »Buch auf der Höhe seiner Zeit stehen muss, ist von vorneherein klar. Jede Zeile verräth dass wir es mit einem »in allen Fächern der Rechtswissenschaft wohlbeschlagenen »Juristen, dass wir es mit einem aus dem Vollen gearbeiteten Werk zu thun haben.»¹⁾ Edoch, hoe welwillend het oordeel zij, tegen de stelling, zoo even medegedeeld, heeft de schrijver hoog ernstig bezwaar. Dat zij juist tot mikpunt van aanval gekozen worden moest, is niet bevreemdend. Zij toch raakt niets meer of minder dan de staatsrechtelijke verhouding des Duitschers, ten aanzien van het Rijk. Een oogenblik nadenkens slechts, en men ontwaart, hoe deze eenvoudige woorden het brandpunt zijn van tal van uiterst gevoelige sympathieën en — het tegendeel daarvan. Dat in den maalstroom der politieke meeningen THEMIS alleen niet steeds aan het woord is, laat zich bevredigen. Des te aantrekkelijker echter is het voor den

¹⁾ F. v. MARTITZ. Eine Kritik, in Tübinger Zeitschr. f. d. ges. Staatsw. dl. XXXII. (1876) blz. 555, 557.

vreemdeling, op dit stuk zonder neiging of belang, naar *hare* stem alleen te luisteren. Laat ons derhalve nagaan, wat uit methodologisch oogpunt — doel van dit opstel — tegen LABAND's leer wordt aangevoerd.

v. MARTITZ zegt: »Lässt sich die Begriffskategorie »Staat'' »auf eine Mehrheit von politisch verbundenen *Corporationen* »übertragen? Kann ich in der Gleichung: Vielheit von »Menschen + in einer rechtlichen Einheit + unter einer »obersten Gewalt + innerhalb territorialen Grenzen zu- »sammengeschlossen ist = Staat; kann ich in dieser Gleichung das Produkt: Vielheit von Menschen, ersetzen durch »das Produkt: Vielheit von Jurist. Personen?

»Die Frage wird sich doch kaum bejahen lassen. Uns »ist doch immer der Staat seinem rechtlichen Gehalt nach »nur eine, nämlich die politische Seite des Volksthum, der »rechtliche Ausdruck eines ethischen Verhältnisses. Seine »juristische Basis ist lediglich die Anerkennung derjenigen, »die sich durch ihn auch zu einer rechtlichen Gesamtheit »verbunden wissen; er is ein Rechtsverhältniss, ein Ver- »hältniss von Menschen. Wie aber können Corporationen, »auch wenn es Corporationen des öffentlichen Rechts sind, »aus sich selbst heraus in ein Rechtsverhältniss treten, »welches staatliche Natur trägt, sie, die ja überhaupt erst »dem Staate die rechtliche Anerkennung ihrer Persönlich- »keit verdanken? Sie mögen obligatorische Pflichten über- »nehmen, sie mögen Föderationen schliessen; aber einen »Staat über sich durch Urvertrag entrichten, Staatsbürger- »liche Lasten übernehmen, Freiheitsrechte erwerben, das »vermögen sie nicht.''¹⁾

In een eerlijk tweegevecht moeten de wapenen gelijk zijn. Hier echter blijkt den toeschouwer alras, wat den strijder te goeder trouw is ontgaan, dat hij *tegen* de juridische methode zich plaatst op een *door* haar overwonnen standpunt. Het is *niet* zoo, dat de Staat steunt op erkenning van de zijde der burgers. Het is *niet* zoo, dat de

¹⁾ F. v. MARTITZ. Eine Kritik t. a. p. blz. 567.

Staat is een rechtsbetrekking. Dit leerden GROTIUS en KANT in alleszins gewettigde reactie tegen de vroegere opvatting van ARISTOTELES. Maar hoezeer daardoor herleid tot meer bescheiden afmetingen, werd des laatsten theorie niet ten eenenmale uit het veld geslagen. Staat en mensch hebben dit kenmerk gemeen, dat beiden een organisme zijn. Door nu het begrip: *persoonlijkheid* op het Staatswezen over te brengen en aan den mensch te ontleenen, huldigt de juridische methode én de leer, dat de eischen der gemeenschap vóór die der individuen gaan, én de stelling, dat niet de gansche rechtssfeer des menschen van den Staat is afgeleid. M. a. w. van *persoonlijkheid* gewagende, coördonneert zij Staat en burger idéeel. Doch tevens geeft zij aan ieder dier begrippen zijn eigen inhoud. De Staat is publiekrechtelijk, de burger privaatrechtelijk persoon. *Maar beiden zijn personen* en als zoodanig von Gottes Gnaden. Derhalve niet de Staat: voortbrengsel van 's menschen rechtsbewustzijn of diens erkenning behoevend. De Staat *moet* er zijn, al ware hij het voorwerp van aller afkeer. Maar ook niet: de mensch levend en werkend, krachtens gracieuselijk gedoogen van den Staat. Daar bestaat een gebied, waarop zijne vrijheid eerbiediging eischt. Het vangt aan, waar het algemeen belang ophoudt, en het met jaloerschheid te bewaken, is dringend noodig voor leer en practijk beide. Alzoo — geen absolutisme, ginds; geen individualisme, hier — dat wil de juridische methode op Staatsterrein.

Maar dan moet men haar ook niet haar werktuig: het begrip *persoonlijkheid*, ontnemen of in schijn slechts laten. Hoe kunnen publiekrechtelijke corporatiën in eene rechtsbetrekking treden, zij, die door den Staat eerst persoon worden? — vraagt v. MARTITZ. De twijfel berust op dubbel misverstand. Niet *iedere* corporatie dankt zijn bestaan *als persoon* aan den Staat, want de Staat, zelf een persoon, dankt zijn bestaan aan niemand. (ARISTOTELES: het geheel vóór zijne deelen). Omgekeerd, ieder persoon dus ook, de corporatieve of juridische, moet *als zoodanig* de mate van vrijheid, *die hem toekomt*, mogen gebruiken. Tenzij men

nu bewijze, dat het den Staat *aliunde* niet geoorloofd is tot eene gemeenschap (Bondsstaat) toe te treden, is, uit rechtskundig oogpunt, deze zijne handeling tegen iederen aanval veilig.

Dergelijke bewering schijnt inderdaad bedoeld in de slotsnede der zoo even medegedeelde plaats. Het *woord* staat er niet, doch de zin der bedenking is: de Souvereiniteit van den Staat gedooft niet een Staat boven zich op te richten. Hier speelt de tallooze malen verkondigde dwaling doorheen, dat Staat en Souverein gelijkwaardige begrippen zijn. Deze stelling nu moet ik kortweg loochenen. Tot de woorden, die in de wetenschap van het Staatsrecht gestadig verwarring stichten, behoort de term: Souvereiniteit. En dringend noodig schijnt mij een stelselmatig, wetenschappelijk onderzoek naar zijne beteekenis. Wat bedoelt men met Souvereiniteit? Ideëele machtsvolkomenheid? of feitelijke bandeloosheid? Dat er een afgrond ligt tusschen deze beide denkbeelden, is bij den eersten oogopslag duidelijk. Macht laat de vraag naar haren oorsprong open. Goed is zij, in dienst van het recht. Zoo niet, heet zij geweld. De ongebondenheid daarentegen bekreunt zich niet om die herkomst. Zij wil omdat zij wil en kan. Van Souvereiniteit sprekende, plegen niet weinigen den Staat *deze* wilsbevoegdheid toe te kennen. Souverein is hun, wie een vrijbrief tot onbeperkt handelen heeft, Welnu! het dient luide te worden verkondigd — in dien zin is niets en niemand hier op aarde Souverein, noch Staat, noch persoon. Gebonden zijn wij allen, volken en individuen, door de eischen der rechtidee, gelijk wij aan haar onderworpen zijn. De juridische methode in het Staatsrecht zou eene ware zegening zijn, indien zij bijdragen kon tot verbreiding van het denkbeeld, dat recht de macht is, die Staten en volken beheerscht en in de wereldgeschiedenis beider aangematigde Souvereiniteit breken zal

Het is geenszins zonder reden, dat deze opmerkingen worden gemaakt. Immers in het eigen redeverband, dat ons bezig houdt, vinden zij hare onmiddellijke toepassing. Tegen het juridisch betoog van LABAND poogt v.

MARTITZ eene *reductio ad absurdum* aan te voeren. Zie haar hier: »Die einzelnen Bürger kommen, so lehrt unser »Verfasser für das Reich nur als Elemente der Einzelstaaten »in Betracht, deren Substrat sie sind (p. 133); sie stehen »direct nur unter einer Unterstaatsgewalt (p. 136, 137). »Nun behauptet er weiter, dass die vom Reiche attentirte »Aufhebung jedes von ihm s. g. Sonderrechtes, jeder Ein- »griff in die Mitgliedschaftsrechte oder *jura singulorum* »der Reichsglieder nur unter Zustimmung der betroffenen »Landesregierung statthaft sei; wenn sie — ohne solchen »Consens erfolgend — schlieslich doch geduldet werden »müsse, so weiche man nur der Gewalt. Wie steht es denn »nun hier mit den einzelnen Bürgern? Eine direkte Re- »lation mit dem Reiche unterhalten sie nicht; sie sind »ja nur Unterthanen eines Einzelstaats. Brauchen sie sich »denn dergleichen gefallen zu lassen? Sollen sie ruhig zu- »sehen, wenn ihr Land vergewaltigt wird? Werden die »Landesbehörden nicht am Ende einem von ihrer Regie- »rung gegen einen Regierungsakt des Reichs wegen ange- »blicher Rechtsverletzung ausgesprochenen Proteste Folge »geben wollen? Das wäre ja eine recht nette Perspektive. »Ich muss selbstverständlich jede Möglichkeit verneinen, »dass Verfasser solches auch nur gedacht hat. Er ist nicht »Nullificator. Aber wird er sich wundern können, wenn »an seine unklare Deduktionen sich höchst unliebsame »Missverständnisse anhängen werden?"¹⁾

De eenige, die ten deze van onklarheid beschuldigd worden kan, schijnt mij niet de schrijver maar zijn beoordeelaar. Hem kan men gevoegelijk de vraag voorleggen: wilt ge de juridische methode in het Staatsrecht, of wilt ge haar niet? Zoo ja, gelieve aan hare gevolgen u te onderwerpen. De Staatsrechtswetenschap wijst in een bepaald complex van feiten aan, wat recht, wat onrecht heeten moet. Heeft de Staat (in dit geval het Rijk) krachtens zijne constitutie niet meer dan eene bepaald afgebakende rechtsbevoegdheid, wat aan gene zijde dier grens ligt, is —

¹⁾ v. MARTITZ, eine Kritik enz. t. a. p. blz. 569.

onrecht. En indien het onrecht is, mag, ja moet de school het aldus *noemen*, onbekommerd om de gebeurlijkheden des levens. Eine nette Perspektive — zegt de beoordeelaar. Wäre die Perspektive netter, dass man dem Reiche strafflosen Rechtsbruch d. h. Willkür zumuthet? — kan men hem antwoorden. Recht, ook Staatsrecht is er waarlijk niet om op iets anders dan zijne eigene eischen acht te slaan, of voor iets anders dan zijne eigene wapenen onder te doen. Met redeneeringen gelijk hier gevoerd worden, zou men, golden zij op rechtsgebied, ver kunnen komen. Naar hetgeen in politischen zin al of niet wenschelijk is, vraagt de jurist niet. Noch richt hij zijn stelsel a priori in naar het believen eener macht, zij deze vorst of volk. Het rekkelijke geweten der diplomatische Staatskunst vormt met den stroeven ernst der staatsrechtelijke wetenschap vaak eene tegenstelling. Daarin licht de meerderheid dezer laatste. Men kan haar buigen of breken, doch eens ten troon verheven, wijkt ook zij alleen voor het geweld.

/ Als eerste punt, dat tot dusver behandeld is, koos ik met opzet eene stoffe, vreemd aan onzen staatsrechtelijken toestand. Wie eene werkplaats binnentreedt zal tot des te onbevanger oordeel in staat zijn, naarmate hij meer belangeloos den arbeid aanziet. Een onderdeel van Staatsrecht, voor ons Nederlanders feitelijk doelloos, leende zich alzoo het meest ter verduidelijking van hetgeen de juridische methode wil en vermag. Juist om die reden, wensch ik thans als tweede punt te kiezen eene zaak, ook bij ons te lande aan de orde niet slechts, maar voorwerp van warmen strijd. Bedoeld is het leerstuk der dusgenoemde algemeene maatregelen van inwendig bestuur. Bij arrest dd. 13 Jan. 1879 ¹⁾ besliste de Hooge Raad der Nederlanden, dat dergelijke bestuursmaatregel, zal hij verbindend zijn, moet rusten op eene wet. Daarmede treedt ons stellig Staatsrecht in eene geheel nieuwe phase, en is op velerlei gebied

¹⁾ W. v. 't Recht, n^o. 4330.

van wetgeving een ommekeer noodig, waarvan voorshands begin noch einde zijn te voorzien. Niet meer dan natuurlijk derhalve, dat twee bij uitstek bevoegde woordvoerders geroepen zich gevoelden gemeld arrest ten toets te brengen. Als opmerkelijke bijzonderheid verdient vermelding, dat beiden leden zijn van het hoogste rechtscollege zelf, de achtbaarheid hunner stelling alzoo aan de gedachtenwisseling dubbelen klem bijzet. Als verdediger van 's Hoogen Raads gevoelen trad op Mr. A. A. DE PINTO,¹⁾ met een betoog, dat het vraagstuk in zijn geheel ter sprake bracht. De bestrijding werd geleverd door Mr. J. G. KIST.²⁾ Om echter het standpunt, waarop het debat zich plaatst, aan te wijzen, behooren wij de kern voor het minst van meergemeld arrest niet uit het oog te verliezen. Deze schijnt vervat in de navolgende vier rechtsoverwegingen:

O. dat alzoo de vraag, hoever de bevoegdheid des Konings, met opzicht tot de onderwerpen, die daarbij kunnen worden geregeld, zich uitstrekt, moet worden beantwoord uit het stelsel der Grondwet, ten aanzien van de macht des Konings in het algemeen.

O. daaromtrent, dat de Grondwet het aan den Koning en aan den algemeenen wetgever toekomende gezag nauwkeurig onderscheidt; dat volgens art. 104 de wetgevende macht uitgeoefend wordt door den Koning en de Staten-Generaal gezamenlijk, terwijl in de zesde afdeling van het tweede hoofdstuk de onderscheidene bestanddeelen van 's Konings macht met name worden aangegeven, en bepaaldelijk bij art. 54 den Koning geene wetgevende maar uitvoerende macht wordt toegekend.

O. dat wel is waar nergens eenige bepaling uitdrukkelijk voorschrijft, dat algemeene maatregelen van inwendig bestuur, door den Koning te nemen, op de Grondwet of op eene wet moeten berusten, of daarvan het uitvloeisel zijn, maar dat daaruit niet volgt, dat de Koning in het algemeen de bevoegdheid zou hebben tot het uitvaardigen van dergelijke maatregelen, ook wanneer die niet steunen op eenige wet of daarvan uitvloeisels zijn.

O. immers, dat, ingevolge vorengemeld stelsel der Grondwet het niet de vraag is of die bevoegdheid den Koning door eenige uitdrukkelijke bepaling ontzegd, maar of zij hem toegekend zij

¹⁾ A. A. DE PINTO. Algemeene maatregelen van inwendig bestuur en delegatie van wetgevende macht. (Amsterdam 1879).

²⁾ J. G. KIST. De algemeene maatregelen van inwendig bestuur. (Amsterdam 1879).

en alzoo steunt, hetzij op eenig bestanddeel van 's Konings in de Grondwet omschreven macht, hetzij op eenige directe of indirecte delegatie des wetgevers, in verband met 's Konings bevoegdheid als uitvoerende macht.

Uit deze overwegingen blijkt dat 's Raads kennisneming ingeroepen werd *over de gezagsregeling, gelijk die bij onze Grondwet plaats gegrepen heeft*. Ter sprake kwam de politieke machtsverhouding van Koning en Staten-Generaal, *zoals die, op één punt, door onze hoogste Staatswet is vastgesteld*. Zegt men, dat, waar de wet spreekt, eene andere cognitie bij den rechter niet te pas komen kan, ik zal de laatste zijn om het te betwisten. Wat evenwel de aandacht verdient is, dat het debat, eens in dit spoor, daarbuiten zich niet bewoog. *Aan de hand onzer Grondwet, harer geschiedenis, harer antecedenten, harer uitleggers*, zoekt Mr. A. A. DE PINTO aan te toonen, dat 's Raads stelling juist en »delegatie van wetgevende macht», gelijk zij ten onzent allengs insloop, afkeurenswaard is. Dit tweede punt laat zijn wederpartijder, Mr. J. G. KIST, rusten, doch ook hij blijft binnen de lijst der Grondwet en van hare interpretatie. Beiden kampioenen dus gaat de *positief-rechtelijke* strekking der voorschriften onzer Grondwet uitsluitend ter harte. Sprekend is beider slotsom. Mr. A. A. DE PINTO verwijst naar »het groote belang eener juiste afbakening »der grenzen van bevoegdheid van de wetgevende en de »uitvoerende macht.»¹⁾ Daartegen Mr. J. G. KIST: »is men »niettegenstaande de ministeriële verantwoordelijkheid nog »bevreesd voor eene régime du bon plaisir, men herzie de »Grondwet op dit punt, maar de Rechter onthoude zich, »om zijn stelsel te stellen in de plaats van dat der Grond- »wet.»²⁾

Nu in dit geval de wapenen aan ons geschreven Staatsrecht zijn ontleend, is het des te belangwekkender na te gaan, hoe de vraag gesteld en opgelost moet worden naar de leer van den Staat als zoodanig. Hier zijn wij niet lan-

¹⁾ A. A. DE PINTO, t. a. p., blz. 20.

²⁾ J. G. KIST, t. a. p., blz. 27.

ger aan letter en (inwendige) geschiedenis onzer Grondwet gebonden. Integendeel wordt zij zelve een moment in de staatkundige ontwikkeling van ons volk, een moment, dat niet verklaring van staatsrechtelijke beginselen geeft, doch behoeft. Onze Grondwet nu heeft met tal harer zusters, zoowel hier als in den vreemde, één karaktertrek gemeen. De leer der *verdeeling van Staatsmachten*, MONTESQUIEU'S welbekende en wereldberoemde tias, is haar: onaantastbaar dogma. Bij dezen derhalve hebben wij op dit stuk hare toelichting te zoeken. Zij luidt:

»Lorsque, dans la même personne ou dans le même corps
 »de magistrature, la puissance législative est réunie à la
 »puissance exécutive, il n'y a point de liberté, parce
 »qu'on peut craindre que le même monarque ou le même
 »sénat ne fasse des lois tyranniques pour les exécuter
 »tyranniquement.

»Il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger
 »n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exé-
 »cutive. Si elle était jointe à la puissance législative, le
 »pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbi-
 »traire; car le juge serait législateur. Si elle était jointe
 »à la puissance exécutive, le juge pourrait avoir la force
 »d'un oppresseur.

»Tout serait perdu si le même homme, ou le même
 »corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exer-
 »çait ces trois pouvoirs; celui de faire des lois, celui d'exé-
 »cuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes
 »ou les différens des particuliers." 1)

Deze leerstellingen waren de zuurdeesem, die vóór het tijdperk der Revolutie het denkbeeld van den modernen Staat deden gisten, en daarna verwezenlijken. Aan haar toetste men het bestaande Staatswezen, en mat men den afstand, die werkelijkheid en wenschelijkheid scheidde. Geen leerstuk is er, dat op de vestiging van den constitutioneelen Staat een even grooten invloed geoefend heeft als dat der *verdeeling van Staatsmachten*.

1) MONTESQUIEU. *Espr. des Lois*. Oeuvres t, a. p. blz. 86 recto.

Geen schrijver, die in hoogere eere stond dan hij, wiens eenvoudig en bondig betoog, de scherpe aanklacht zoo meesterlijk wist saam te vatten. Trouwens nog ten huidigen dage is die waardeering ten volle verdiend. Tegen willekeur en alleenheerschappij op Staatsgebied verhief MONTESQUIEU zijne welsprekende stem. Toen men voor het constitutioneele Staatsbegrip eene uitdrukking zocht, was het alzoo *zijn* woord vooral, waarin men haar meende te vinden. Onberekenbaar nut heeft die loop van zaken gehad en gesticht. Recht is eene levensorde, en dat Staatsrecht met de politieke lotswisselingen der volken nauw samenhangt behoeft geen betoog. Eerst derhalve moest *als middel van verzet* de theorie der Staatsmachten in de gemoederen veld winnen, alvorens haar gehalte wetenschappelijk kon worden onderzocht. Hoe weinig zij tegen critische ontleding bestand is en hoe snel zij, na een zegevierenden tocht om de wereld — le drapeau tricolore a fait le tour du monde — zelfs in Frankrijk verlaten werd, kan men nalezen bij v. MOHL. ¹⁾ Tegenover *de verdeling van Staatsmachten* plaatst de nieuwere Staatswetenschap *de eenheid der Staatsmacht*. Haar doel daarmede is geenszins *het vrijheidspostulaat van Montesquieu zakelijk te verkleinen*. Haar oogmerk is veeleer *een theoretisch houdbaren grondslag te vinden, waarop het modern Staatsbegrip gevestigd worden kan*. Vrucht der organische Staatstheorie, poogt alzoo de nieuwe leer met haar eenheidsdenkbeeld den constitutioneele Staat niet te ondermijnen maar te versterken. En daarin is zij zoozeer geslaagd, dat MONTESQUIEU's trias, haar voorgangster, thans vrij wel als verlaten kon worden beschouwd. De streng constitutioneele v. MOHL zegt op dit punt: »Von dieser »Zeit an ist diese Auffassung die herrschende, so dass Anhänger früherer Theorien und selbst Anklänge an dieselben zu den Seltenheiten gehören. Es ist etwa Streit »über das Maass der dem einzelnen Unterthanen zustehenden »Rechte; über die Ausdehnung der Ausnahmefälle, in

¹⁾ R. v. MOHL, Die Geschichte enz. t. a. p. I blz. 271 vlg.

»welchen der Volksvertretung eine Theilname an Regierungshandlungen gebührt; über den Organismus dieser »Vertretung und die Art ihres Verfahrens und der Geltendmachung ihrer Stellung; aber nicht über das Wesen »der Staatsgewalt und über die Einheit des Staates. Und »je weiter sich die Wissenschaft von der Ansicht entfernt, »welche den Staat als ein zufälliges Erzeugniss der menschlichen Willkühr auffasst, sondern vielmehr derselbe jetzt »als ein durch die sittliche und die sinnliche Natur des »Menschen gleich nothwendig bedingter Organismus des »ganzen Volkslebens erscheint; desto mehr tritt dieser Begriff der Staatsgewalt und ihr Verhältniss zum Rechte »der Bürger als ein unmittelbarer und kaum mehr des »Beweises bedürftiger Folgesatz hervor." 1)

Uit de laatste zinsnede blijkt, dat het bij voorkeur de wijsgeerige beschouwing van den Staat (in den Aristotelischen zin van organisme) was, die leidde tot den regel *der eenheid van Staatsmacht*. Lichtelijk zal men derhalve inzien, dat dit standpunt a fortiori moest worden ingenomen door de juridische methode in het Staatsrecht. Deze toch, wij weten het reeds, vat den Staat op als persoon. Wilde zij ernst maken met dit denkbeeld, en niet onmiddellijk haar eigen werk verstoren, zij moest den persoon des Staats in al zijne richtingen en uitingen denken als één van wil en handeling. Dit geschiedde inderdaad. Sprekende van de Staatsmacht zegt GERBER: »Auf ihre »Bedeutung als seelischer Kraft der Staatspersönlichkeit eines »Volks beruht ihre Eigenschaft der *Untheilbarkeit*.' En zonder veel omwegen voegt hij er bij: »Es bedarf hier »keiner erneuten Widerlegung des wenigstens wissenschaftlich längst überwundenen s. g. Principis der Theilung der »Gewalten." 2) Even summier luidt de parate executie van de leer der verdeeling van Staatsmachten door LABAND: »Eine Kritik dieser Lehre, welche die Einheit des Staates

1) v. MOHL. Geschichte enz. t. a. p. blz. 285.

2) GERBER. Grundzüge enz. t. a. p. blz. 22 noot 6.

»zerstört und welche weder logisch haltbar noch praktisch »durchführbar ist, kann hier unterbleiben, da in der »deutschen, politischen und staatsrechtlichen Literatur über »die Verwerflichkeit dieser Theorie seit langer Zeit fast »vollkommenes Einverständniss besteht." 1)

Mijne bedoeling te dezer plaatse is natuurlijk niet een handboek van Staatsrecht op juridische leest te schrijven. Ook zonder uitwerking der bijzonderheden echter gevoelt men welken ommekeer de ééne hier aangeduide slag in het systeem der Staatsleer te weeg brengt. In hoofd en ledematen omgewoeld, krijgt het geheel andere stelling, ieder onderdeel gewijzigd licht en beteekenis. De politieke leer der verdeeling van Staatsmachten verplaatst ons zoo recht in het hart der opvatting, die het Staatswezen uit overleg, verdrag (pactum) tusschen Vorst en Volk of Ver-tegenwoordiging te voorschijn doet treden. Vrucht dier minnelijke schikking was, dat ieder het zijne behield, den ander zijn deel gunnende. Aan den Vorst de uitvoering. Aan de Standen, Staten of hoe men het noemen wil, de wetgeving. Aan de magistratuur de rechtsbedeeling. Zelfstandig moest ieder lid van het drietal zijn. Inmers dit postuleert de theorie der verdeeling. Alzoo eene uitvoering, die hoogstens als werktuig van vreemden wil zich denken laat. Eene uitvoering bovendien, die geheel het omvangrijke regeeringsgebied, dat voor wetgeving in eigenlijken zin niet vatbaar is (administratie), buiten rekening laat. Wijders eene wetgeving zonder gezag, in strijd met hare eigene waardigheid. Wat beteekent eene wilsverklaring, die de macht mist om zich te doen gelden? Eene rechtspraak eindelijk, die als een soort van blinde passagier naast beide heenloopt, en nergens gevoegelijk onder dak gebracht kan worden. Dit alles wemelt van fictiën, dus van onwaarheid en onklarheid. En te verwonderen is het werkelijk niet, dat de juridische methode haren arbeid zelfs niet aan-vangen kon, alvorens zij de vroegere, op zich zelf hoogst

1) LABAND. Das Staatsrecht enz. t. a. p. II blz. 7 noot 1.

eerbiedwaardige dwaling met wortel en tak had uitgeroeid. Dit belet geenszins, dat ook harerzijds hulde wordt gebracht aan de alles behalve geringe diensten door het oude politieke credo bewezen. Nu echter in de feiten de constitutioneele Staat allerwege — men zegt zelfs in Turkije — heeft post gevat, moet er ruimbaan worden gemaakt voor eene bevredigende leer van dien Staatsvorm. De leuze *verdeeling van Staatsmachten* heeft dapper en onversaagd de banier gegeven, waaronder op het ancien régime storm geloopt is. Nu zij evenwel op de bres is gesneuveld, en er op nieuw appel geblazen wordt, gunnen wij haar de welverworven ruste en ziele naar een ander steunpunt uit.

Één is de Staatsmacht alzoo. Drager daarvan in de constitutioneele monarchie is de Koning. Hij keurt de wet goed of af. Hij doet haar derhalve *in het leven treden*. Hij voert haar uit of doet haar uitvoeren. Alzoo hij dwingt tot onderwerping aan het wetsvoorschrift. Zelfstandig eindelijk wordt in zijn naam recht gesproken. Twee zijden der Staatsmacht (wetstoepassing is uitvoering), die in het constitutioneele koningschap zijn belichaamd. Hoe in den loop der tijden zin en strekking van spreekwijzen wisselen kunnen! *L'État c'est moi*, zeide LODEWIJK XIV. Hij meende: ik kan doen wat ik wil. *L'État c'est moi*, mag de constitutioneele Koning zeggen. Hij behoort te bedoelen: de idëele drager der machtsvolkomenheid van den Staat ben ik. »*Tout serait perdu si le même homme exerçait ces trois pouvoirs*, roept MONTESQUIEU uit. Welnu! de juridische methode beoogt niets meer of minder dan juist deze toekenning, en des ondanks hoopt zij den modernen Staat te behouden. Waar schuilt hier het geheim? Doodeenvoudig, in hare stilzwijgende, doch onwrikbare onderstelling, dat de constitutioneele Koning, idëele drager der Staatsmacht, *bij de uitoefening dier macht op den rechtsbodem blijft*. Zegt men, dat die onderstelling tegen machtsverschrijding een zwakke waarborg, derhalve de eenheid van Staatsmacht in 's konings persoon een gevaarlijke constructie is? Zij antwoordt: is uwe leer nopens verdeeling

van Staatsmachten dan beter tegen *feitelijke* inbreuk bestand? Zal een plichtvergeten Vorst door deze of gene theorie in zijn opzet zich laten dwarsboomen?

Wij duchten derhalve geen misverstand, door het uit te spreken: de wetgevende macht in den constitutioneel-monarchalen Staat berust bij den Koning alleen. In welken zin? Uitvoerig wordt het antwoord door LABAND gegeven in het hoofdstuk, waarmede het tweede deel opent. Hier kunnen slechts enkele punten worden aangestipt. Het woord: *wet* heeft twee beteekenissen, eene materiële en eene formeele. Wet in materiëlen zin is: *rechtsgeldige vaststelling van een rechtsregel*. Uit dit wetsbegrip volgt:

1. De wet moet een *rechtsregel* behelzen. Moet die *algemeen*, d. i. op eene bepaalde klasse van gevallen naar haren inhoud toepasselijk zijn? Het is onnoodig. Ook de *priva lex* (privilegium) is wet. »Mit dem Begriff des Gesetzes »ist es völlig vereinbar, dass dasselbe einen Rechtssatz »aufstellt, der nur auf einen einzigen Thatbestand anwend- »bar ist, oder nur ein einzelnes concretes Rechtsverhältniss »regelt" zegt LABAND.¹⁾ De naturalisatie-wet is wet in materiëlen zin.

2. De wet bevat *een bevel* tot naleving. Op dit punt behoort nauwkeurig te worden gelet om tegen leerstellige dwaling zich te vrijwaren. »Man verschliesst sich jede »Möglichkeit einer wissenschaftlichen Erkenntniss der Lehre »von der Gesetzgebung, wenn man das Wesen des Gesetzes »in der *Schaffung eines Rechtssatzes* erblickt. Gesetzgebung »ist vielmehr lediglich die Ausstattung eines Rechtssatzes »mit verbindlicher Kraft, mit äusserer Autorität; sie be- »steht in der *Sanction eines Rechtssatzes*", aldus LABAND.²⁾ Niet hij, die den rechtsregel vindt, opspoort, verklaart dat het bestaan daarvan doelmatig, nuttig is, daartoe alzoo besluit, is wetgever. Wetgever is hij, die aan het aldus gevondene zijn *jubeo* toevoegt, *sanctie* aan den rechtsregel verleent.

¹⁾ LABAND. Das Staatsrecht enz., t. a. p. II. blz. 2.

LABAND. Das Staatsrecht enz., t. a. p. II. blz. 5.

3. Wetgeving kan alleen uitgaan van de macht, die de rechtsorde te regelen, en hare iustandhouding te bewaken heeft. Derhalve behoort zij te zijn attriboot der *Staatsmacht*. »Heutzutage, da der Staat nach Ueberwindung »seiner privatrechtlichen Periode in Deutschland zur vollen »politischen Existenz gelangt ist, kann das Recht der Gesetzgebung als der mächtigsten Form staatlicher Herrschaft nur noch ihm und keinem Berechtigten unter ihm »zustehen. Ein Gesetzgebungsrecht von Gemeinden, Corporationen und Einzelnen ist nur denkbar in einer Zeit, »in der der Staatsbegriff noch nicht zu seiner vollen Entwicklung gekommen ist, in welcher die einzelnen Elemente des Volks noch in einem sehr lockeren Verbande »stehen und die unausgebildete Landeshoheit die Erfüllung »eines Theils der Staatsaufgaben noch den nur halb ihrer »Herrschaft unterworfenen Körpern überlassen muss" ¹⁾ Dat de dusgenaamde plaatselijke wetgeving *krachtens eene organieke wet*, met dien regel uitnemend zich verdraagt, zal wel nauwelijks vermelding behoeven.

4. De wet als uiting van den Staatswil, moet gekondschap worden. Een wil, waarvan geene kondschap gedaan is, bestaat naar rechten niet. Quod non apparet in jure et non est, idem est. Men onderscheide dit vereischte van de sanctie eenerzijds en de afkondiging aan den anderen kant. De sanctie maakt de wet tot wet. De afkondiging maakt de wet naar rechten verbindend. De kondschap doet blijken van haar bestaan, in den regel door middel eener oorkonde. ²⁾

5. De wet moet openbaar gemaakt, uitgevaardigd, afgekondigd worden. De rechtsorde van den Staat en zijne bevelen moet men kunnen kennen. Hier is het verschil tusschen wet en administratieven maatregel merkbaar en sprekend. De laatste richt zich tot den beambte. Het wezen der eerste is openbaarheid. ³⁾

¹⁾ GERBER. Grundzüge enz., t. a. blz. 140, noot 1. LABAND. Das Staatsrecht enz. t. a. p., blz. 10.

²⁾ LABAND. Das Staatsrecht enz., t. a. p. II, blz. 12.

³⁾ LABAND. Das Staatsrecht enz., t. a. p. II, blz. 22.

Thans kan het duidelijk zijn, in welken zin wetgeving bij den koning alleen berust. Het wezen der constitutioneele monarchie is: *dat de inhoud der wet door de Vertegenwoordiging wordt of kan worden vastgesteld, maar dat die inhoud geen wet wordt, tenzij door den Koning daartoe verheven*. Er is dus samenwerking, doch men stelle haar niet op de gedrochtelijke wijze zich voor als werd de wetgevende macht door Koning en Staten *gezamenlijk* uitgeoefend. Deze formuleering, voor politieke doeleinden bij uitstek geschikt, heeft in juridischen zin geen waarde. Zij brengt, gelijk iedere methodologische fout, van meet af op het dwaalspoor, en noopt tot eene reeks scheeve opvattingen. »De Grondwet ontleent het begrip van *wet* enkel van »den persoon, die haar maakt,» zeide THORBECKE,¹⁾ die het weten kon. Waarom echter doet zij dit? Omdat zij het begrip van *besluit* voorbehouden wilde aan de uitvoerende macht. En daarmee is de tweespalt der ideëele Staats-eenheid in volle werking. Uit deze ontstaat de valsche vraag: hoe bakenen wij de grenzen van wetgeving en uitvoering af? Met dit punt hangt dan wederom samen: beduchtheid voor »constitutioneele beginselen», onder welken term — een soort van pasmunt zonder beeldenaar — ieder verstaat, wat hij goed vindt. Zou het niet zaak zijn om den wille eener ware, niet schijnbare theorie van constitutioneel *Staatsrecht* dit pad te verlaten?

Twee momenten onderscheide men alzoo in de leer der wetgeving:

A. het stadium, waarin bepaald wordt, *wat* wet worden zal: taak der Vertegenwoordiging. Onze schrijver zegt: »Der Monarch als der alleinige Träger der ungetheilten »und untheilbaren Staatsgewalt ist allein im Stande ein »Staatsgesetz zu erlassen, d. h. den *staatlic'ien Befehl* »seiner Befolgung zu ertheilen. Den Inhalt des Gesetzes »aber zu bestimmen, steht ihm nicht ausschliesslich zu;

¹⁾ THORBECKE. Aanteekening op de Grondwet (Amsterdam 1841) I blz. 283.

»die Volksvertretung hat vielmehr mit der Regierung den »Inhalt zu vereinbaren. Der Wortlaut der anzuordnenden »Rechtsregeln ist bereits vor dem Erlass der Gesetzes auf »dem im Verfassungsrecht vorgezeichneten Wege fixirt; »der Souverain kann an demselben Nichts ändern, er hat »nur darüber die Freiheit der Willensentschliessung, ob er »den Befehl ertheilen will, dass dieser Wortlaut Gesetz »werde." 1)

B. het stadium, waarin verklaart wordt, *dat* eene wetsvoordracht *wet* zijn zal: taak des Konings. LABAND gaat voort: »Das Hoheitsrecht des Staates oder die Staatsgewalt »kömmt nicht in der Herstellung des Gesetzes-Inhaltes, »sondern nur in der Sanction des Gesetzes zur Geltung; »die Sanction allein ist Gesetzgebung im staatsrechtlichen »Sinne des Wortes. Das Recht zur staatlichen Gesetzgebung in dieser Bedeutung ist ebenso untheilbar wie »die Souveränität, deren Ausfluss und Bethätigung es »ist, und die Frage nach dem Subject der gesetzgebenden »Gewalt ist identisch mit der Frage nach dem Träger der »Staatsgewalt." 2)

Men geve zich van de aaneenschakeling van denkbeelden rekenschap, die in deze juridische beschouwingswijze hare uitdrukking vindt. De Staat is persoon. Als persoon is hij eenheid, tot willen en handelen bevoegd. Drager der ideëele eenheid, dus der Staatsmacht is (in den constitutioneelen Staatsvorm) de Koning. Maar niet naar willekeur oefent hij de machtsvolkomenheid van den Staat. Deze behoeft, om op bepaald gebied *in het leven te treden*, de samenwerking van constitutioneële organen. De Koning is niet meer dan één der organen van het Staatsgezag. Het tweede dier organen, de Vertegenwoordiging, stelt den inhoud der rechtsordering vast. De sanctie daarvan (wetgeving) verblijft den Koning. In dit stelsel is de eenheid van gedachte en vastheid van begripsbepaling, die de jurist

1) LABAND. Das Staatsrecht enz. t. a. p. II blz 6.

2) LABAND. Das Staatsrecht, enz., t. a. p. II, blz. 6.

behoeft. Dat aan deze eischen voldaan worde, is voor hem levensvraag. Hem is het *Staatsrecht* niet schijn, maar werkelijkheid, niet een los daarheen geworpen aggregaat van allerlei bestanddeelen, maar eene vaste begripscategorie uit één stuk. De opmerking heeft ten doel eene op dit gebied niet ongewone wijze van betoog te ondervangen. Wil men LABAND of GERBER bestrijden, men stelde juridisch stelsel tegenover juridisch stelsel. Of uit deze of gene constructie meer of min *politische* munt geslagen kan worden, blijve buiten aanmerking. Het is der wetenschap van het Staatsrecht juist te doen om zich te ontworstelen aan de heerschappij eener voorgangster, die velen nog steeds den blik benevelt.

Gaan wij voort met de ontleding van het wetsbegrip. Om te weten, wat eene wet in materiëelen zin is, wils men op *den inhoud*. In formeelen zin is wet: iedere wilsverklaring van den Staat, die *in den vorm* eener wet tot stand gekomen is. De verhouding van formeele en materiële wet is alzoo niet die van species en genus, noch die van een enger en een ruimer begrip. De beide klassen staan nevens, niet onder elkander. Iedere plechtige handeling van het Staatsgezag kan in den vorm eener wet worden gebracht. ¹⁾ Jongste voorbeeld ten onzent is de dotatie aan de nagelaten betrekkingen van een hoogaanzienlijk staatsman. Zakelijk ware een begrootingspost even doeltreffend geweest. Vormelijk was eene wetsvoordracht ad hoc meer in overeenstemming met den ernst van het onderwerp en de waardigheid der betrokken personen.

Beslist de vraag: *wie* de wet maakt, over haar karakter als zoodanig. met de formeele wetscategorie weet men geen weg. Ook zij immers treedt op dezelfde wijze als de materiële wet in het leven. De fout echter is juist, dat men een objectief kenmerk poogt te ontleenen niet aan de zaak, die bepaald worden moet, maar aan den persoon, die haar

¹⁾ LABAND. Das Staatsrecht enz. t. a. p. II blz. 61 vg. aldaar de litteratuur in noot 1.

het aanzijn schenkt. Men zou even goed een schip kunnen omschrijven als een voorwerp, dat door een scheepsbouwmeester in elkander wordt gezet. Ook die fout komt op rekening van het dogma: verdeling van Staatsmachten, dat in tal van Staatsregelingen, gelijk in onze Grondwet is overgenomen. »Die consequente Durchführung der »Theorie von der Theilung der Gewalten hatte zur Folge, »dass alle Funktionen des staatlichen Lebens, welche dem »Könige allein und den von ihm ernannten Verwaltungs- »Beambten zustanden, zur *Executive*, und alle Funktionen »welche ein Zusammenwirken von Krone und Volksvertretung verlangten, zur *Legislative* gerechnet wurden" zegt LABAND. ¹⁾ Door deze valsche voorstelling wordt de vraag: wat eene wet is, niet slechts opengelaten, maar gepraejudicieerd. Immers het grondwettig antwoord luidt: alles wat door gemeen overleg van Kroon en Vertegenwoordiging tot stand komt; *en dit alles gelijkelijk*. Op grondwettig standpunt alzoo bestaat er tusschen de formeele en de materiële wet geen verschil, dus geen aanleiding om het onderscheidend kenmerk te zoeken. Beide zijn in herkomst gelijk, wat rechtigt u, die op haar politisch kompas zeilt, en haar dogma van machtsverdeling overneemt, een verschil te maken? »Zeker, de Grondwet zegt, zoomin als »eenige andere Nederlandsche wet, wat eigenlijk eene wet »is. Met zoodanige leerstellige bepaling, die tot het gebied »der wetenschap behoort, heeft zij zich gelukkig niet inge- »laten," — verklaart de heer DE PINTO. ²⁾ Iets anders echter is eene leerstellige bepaling te behelzen. Iets anders, haar in den weg te staan. De heer DE PINTO noemt de naturalisatie eene wet in formeelen zin. Op *zijn* standpunt is deze benaming niet slechts, naar het mij voorkomt, onjuist, maar willekeurig. Eerst als men zich losgemaakt heeft van de theorie der machtsverdeling, erlangt men vrije hand om het zakelijk kenmerk der wet op te sporen.

¹⁾ LABAND. Das Staatsrecht enz. t. a. p. II blz. 59.

²⁾ DE PINTO. Alg. Maatregelen enz. t. a. p. blz. 5.

Dan eerst kunnen de rubrieken: materiële en formeele wet *ontstaan*. Houdt men zich echter aan bedoelde theorie, waar is het steunpunt om een verschil te scheppen, waartoe het geschreven Staatsrecht geen aanleiding geeft? Ten einde tot de bepaling van het formeele wetsbegrip te geraken, moet men de kenmerken van het materiële wetsbegrip zich duidelijk maken. En beide wederom zijn noodig, *om tot het begrip van lesluit te komen*.

Dit laatste zeer wezenlijke punt schijnt mij niet voldoende door den heer DE PINTO in het oog te zijn gehouden. Vandaar, dat hij van zijn wederpartijder den heer KIST eene tegenwerping uitlokt, die haren *schijn* van recht enkel ontleent aan het beiden gemeenschappelijk standpunt. De heer DE PINTO toch zegt met een beroep op een drietal plaatsen: »Eene wet alzoo is eene zelfstandige, van geen »hooger gezag in den Staat afhankelijke, voor allen, die »tot het Staatsverband behooren of zich op het Staatsgebied »bevinden, voorzoover zij met haar in aanraking komen, »verbindende regeling van alle rechtsbetrekkingen, zonder »onderscheid, die tusschen den Staat en bijzondere personen »of tusschen dezen onderling bestaan. Het is mij dan ook »niet duidelijk, wat THORBECKE bedoelt met het »eigenaardig'' »onderwerp der wet. Alles, wat op een gegeven oogenblik »algemeene regeling eischt door tusschenkomst des wetge- »vers, hij zij dan alleenheerscher, eene soevereine volks- »vergadering of eene vereeniging van vorst en volksverte- »diging, is onderwerp van wetgeving'' ¹⁾ Laat ons nu voor een oogenblik de innerlijke waarde dezer bepaling laten rusten. Ten volle gegrond *schijnt* tegen haar de navolgende bedenking van den heer KIST: ²⁾ »Mijn hooggeachte ambtgenoot »begint met eene uitvoerige bestrijding van onzen grooten »leermeester THORBECKE, wanneer deze zegt, dat onze Grond- »wet »het begrip van Wet enkel ontleent van den persoon, »die haar maakt,» en tracht aan te toonen, dat Wet is, »ieder algemeen voorschrift, dat allen, die tot het Staats-

¹⁾ DE PINTO Alg. Maatr. t. a. p. blz. 4.

²⁾ KIST. De Algemeene Maatr. enz. t. a. p. blz. 7.

»verband behooren en zich op het Staatsgebied bevinden,
»verbindt.

»In het algemeen zal ik dit niet tegenspreken. Het
»woord »Wet' kon zeker die beteekenis hebben; onze
»Grondwet echter neemt het in eene andere beteekenis,
»namelijk in die van besluit, door den Koning, in overleg
»met de Staten-Generaal genomen."

De paraphrase dezer bedenking zou men gevoegelijk als volgt kunnen geven: »Nopens het grondwettig dogma der
»machtsverdeling als zoodanig, bestaat tusschen u en mij
»geen verschil. Gij even als ik, wenscht af te bakenen de
»grenzen tusschen uitvoering en wetgeving, die wij beiden
»aan afzonderlijke machten toebedeelen. Is dit zóó, de
»vraag, die ons verdeeld houdt, is voor eene oplossing *in*
»*het algemeen*, ten eenemale onvatbaar. Het probleem is
»niet: wat is wet? wat besluit? De ook voor u overwegende
»vraag is: hoe heeft onze Grondwet de *competentie* der
»Staatsmachten vastgesteld? De richtige begripsbepaling
»van *wet* en *besluit* is zonder belang, waar een alleenheer-
»scher of eene soevereine volksvergadering beslist. Maar
»zij wordt van overwegend gewicht waar Vorst en Verte-
»genwoordiging omtrent *wetgeving* en *uitvoering* met elkan-
»der zich hebben te verstaan. Dat de beide laatstgemelde
»Staatsfunctiën strengelijk moeten gescheiden worden, daar-
»aan is u gelijk mij alles gelegen. Ons beiden is deze
»grondwettige vooronderstelling een *primum verum*, een
»hoeksteen van het constitutioneele staatsgebouw. Derhalve
»moogt ge haar ook niet een wetsbegrip *in het algemeen*
»toedichten. Gelieve u te vergenoegen met het wetsbe-
»grip, dat aan hare, uwe en mijne eischen beantwoordt." Gesteld het hadde den heer KIST behaagd, zijne opmerking aan te vullen in voege als ik mij hier veroorloofd heb, wat er tegen in te brengen ware, zou ik waarlijk niet weten.

De heer DE PINTO alzo gaf noodeloos een wapen tegen zich uit handen. Noodeloos — want het wetsbegrip (materieel en formeel) moet worden opgespoord, volslagen los

en vrij en onafhankelijk van de vraag der competentie. Deze laatste is voor onze Grondwet — om zeer verklaarbare en alleszins te billijken redenen trouwens — hoofdzakelijk Natuurlijk primeert alsdan dit punt het leerstellig onderzoek naar het wezen der *wet*, dat toch in werkelijkheid aan geene andere dan zijne eigene eischen te beantwoorden heeft. Gaat men met deze uitsluitend te rade, het wetsbegrip schijnt slechts twijfelachtige winste te kunnen erlangen door het drietal uitspraken, dat de heer DE PINTO aanvoert. Voor zijne stelling namelijk (de wet stelt *algemeene wetten en plichten* vast) beroept hij zich: ¹⁾

1°. Op de uitspraak van MARCIANUS: *lex est cui omnes obtemperare convenit* (l. 2 D. de legibus I. 3). Eén der kenmerken van de *Wet* behelst deze aanwijzing zeker. Zij wordt dan ook door LABAND gebezigd ten betooge, dat het de sanctie is, die de *Wet* in het leven roept. En deze vermeldt met instemming de woorden van DURANTON: »une règle établie par une autorité à laquelle on est tenu d'obéir,» die men als eene vertolking der Grieksch-Romeinsche grondgedachte beschouwen kan. ²⁾ Als geheel echter wordt het wetsbegrip daardoor niet weergegeven. Trouwens voor zooverre de Romeinsche rechtsleer tot ons kwam, is de opmerking geoorloofd dat systematiek hare sterke zijde niet is. In denzelfden Pandectentitel staat uiterst vreedzaam naast den zoo even gemelden aanhef, de leer van ULPIANUS: *Princeps legibus solutus est* (l. 31 D. de legibus I. 3) Deze schijnt alzoo niet tot *omnes* te behooren. Met dergelijke kleinigheden bemoeide zich de schaar van TRIBONIANUS niet.

2°. Op de omschrijving van MERLIN (*Répertoire, voce Loi*): »c'est un acte de la volonté souveraine qui ou commande certaines choses, ou les permet sous des conditions déterminées, ou les défend soit d'une manière absolue, soit avec des réserves.» Zij schijnt mij voor het wetsbe-

1) DE PINTO. *Algem. Maatr. enz. t. a. p. blz. 4.*

2) LABAND. *Das Staatsrecht t. a. p. II blz. 10 noot 3.*

grip ten eenenmale waardeloos. Wat er goeds in is, is oud, wat er bijgevoegd werd, deugt niet. Der Romeinen: *Legis virtus haec est; imperare, vetare, permittere, punire* (l. 7 D. de legib. I. 3), is althans eene les ter betrachtning bij de kunst, in welke OPZOOMER onze achterlijkheid beweerd en bewezen heeft. Het praedicaat achter eener Wet, zal zij deugdelijk zijn, maakt MERLIN door middel van een logischen kunstgreep tot hare substantie. Op de »certaines choses», die hij eerbiedig uit den weg gaat, komt het juist aan.

3°. Op de bepaling van den hoogleeraar DE BOSCH KEMPER: »Het begrip van wet is het *algemeene* voorschrift, waaruit »*rechten en verplichtingen* worden geboren.»¹⁾ Oppervlakkig zou men meenen, dat dit wetsbegrip zelfstandig aan den aard der zaak is ontleend. Te meer, daar de heer KEMPER ettelijke bladzijden vroeger de zeer juiste stelling verkondigt: »Het is eene groote dwaling, het begrip van »wet af te leiden aan de macht, die haar stelt. De wet »ontleent haar begrip aan haar eigen wezen, gelijk het in »de rechtsgeschiedenis voorkomt, als het geschrevene recht: »*lex est jus scriptum.* »²⁾ Dat de verdienstelijke geleerde in het rechte vaarwater was, is ontegenzeggelijk. Te betreuren echter is, dat hij het onmiddellijk verlaat en het betoog zijner stelling schuldig blijft, deze derhalve aan haar lot overlaat. Vlak na het goede begin lezen wij: »Ons »gevoelen berust op het algemeen begrip van *wet*, gelijk »het door de rechtsgeschiedenis en de algemeene rechtsgeleerdheid wordt aangewezen. Hier ter plaatse schijnt echter »het bewijs geleverd te moeten worden, dat *onze* Grondwet »geen begrip van wet heeft vastgesteld dan hetgeen volgt »uit de oude historische voorstelling en uit de theoriën van »verdeeling van staatsmacht, door MONTESQUIEU voorgedragen en gedeeltelijk in onze Grondwet opgenomen.»³⁾

¹⁾ J. DE BOSCH KEMPER. Handleiding tot de kennis van het Nederl. Staatsrecht en Staatsbestuur (Amsterdam 1865) § 41 blz. 213.

²⁾ DE BOSCH KEMPER. Handleiding enz. t. a. p. § 39 blz. 206.

³⁾ DE BOSCH KEMPER. Handleiding enz. t. a. p. § 41 blz. 214.

Onze Grondwet dus kent staatsmachten, en houdt zich met de regeling harer competentie bij voorkeur bezig. Houdt men haar bij het woord — wat gelukkig niet behoeft: *scire leges non est verba tenere sed vim ac potestatem* — van den aanvang af, is op dit terrein de slag verloren. Niet *het* wetsbegrip, maar *haar* wetsbegrip, gelijk het zich voordoet onder den invloed der dwaling, dat de Staatsmacht voor verdeeling vatbaar is, zal alsdan den doorslag geven. En sterk zijn zij, die er op wijzen, dat de *wet* krachtens onze Grondwet, iets anders is dan de *wet* ingevolge de wetenschap. Gene toch, de *wet* naar luid der Grondwet, trad in het leven *met terugblik op de competentie*. Deze daarentegen, de *wet* volgens de wetenschap, *is van dit vitium primae formationis vrij*.

KEMPER zelf aanvaardde de verdeelingstheorie zonder de allerminste tegenspraak. ¹⁾ Naar aanleg, bouw en behandeling staat geheel zijn werk, — vrucht eener belesenheid zonder weerga en eener krachtsinspanning, die den edelen man tot het einde toe bijbleef — op het politieke standpunt. Daaraan mag het toe te schrijven zijn, dat de enkele opmerkingen, van werkelijk juridisch gehalte, die nu en dan voorkomen, onvruchtbaar blijven. Zijne eigene vermaning: maak de wet los van den persoon, die haar stelt, had hem behooren te leiden tot zelfstandig nadenken over de leer der wetgeving. En deze kan niet tot haar recht komen, tenzij men haar bevrijde van de kluisters, die MONTESQUIEU's trias — voorwaar in *zijn* tijd niet zonder grond — haar aangelegd heeft.

In waarheid mag onze Grondwet (of eene van gelijken geest doortrokkene Staatsregeling) in het geheel niet strekken tot leiddraad bij de bepaling van het wetsbegrip. Aan

¹⁾ „Bij de uitoefening der wetgevende macht met de Staten-Generaal heeft de Koning het voornaamste gedeelte,” DE BOSCH KEMPER Handleiding enz. t. a. p. § 61 blz. 307. „Het is een der schoonste „volksrechten, dat er geene wetten verbindende zijn, dan die met medewerking van afgevaardigden des volks gemaakt zijn,” DE BOSCH KEMPER, Handleiding enz. t. a. p. § 129 blz. 488.

eene juiste opvatting der materiële gelijk der formeele wet staat zij in den weg Het eerste, doordien zij om redenen buiten de zaak gelegen, wetten verordent, waar van het scheppen van rechtsregelen geen sprake is (art. 64). Het tweede, doordien zij de dwaling in de hand werkt, dat men om te weten wat eene *wet* is, slechts het oog heeft te vestigen op haren maker. Ook dit punt ontging den scherpden blik van LABAND niet Hij zegt: «Ueberall, »wo man die selbständige Entscheidung des Monarchen »oder seiner Minister ausschliessen wollte, erklärte man »ein Gesetz" d. h. die Beobachtung der für die Gesetzge- »bung vorgeschriebenen Formen für erforderlich, weil »diese Formen die Genehmigung der Volksvertretung in »sich schliessen. Man glaubte, indem man das Wort »Gesetz auf alle unter Mitwirkung der Volksvertretung zu »Stande gekommenen Willensentschlüsse des Staates, auch »wenn sie keine Rechtssätze betreffen, anwendete, in der »That die Volksvertretung auf die »Legislative" beschränkt »und die Theorie von der Theilung der Gewalten durch- »geführt zu haben.

»In Wahrheit aber bezeichnet das Wort Gesetz in diesem »Sinne nicht einen Theil der in der Staatsgewalt enthalte- »nen *Befugnisse* sondern eine *Form*, in welcher der staat- »liche Wille erklärt wird, gleichviel was der Inhalt dieses »Willens ist. Durch ein »Gesetz" kann der Wirtschafts- »plan für den Staatshaushalt oder der Kosten-Anschlag für »ein Unternehmen festgestellt, die Richtigkeit einer Rech- »nungslegung anerkannt, das Verinögen der verjagten »Dynastie confiscirt und ebenso derselben restituirt, »die Errichtung oder Zerstörung eines nationalen Denk- »mals anbefohlen, die Ertheilung einer Dotation, des Ehren- »bürgerrechts oder eines Titels, sowie die Verbannung oder »der Verlust der Staats-Angehörigkeit ausgesprochen werden. »Durch ein Gesetz kann ebenso eine schwebende Rechts- »streitigkeit entschieden, die Gültigkeit oder Ungültigkeit »eines Aktes der Regierung ausgesprochen, eine Wahl »anerkannt oder vernichtet, eine Begnadigung oder Amnestie

»ertheilt werden. Verwaltungsvorschriften von Wichtigkeit, »welche nicht nach dem Belieben der Regierung abgeändert »oder aufgehoben, sondern dauernd von den Verwaltungs- »behörden befolgt werden sollen, werden überaus häufig »in der Form des Gesetzes erlassen. Ein und dasselbe Gesetz »kann einen sehr verschiedenartigen Inhalt haben und neben »wirklichen Rechtssätzen, Verwaltungsvorschriften, Finanz- »massregeln, Ermächtigungen u. s. w. enthalten. Es giebt »mit einem Worte keinen Gegenstand des gesammten staat- »lichen Lebens, welcher nicht zum Inhalte eines Gesetzes »gemacht werden konnte." 1)

Wil men een sprekend voorbeeld van de waarheid dezer opmerkingen uit de practijk van ons Staatsleven? Wij slaan op het Staatsblad n°. 129 van het jaar 1863 en lezen:

Alzoo wij in overweging genomen hebben, dat het wenschelijk is, het Grondwettig Verbond van Ons Stamhuis met het Nederlandsche Volk, waartoe de grondslagen in November en December 1813 gelegd zijn, op eene waardige wijze te doen herdenken;

Zoo is het, dat Wij, den Raad van State gehoord, en met gemeen overleg der Staten-Generaal, hebben goedgevonden en verstaan, gelijk Wij goedvinden en verstaan bij deze:

Eenig Artikel.

Te 's Gravenhage wordt voor de vergaderingen van de beide Kamers der Staten-Generaal een paleis van Staatswege opgericht.

Ziehier, in politischen zin, eene »Wet'', uitvloeisel der theorie, die verdeeling van Staatsmachten eischt, gekondschapt, van sanctie voorzien, afgekondigd. De wetenschap van het Staatsrecht echter ontwaart hier slechts eene plechtige handeling in wettelijken vorm gekleed. A priori is er niets, dat tot dien vorm verplicht. Rechten, algemeene of bijzondere, worden niet verordend. En plichten evenmin, naar het schijnt, want de wet is nooit uitgevoerd. Hinder brengt dit lang vergeten Staatsblad aan niemand toe, behalve aan de wetenschap, waar de waan wordt versterkt, dat men de »wet'' kent uit haren oorsprong. Soortgelijke »wet'' is echter uit het oogpunt van haren inhoud (en dit alleen is beslissend) niets anders dan een maatregel van

1) LABAND. Das Staatsrecht enz. t. a. p. II, blz. 60.

administratie. En aardig is het, dat LABAND toevallig juist een voorbeeld opnoemt, dat bij ons werkelijkheid is geworden: »Es ist oben bereits dargethan worden, dass jeder »überhaupt mögliche Willensakt des Staates in die Form »des Gesetzes gekleidet werden kann; in diesem Sinne besteht daher *kein* Gegensatz zwischen Gesetzgebung und »Verwaltung, sondern das Gesetz kann selbst seinem Inhalte »nach ein Verwaltungsakt sein. Insbesondere kann das Gesetz »gewisse Handlungen der Regierung vorschreiben; z. B. »die Herstellung einer Eisenbahn, eines Festungswerkes; »eines Parlamentsgebäudes enz." ¹⁾

Wij komen tot *het besluit* (Verordning. ²⁾ LABAND begint zijn betoog op dit punt met eene verwijzing naar het tweeledige gevoelen, dat nopens het wezen van *het besluit* in de Deutsche Staatswetenschap wordt voorgestaan. Volgens sommigen is *besluit*: uiting der regeeringswerkzaamheid van den Staat, administratieve maatregel. *Besluit* staat alsdan tegenover *wet*. Niet de wil van den Staat, maar de wil der Regeering openbaart zich in het besluit. Terrein van toepassing daarvoor is het gebied door de wetgeving open gelaten. *Besluit* derhalve is uitvloeisel der uitvoerende macht. Volgens anderen bestaat er tusschen *besluit* en *wet* geen principiëel verschil. Het *besluit* gelijk de *wet* behelst rechtsvoorschriften. *Wet* is derhalve het besluit, welks inhoud niet zonder medewerking der Vertegenwoordiging kan worden vastgesteld. *Besluit* is de maatregel, die buiten deze medewerking kan worden verordend.

Voor beide die opvattingen worden woordvoerders genoemd, wier namen goeden klank hebben. BLUNTSCHLI en LORENZ VAN STEIN o. a. huldigen de eerste. Heerschend daarentegen is de tweede meening. Lichtelijk ziet men in, dat zij eerst wortel vatten en weerklink vinden moest,

¹⁾ LABAND. Das Staatsrecht enz. t. a. p. II, blz. 209.

²⁾ *Verordening* is uitnemend hollandsch, doch de plaatselijke »wetgeving" heeft van dien term ten onzent zich meester gemaakt. Het Staatsrecht moet dus zich behelpen met het veel meer onbepaalde: *besluit*.

nadat de *eenheid van het Staatsgezag* zich baan gebroken had. Aan deze zijle staan derhalve HELD, GERBER, MOHL, UNGER, GNEIST e. a. ¹⁾

Wij weten reeds, dat ook LABAND bedoelde eenheid aan zijne juridische methode ten grondslag legt. Hier nu is het punt, waar hij ter kenschetsing van *het besluit* ingrijpt. Feitelijk immers moet het de aandacht trekken, indien men eene eenigszins omvangrijke verzameling van wetten en besluiten doorbladert, dat de voorstanders van ieder der beide zoo even gemelde gevoelens er hun gading vinden kunnen. Men zal tallooze besluiten vinden, die rechtsregelen bevatten, derhalve van wetten zich niet onderscheiden. Niet minder groot echter is de reeks besluiten, die enkel tot administratieve maatregelen zich bepalen, derhalve bloot uitingen der regeermacht zijn. Aan welke zijde nu is de waarheid? Of liever, van waar dit verschijnsel?

Ter oplossing dezer vraag paralleliseert LABAND het *besluit* in materiëlen en in formeelen zin, gelijk hij het deed met de wet in beide die beteekenissen. Die dubbele beteekenis is ontstaan onder den invloed van de theorie der verdeeling van Staatsmachten, zoodat het zaak is haar, onafhankelijk daarvan, na te gaan. *Wet* in materiëlen zin is de vaststelling van een rechtsregel. *Besluit* in materiëlen zin moet dus in *inhoud* van deze verschillen. Behelst de *wet* een rechtsvoorschrift, het *besluit* is eene uiting der vrije regeeringswerkzaamheid. Het gebied, waarop het *besluit* zich beweegt, is het veld van Staatszorg, dat door de wet ten behoeve der administratie is vrij gelaten. Het administratieve voorschrift, hoezeer natuurlijk bindend voor den beampte, *schept niet zelf recht, doch beweegt zich binnen de door het recht gestelde grens.* ²⁾ Dit komt nog duidelijker uit, wanneer men let op het wezen der administratie als zoodanig, dat LABAND elders ³⁾ aanwijst: »Das ur-

¹⁾ LABAND. Das Staatsrecht enz. t. a. p. II, 67.

²⁾ LABAND. Das Staatsr. enz. t. a. p. II, blz. 68.

³⁾ LABAND. Das Staatsr. enz. t. a. pl. II, blz. 200.

»sprüngliche und begriffliche Verhältniss der Verwaltung
 »und Gesetzgebung besteht demnach nicht darin, dass die
 »Verwaltung *positiv* durch die Gesetzgebung bestimmt und
 »geleitet wird, sondern dass sie *negativ* durch die Gesetz-
 »gebung beschränkt wird. Das Wesen der Verwaltung be-
 »steht nicht in der Ausführung der Gesetze, sondern in
 »der Durchführung der dem Staate obliegenden Aufgaben
 »unter Beobachtung d. h. ohne Verletzung der Gesetze.
 »Die Staatsverwaltung steht hinsichtlich der Führung der
 »öffentlichen Geschäfte dem Rechte gerade so frei und ge-
 »rade so gebunden gegenüber wie der Einzelne hinsichtlich
 »seiner Privatgeschäfte. Der Kaufman, welcher ein Handels-
 »gewerbe betreibt, führt dadurch nicht das Handelsgesetz-
 »buch aus, sondern er findet an demselben für seine Thä-
 »tigkeit, die er sich frei gestaltet, rechtliche Normen und
 »Schranken; ebenso hat der Staat durch das von ihm selbst
 »gesetzte Recht nicht den Inhalt seiner Thätigkeit bestimmt,
 »sondern derselben rechtliche Schranken auferlegt.”

De tegenstelling tusschen *wet* in materiëlen zin en *be-
 sluit* in materiëlen zin, is derhalve volmaakt identisch met
 de tegenstelling tusschen *rechtsvoorschrift* en *administratief
 voorschrift*. Wij zien hier welk element van waarheid
 de beide meergemelde gevoelens bevatten. Inderdaad staat,
 let men op den inhoud, *besluit* tegenover *wet*. Het divergeerend
 punt is, dat het *besluit* zonder, de *wet* met medewerking der
 Vertegenwoordiging tot stand komt. Aan den anderen kant
 zijn *wet* en *besluit* gecoördonneerd, inzooverre het *besluit* niet
 steeds eene *wet* ten uitvoer legt. Het administratieve voor-
 schrift behoeft slechts te zorgen, dat het niet andruise tegen,
 niet in botsing kome met eene *wet*. Met andere woorden
 alzoo: het *besluit* is vrij en ongehinderd op het geheele veld
 der administratie, *binnen de grens door de positieve wetge-
 ving gelaten*, — ziedaar zijne gelijkstelling met de *wet*.
 Doch het *besluit* heeft te zorgen en te waken, dat het uit
 eigen hoofde geene rechtsvoorschriften geve, welke uit te
 vaardigen de taak der *wet* is, — ziedaar zijne ondergeschikt-
 heid aan de *wet*. Men lette wèl, dat hier sprake is van

het *besluit* in materiëlen zin, geheel op zich zelf beschouwd, alvorens het leerstuk der machtsverdeeling den aard daarvan verduisterd heeft.

Dat leerstuk immers heeft ons bezorgd eene categorie van besluiten *in formeelen zin*. Ingevolge die theorie namelijk heeft de Vertegenwoordiging aandeel in de vaststelling der rechtsorde, doch niet in de leiding der administratie, in het bestuur. Administratieve handelingen nu, waarbij men, om welke redenen ook, de medewerking der Vertegenwoordiging geraden achtte, bond men aan den vorm der *wet*, ten einde ze onder *hare* hoede te stellen. Aan den anderen kant oordeelde men den vorm van *besluit* voldoende voor de vaststelling van rechtsregelen, wier uitvaardiging buiten voorkennis der Vertegenwoordiging men, onverschillig op welken grond, vrijgaf. In formeelen zin derhalve zijn administratieve handelingen, die zonder de Vertegenwoordiging haar beslag niet kunnen krijgen b. v. het budget, *geene* besluiten. Daarentegen zijn alle rechtsvoorschriften, bij de vaststelling waarvan de Vertegenwoordiging niet is gekend, *wèl* besluiten in formeelen zin. De slotsom is, dat het formeele begrip van besluit geenszins beantwoordt aan het begrip van administratief voorschrift. Onder eerstgemeld begrip valt zoowel meer als minder dan onder laatstgemeld. Alle wilsuitingen van den Staat, die bij wege van een *besluit* zich openbaren, zijn besluiten in formeelen zin. ¹⁾

Onder den invloed van het politiek leerstuk der machtsverdeeling heeft alzoo eene opvatting van *het besluit* veld gewonnen, die allereerst van deze, aan zijne eigenlijke natuur vreemde, bestanddeelen behoort te worden gezuiverd. De leer der wetgeving vindt feitelijk op haren weg besluiten, die rechtsvoorschriften behelzen. Is dit geoorloofd? — dat is de vraag, die LABAND met het oog op de Rijksgrondwet stelt, en ontkennend beantwoordt. Dat is de vraag, die wij in toepassing op de algemeene maatregelen van inwendig

¹⁾ LABAND. Das Staatsrecht enz. t. a. p. II blz. 69.

bestuur overnemen, *haar plaatsende in het verband, waarin zij behoort*. Men gevoelt het verschil. Zij, die »de grenzen der uitvoerende en der wetgevende macht willen afbakenen» worden met logischen nooddwang gedreven tot de stelling: de zelfstandige bestuursmaatregel is wetgeving, en *daarom* ongeoorloofd. Zij zijn machteloos tegenover het argument, dat de heer KIST in de navolgende bewoordingen inkleedt: »Niemand heeft ook betwist, dat de koning, ten minste »voor een groot gedeelte» (men zie Art. 130 der Grondwet), »de uitvoerende macht heeft, dit is een gevolg van zijn »koningschap, maar niemand zal ook beweren, dat de ko- »ning, volgens onze Grondwet, alleen heeft de uitvoerende »macht. Hij heeft verschillende andere bevoegdheden, b. v. »hij is een deel der wetgevende macht, Art. 104, en omtrent »sommige onderwerpen oefent hij de wetgevende macht »alleen uit, volgens art. 72 der Grondwet.» ¹⁾

Men ziet, hier komt aan den strijd geen einde, *omdat de competentie hem beheerscht*. De heer DE PINTO zegt: de koning heeft uitvoering, *dus* geen wetgeving, *dus* geen bevoegdheid tot het nemen van zelfstandige bestuursmaatregelen. De heer KIST antwoordt: de koning heeft bevoegdheid tot het nemen van zelfstandige bestuursmaatregelen (art. 72 Grondwet), *dus* ook wetgeving, *dus* meer dan uitvoering. Bij den heer DE PINTO: het begrip *uitvoering* voorop, daarna toetsing der vraag of art. 72 der Grondwet (dat de bron is der bestuursmaatregelen) in *uitvoering* past. Bij den heer KIST: omgekeerd art. 72 der Grondwet voorop, daarna bespreking der vraag of den koning enkel *uitvoering* toekomt. Men zal in de beide opstellen dien logischen gedachtengang, in deze volgorde terugvinden.

Mijne stelling nopens de hier besproken vraag luidt: de zelfstandige bestuursmaatregel is ongeoorloofd, *omdat* hij rechten en plichten verordent. Dezen nu mogen, nemine contradicente, in den constitutioneelen Staat niet buiten voorkennis der Vertegenwoordiging in het leven treden. Het is immers de eenige bestaansreden van dien Staatsvorm, dat

¹⁾ KIST. De algemeene maatr. enz. t. a. p. blz. 23.

de rechtsordering des volks niet zonder zijne medewerking in het Parlement, worde vastgesteld. Dit punt is zóó zonneklaar en historisch zóó bewijsbaar, dat kwalijk aan twijfel zelfs kan worden gedacht. Men *formulcerde* ten onzent — gelijk elders — dit denkbeeld verkeerdt, door van twee machten, of van gezamenlijke machtsoefening te spreken. Doch *de zaak*: de regel, dat de inhoud der rechtsordering het aanzijn danken moet aan gemeen overleg van Vorst en Vertegenwoordiging, is nooit uit het oog verloren. Iedere uiting van den Staatswil, moet, zal zij geldig zijn, worden getoetst aan dat breede beginsel, waarvan geheel de Staatsregeling is doortrokken. De Koning-wetgever heeft zich te beraden met het Parlement, zoodra hij het gebied der rechtsorde betreedt. De Koning-uitvoerder behoort strikt tot uitvoering zich te bepalen. Zoodra onder den schijn of achter het masker van uitvoering, het rechtsgebied betreden wordt, doordien rechten en plichten zelfstandig worden geschapen, is aan het hoofdvereischte van den constitutioneelen Staat — zijn hartader — te kort gedaan.

Uitvoeren nu, de heer DE PINTO zegt het te recht: »is een bedrijvend werkwoord, alléén als zoodanig gebezigd, »en waarbij men zich dus altijd een voorwerp denkt, ook »dan als het niet is uitgedrukt. 's Konings uitvoerende »macht moet dus beteekenen zijn macht om iets uit te »voeren, om aan iets uitvoering te geven. En wat is dat »»iets' hier anders, wat kan het anders zijn dan de wet?»¹⁾

Dezelfde gedachtenreeks vervolgt LABAND iets uitvoeriger: »*Ausführung* der gesetzlichen Regeln hat den Sinn von »Detailirung, Entwicklung, Entfaltung, so wie man von »der Ausführung eines skizzirten Gemäldes oder eines kurz »angedeuteten Gedankens spricht. Der Ausdruck »Aus- »»führung eines Gesetzes' kann aber auch die Anwendung »oder Handhabung desselben bedeuten, so wie man die Er- »füllung eines Befehls oder Auftrages die Ausführung »desselben nennt. Es ergibt sich hieraus der Doppelsinn,

¹⁾ DE PINTO, Algem. Maatr. enz. t. a. p. blz. 13.

»welchen das Wort »Ausführungs-Verordnung" haben kann; »es kann einerseits bedeuten den Erlass von Rechtsvorschriften zur Ergänzung oder Detaillierung von Gesetzesregeln und es kann andererseits bedeuten den Erlass von »Anweisungen an die Behörden über die von ihnen zu »entfaltende Thätigkeit, um die Anordnungen eines Gesetzes »zur Ausführung zu bringen. In dem ersteren Falle enthält die Ausführungs-Verordnung Rechtsregeln und fällt »unter den Begriff der *Gesetzgebung* im materiellen Sinne, »im letzteren Fall enthält sie Verwaltungs-Vorschriften und »hat mit der Regelung der *Rechtsordnung* nichts zu thun." ¹⁾

De algemeene maatregel van inwendig bestuur nu past nauwkeurig in de hier gegevene tweeledige bepaling van het begrip: uitvoering. Inderdaad kan het voorschrift, dat met dien naam aangeduid wordt, enkel strekken tot handhaving en toepassing *der wet*. Alsdan brengt de aard van het onderwerp mede, dat onder den wettelijken regel ieder geval kan worden gesubsumeerd. De wettelijke regel kan echter, om welke reden ook, in diervoege zijn ingekleed, dat hij onderstelt en behoeft eene uitwerking, die nader in bijzonderheden afjaalt. Er ontstaat dan ruimte voor den bestuursmaatregel, die aanleiding en grond in de wet vindt. In het eerste geval behelst de wet *alle* rechtsvoorschriften. In het tweede, is met *haar* goedvinden en voorkennis een deel der laatsten overgelaten aan den bestuursmaatregel. Nooit evenwel kan die maatregel zelfstandig d. i. zonder wet achter zich, rechtsvoorschriften verordenen. Dergelijke bevoegdheid aan te nemen waren a priori onjuist, doordien het niet de bedoeling kan geweest zijn, den Koning toe te kennen wetgeving in dien zin, dat hij uit eigen machtsvolkomenheid *den inhoud* der rechtsorde vastellen zou.

Dat de bestuursmaatregelen de beide hier vermelde betekenissen omvatten, leert ons het getuigenis van THORBECKE. Hij zegt: »wat zijn ze? In enger zin zoodanige, welke den »Staat over het algemeen, niet een of ander deel bijzon-

¹⁾ LABAND. Das Staatsrecht t. a. p. II blz 70.

»derlijk, rakende, eene bepaalde uitvoering verordenen. Hunne »taak moet door de wetten zijn aangewezen. Eene wet kan »meer of minder zijn uitgewerkt; bij algemeene trekken »blijven, of in de deelen van het onderwerp treden; in het »eerste geval zal aan het Bestuur eene aanvullende, rege- »lende macht zijn gelaten, en uitvoering dus *meer*, in het »ander geval *minder* omvatten. Soms is de uitvoering »eener wet zeer eenvoudig, soms vordert zij een geheel »stelsel van voorschriften. Maar hetzij veel, hetzij weinig »omvattende, een algemeene maatregel van bestuur onder- »stelt telkens eene wet, waarvan hij het orgaan is, en die »er de sfeer van bepale." ¹⁾

Men ziet — in het stellen der theoretische vraag, bestaat er bij THORBECKE en LABAND geen verschil. Des eersten denkbeeld om in de Grondwet op te nemen het voorschrift: »Elke algemeene maatregel van bestuur rust op eene wet, »die er het onderwerp en gebied van bepaalt" ²⁾ werd ver- worpen. Geen spoor echter is er te vinden, dat mede verworpen werd zijne principiële ontvouwing van het be- grip: uitvoering. Integendeel schijnt mij deze beaamd juist door het Regeeringsantwoord, bij de behandeling van het tegenwoordig art. 72 der Grondwet aan de dubbele kamer gegeven. Dat antwoord luidt: »alle koninklijke besluiten, »bevelen en beschikkingen, gegeven of genomen ter uit- »voering eener wet of behandelende onderwerpen niet vat- »baar voor wettelijke regeling, voorzoover die besluiten, be- »velen of beschikkingen bestemd zijn algemeen te werken, »of met andere woorden, voorzoover ze zijn generaal, niet »speciaal." ³⁾ De hier gecurciveerde woorden zijn het plechtanker der verdedigers van den zelfstandigen bestuurs- maatregel. ⁴⁾ De heer DE PINTO geeft in overweging te lezen *en* in de plaats van *of*. Er is geen grond voor de

¹⁾ THORBECKE. Bijdrage tot de herziening der Grondwet (Leiden 1848) blz. 64.

²⁾ THORBECKE. Bijdrage enz. t. a. p. blz. 65.

³⁾ DE PINTO. Alg. Maatr. enz. t. a. p. blz. 15.

⁴⁾ KIST. De Algem. Maatr. enz. t. a. p. blz. 23.

amendeering. Mij althans schijnen de bedoelde woorden eene zeer duidelijke toespeling op de tweede klasse van bestuursmaatregelen, die *meer* moeten omvatten, doordien de wet hun onderwerp niet vatbaar heeft verklaard voor regeling in bijzonderheden.

De bestuursmaatregel alzoo mag naar geest en letter van ons Staatsrecht *niet* zelfstandig zijn, doch moet rusten op eene wet. Criterium voor dit beginsel is, dat buiten medewerking van Koning en Vertegenwoordiging *het rechtsgebied* niet mag worden betreden. Daarmede echter is *in het algemeen* de zelfstandige reglementeerende bevoegdheid des Konings bij maatregel van bestuur geenszins uitgesloten. De Staatswil, die het rechtsgebied mijdt, mag ongetwijfeld op deze wijze (den Raad van State gehoord art. 72 Gw.) worden kenbaar gemaakt. Derhalve vervalt de tegenspraak, die de heer KIST ¹⁾ bij THORBECKE in daden en woorden meent op te merken. Het besluit van 9 Nov. 1851 (Stbl. n°. 142) houdende vaststelling van een Reglement, bevattende algemeene bepalingen betreffende de Kamers van Koophandel en Fabrieken, stelt een adviseerend lichaam in. Met de rechtsorde heeft het zóó weinig te maken, dat de vreemdelling zelfs lid dier corporatie zijn kan (art. 5).

Het zoo even gestelde beginsel echter is slechts *negatief*. De *positieve* vraag luidt: hoe moet het verband tusschen bestuursmaatregel en wet worden opgevat, in *ruimen* of in *engen* zin? Deze begrippen zijn van nature relatief, zal men zeggen. De tegenwerping is juist, doch niet afdoende. De vraag is namelijk, of er een punt aanwijsbaar is, waarop het verband tusschen bestuursmaatregel en wet, zóó verwijderd is, dat de eerste schijnbaar afhankelijk, in werkelijkheid zelfstandig moet heeten. Om de bedoeling te verduidelijken, zij een voorbeeld ontleend aan het privaatrecht. Mandaat en negotiorum gestio vormen eene tegenstelling. Gene onderstelt een last, deze niet. Zij zijn echter verwant, doordien ook in het tweede geval een last geacht wordt

¹⁾ KIST. Alg. maatr. enz. t. a. p. blz. 26.

gegeven te zijn (art. 1390 B. W.) Vandaar voor den mandataris: rechtsplicht tot pijnlijke naleving van den last; voor den negotiorum gestor: eene grootere ruimte van beweging. Daar hij slechts in ideëlen zin een last heeft ontvangen, moet hij kunnen volstaan met zich niet te gedragen als bestond er geen last. Het ongelijksoortige vereenigend, hoop ik tegen misverstand gevrijwaard te zijn. Men brenge de onderscheiding over op publiekrechtelijk gebied en vrage zich af: behoort de bestuursmaatregel te beantwoorden aan het mandaat of aan de negotiorum gestio?

Ik moest zeer mij bedriegen, indien de heer DE PINTO niet antwoordde: aan de *negotiorum gestio*. Dit beginsel acht hij, die beter dan iemand anders ingelicht zijn kan, mede te volgen uit het onderling verband van het arrest H. R. dd. 13 Januari 1879 met eene vroegere beslissing van dat college dd. 19 Maart 1877. Bij laatstgemeld arrest namelijk is een vonnis vernietigd, waarbij verbindende kracht was ontzegd aan een Reglement op het bevissen der Schelde en Zeeuwsche stroomen, welk Reglement bij een Koninklijk Besluit was vastgesteld. De cassatie echter had plaats »niet omdat de rechtbank ten onrechte had aangenomen, dat elke maatregel van inwendig bestuur, volgens de Grondwet, op de wet moet berusten, maar omdat, naar 's Raads oordeel, dit besluit, ook voor zoover »het de uitoefening van particuliere visscherijen regelt, »werkelijk zijn grond heeft in eene wet, nl. art. 577 van »het Burgerlijk Wetboek.”¹⁾ Hier wordt dus — mutatis mutandis — de bestuursmaatregel opgevat als negotiorum gestio. Art. 577 B. W. verklaart eenvoudig, dat rivieren aan den Staat behooren. En nu wordt op grond daarvan, als ware het krachtens stilzwijgende machtoverdracht, het uitvoerend gezag bevoegd geacht om uit eigen hoofde het bevissen der rivieren te reglementeeren. Het beginsel aan den bestuursmaatregel heet alsnu te liggen in een be-

¹⁾ DE PINTO. Alg. maatr. enz. t. a. p. blz. 19.

paald wetsvoorschrift, — eene stelling, die toch waarlijk niet anders dan in verwijderden, idëeelen zin toegegeven worden kan.

Die rechtsleer nu van den Hoogen Raad brengt de heer DE PINTO in publiekrechtelijke taal over als volgt: »dat de »H. R. niet zoover gaat als de schrijver der Bijdrage tot »de herziening der Grondwet, waar hij eischt, dat eene »wet steeds het »onderwerp en het gebied" van het kon. »besl. bepale, maar zich veeleer vereenigt met het ook m. »i. volkomen juiste advies, door den heer THORBECKE uit- »gebracht in de zitting der Tweede Kamer van 29 Oct. 1861 : »»dat de maatregel van bestuur eene wet onderstelt, niet »»dat eene wet het terrein van den maatregel van bestuur »»uitdrukkelijk moet hebben omschreven."»¹⁾

Dit punt, te weten of THORBECKE werkelijk in de begripsaanwijzing van den bestuursmaatregel heeft gewankeld, laten wij, als te breed onderzoek eischend, rusten. Wat de vraag zelve echter betreft, schijnt mij bedoeld voorschrift het publiekrechtelijk begrip van *mandaat* te moeten verwezenlijken. Dat wil zeggen: de algemeene maatregel van bestuur behoort inderdaad zóó eng aan eene wet zich aan te sluiten, dat deze het is, die zijn onderwerp en gebied bepaalt. Dit gevoelen steunt op twee gronden.

Vooreerst leidt de tegengestelde leer tot ongerijmde gevolgen. Ziehier, hoe met het oog op de Duitsche Rijkswet LABAND zich uitlaat: «Die in Rede stehende Theorie führt »auch zu absurden Resultaten; sie könnte dazu missbraucht »werden, die Mitwirkung des Reichstages an der Reichs- »gesetzgebung gänzlich illusorisch zu machen. Denn der »Begriff eines Ausführungsgesetzes ist ein äusserst unbe- »stimmter und dehnbarer; unter dem Vorgeben, dass ge- »wisse Rechtsvorschriften zur Ausführung anderer Gesetzesbe- »stimmungen dienen, liessen sich mancherlei Rechtsregeln »aufstellen, die nur in losem Zusammenhange mit dem »zur Ausführung zu bringenden Gesetze stehen. Ja es »lässt sich mit Grund behaupten, dass fast *sämmtliche* Rechts-

¹⁾ DE PINTO. Alg. maatr. enz. t. a. p. blz. 19.

»gesetze zur Ausführung der Reichsverfassung dienen, ihr
 »gegenüber nur Ausführungsbestimmungen enthalten, und
 »man würde damit zu dem Schluss gelangen, dass jedes
 »innerhalb der verfassungsmässigen Kompetenz des Reiches
 »sich haltende Gesetz eben sowohl in der Form der Ge-
 »setzgebung als in der Form der Verordnung nach dem
 «Belieben der Reichsregierung erlassen werden könnte,
 »wofern nur in dem letzteren Falle das Gesetz als Aus-
 »führungsbestimmung zu diesem oder jenem Artikel der
 »Reichsverfassung bezeichnet wird." 1)

Mij dunkt, woord voor woord is deze bedenking op ons
 onderwerp toepasselijk. Indien een bestuursmaatregel slechts
in het algemeen eene wet behoeft achter zich te hebben,
 (gelijk het Visscherij-Reglement, art 577 B. W.) kan de af-
 stand zóó groot zijn, dat de punten van aansluiting uit
 het oog worden verloren. Zegt men, zóó ver mag hij
 niet gaan, de vraag is geoorloofd: hoe ver dan wèl?
 En dat zij niet is een theoretisch vernuftspel, goed ge-
 noeg voor de school, in het leven veelal met zekeren glim-
 lach bejegend, kan met de stukken worden aangetoond.
 Het is de constitutioneele (?) *practijk* ten onzent, die een
 jurist, zóó sober en bedachtzaam als de heer DE PINTO, de
 navolgende woorden in de pen geeft: »Nu als zoodanige
 »overdracht geoorloofd is, dan kan men zich de zware en
 »omvangrijke taak der samenstelling van een Nederlandsch
 »strafwetboek gemakkelijker maken. Men heeft dan slechts
 »een strafstelsel, met inbegrip der strafmaxima en minima,
 »in groote trekken bij de wet vast te stellen en kan het
 »aan den Koning overlaten om verder, den Raad van State
 »gehoord, het bijzonder deel van het strafrecht bij één of
 »meer besluiten uit te werken." 2) Ik meen, dat men ook
 die moeite zich zou kunnen besparen. Aan het grondwet-
 tig voorschrift (art. 146), dat er een strafwetboek moet zijn,
 is, in de bestreden onderstelling voldaan, indien de Kamer
 eene wet aanneemt, wier eenig artikel luidt: er zal een

1) LABAND. Das Staatsrecht enz. t. a. p. II, blz. 73.

2) DE PINTO. Alg. Maatr. enz. t. a. p. blz. 25.

strafwetboek zijn, waarvan de bijzonderheden bij bestuursmaatregel worden vastgesteld. Deze uiterste grens van ongerijndheid zal nooit worden bereikt. Doch — verwonderlijk genoeg — aan den heer DE PINTO zelf moet worden herinnerd, dat de waarborg daartegen geene andere zijn kan, dan het afsnijden der dwaalleer aan den wortel. Principiis obsta. Indien een bestuursmaatregel slechts eene wet in het algemeen behoeft te »onderstellen» (in den zin door het Visscherij-Reglement en art. 577 B. W. toegelicht), en eene wet, zelfs eene Grondwet, als zijn bron in het algemeen aangewezen worden kan (in de dwaze hypothese van zoo even), waarover beklagt men zich?

Ten tweede is de leer, dat een verwijderd verband tusschen bestuursmaatregel en wet volstaan kan, het uitvloeisel eener miskenning van den aard en de roeping der Staatsmachten. Op dit punt schrijft de heer DE PINTO: »Waar de Grondwet »aan eenige Staatsmacht of aan eenige macht in den Staat »zekere rechten, verplichtingen of bevoegdheden opdraagt, »doet zij dit in het publiek belang, om dat te dienen en om »geene andere reden. Vervreemding van, vrije beschikking »over die rechten, verplichtingen en bevoegdheden, overdracht hunner uitoefening aan anderen, kan haar niet vrijstaan. De Koning vermag de uitoefening zijner grondwettige rechten evenmin over te dragen aan de wetgevende macht of aan de Staten-Generaal alléén of aan wien anders ook, als de Staten bevoegd zijn van hun aandeel in de wetgevende macht, zij het binnen zekere grenzen en voor bepaalden tijd, afstand te doen ten behoeve van den kroon alléén.»¹⁾ Het zijn gulden woorden, die mij — behoudens verschil in terminologie, dat uit verschil van standpunt voortvloeit — toeschijnen een axioma te behelzen. De rechten en bevoegdheden van iedere Staatsmacht zijn primair, oorspronkelijk, uit eigen hoofde haar toekomende. *Van nature* derhalve zijn zij voor overdracht niet vatbaar, omdat die rechten niet zijn voorwerp van

¹⁾ DE PINTO. Alg. Maatr. enz. t. a. p. blz. 28.

eigendom in privaatrechtelijken zin. Zij vertegenwoordigen veeleer de mate van constitutioneel gezag aan de betrokken macht op bepaalde wijze toegekend, — een gezag, in welks richtige uitoefening de hoogste waarborg der vrijheid des volks gelegen is. Iedere Staatsmacht heeft in den inhoud der haar toevertrouwde rechten niet *hare* zaak, maar die des *volks* te zien en te eerbiedigen. Zij mag derhalve noch eigendunkelijk het haar toekomend constitutioneel aandeel in het Staatsbestel verkleinen, noch er toe medewerken, dat krachtens antecedenten een inbreuk daarop wordt beoogd of gedoogd. »Dagegen kann eine Kammer nicht auf ihr »Recht der Zustimmung völlig verzichten — sie kann also »nicht dem Monarchen die einseitige Festsetzung des Gesetzes überlassen,» zegt GERBER, ¹⁾ evenzeer als axioma, zonder veel omhaal.

Met dit beginsel schijnt mij de woekerplant, die onder de benaming »delegatie van wetgevende macht" in de legislatieve praktijk ten onzent allengskens is ingeslopen niet te rijmen. *Wetgevende* macht, kan de Kamer niet overdragen, omdat zij die niet heeft. Wèl echter heeft zij het recht om bij de vaststelling van den *inhoud* der rechtsorde te worden gehoord, en dit recht is voor overdracht niet vatbaar, omdat dit recht niet is hare, maar behoort tot de publieke zaak. Evenmin is omgekeerd de uitvoerende macht voor overdracht vatbaar. De stelling des heeren KIST: »dat de »Koning, *ten minste voor een groot gedeelte* de uitvoerende »macht heeft" ²⁾ faalt, gelijk zijn beroep op art. 130 der Grondwet. Reeds THORBECKE schijnt mij zaak en begrip beter te hebben geformuleerd, waar hij opmerkte: »Zeide »men »de eenheid der uitvoerende macht is bij den Koning" »de stelling ware goed en juist; grond en bestemming van »het hedendaagsche koningschap is inderdaad, eenheid der »uitvoerende Macht te zijn; maar zelfs die behoort tot de »stellingen, welke eene Grondwet beter doet uit zich te

¹⁾ GERBER. Grundzüge enz. t. a. p. blz. 144 noot 5.

²⁾ KIST. De Alg. Maatr enz. t. a. p. blz. 23.

»laten opmaken, dan zelve uit te drukken" 1) Zóó mede DE JONGE, waar hij *administratieve macht* omschrijft als: »de macht, welke naar ons Staatsrecht, in al hare volheid »berust bij den Koning, krachtens art. 54 der Grondwet, »en, van den Koning uitgaande, zich over vele personen en »machten verdeelt." 2) Inderdaad is idëeele eenheid alleszins bestaanbaar met feitelijke verscheidenheid. Ook de idëeele eenheid der wetgevende macht berust bij den Koning, drager van het Staatsgezag. En toch kennen wij onderscheidene factoren van den Staat: de Provincie, de gemeente, het waterschap, aan wie, binnen zekere grens, autonomie is gelaten.

De heer DE PINTO vermeldt, niet zonder rechtmatig beklag, een drietal voorbeelden, waarin de dusgenaamde »delegatie van wetgevende macht" gradueel steeds ruimere en steeds meer bedenkelijke afmetingen aannam. 3) Mijns bedunkens zou ook hier de waarschuwing aan kracht gewonnen hebben, indien het kwaad bij zijn oorsprong ware aangewezen. Iedere bestuursmaatregel, waarvan onderwerp en gebied niet door eene wet zijn bepaald, is ongeoorloofd. Is dit geschied, er is van delegatie geene sprake. Van den inhoud der rechtsordering voor zooverre zij in de concrete wet wordt vastgesteld is, gelijk behoort, *in zijn geheel* door de Vertegenwoordiging kennis genomen. De bestuursmaatregel heeft dus dien inhoud niet aan te vullen, allermint te wijzigen. Noodig is hij slechts, omdat het onderwerp, dat hij behandelt, wèl *in nucleo*, maar niet met de vereischte uitvoerigheid in de wet is behandeld. *Daarin* derhalve ligt zijn steunpunt. Geenszins in het onmogelijke begrip van delegatie, dat men wèl doen zal in de theorie te verlaten en uit de practijk te verbannen.

Voor dit laatste bestaat een grond, die, wordt het Staatsrecht op *juridische wijze* behandeld, niet met geringschatting

1) THORBECKE. Bijdrage enz. t. a. p. blz. 18.

2) MR. W. A. C. DE JONGE. Administratie en Justitie (den Haag 1865) blz. 3.

3) DE PINTO. Alg. Maatr. enz. t. a. p. blz. 21 vlg.

kan worden voorbijgegaan. De heer KIST zegt: »Indien »de gewoonte bij ons nog rechtvoortbrengende kracht had, »dan zoude een voldoende bestendig gebruik bestaan, om de »reglementeerende bevoegdheid des Konings bij ons te wet- »tigen." 1) In beginsel alzoó verwerpt de geachte schrijver de rechtscheppende kracht van de gewoonte, of, in publiek- rechtelijken zin, van het antecedent. Ik moet, zoowel voor dit, als op civielrechtelijk gebied, van zijne meening verschillen. Een opzettelijk betoog omtrent dit punt ligt buiten mijn bestek. Dat echter het zoo even medegedeelde gevoel niet voetstoots in de wetenschap wordt aangenomen, is gemakkelijk aan te toonen. GERBER verklaart met ronde woorden het tegendeel: »Aber auch in der Form gewohn- »heitsrechtlicher Bildung können staatsrechtliche Sätze »entstehen. Diese Möglichkeit wird durch das Vorhanden- »sein einer Verfassungsurkunde nicht ausgeschlossen; sie »kann durch Gewohnheitsrecht ergänzt, selbst abgeändert »werden." Voor het zakelijke betoog dezer stelling verwijst hij naar PUCHTA's Gewohnheitsrecht (dl. II blz. 225 vlg. waar de staatsrechtelijke gewoontevorming behandeld wordt): »nach meiner Ueberzeugung das Beste und Rich- »tigste, was über diesen Gegenstand geschrieben worden ist." Ook de promissioire constitutioneele eed (art. 51, 83 Grondwet) staat aan de rechtskracht der gewoonte, zoo zij aliunde bewezen is, niet in den weg. Aldus PUCHTA: »Bekanntlich vergrößert der promissioirische Eid nicht den »Umfang, sondern erhöht nur den Grad der Verpflichtung; »man ist stärker, aber man ist nicht zu mehr verpflichtet »durch das Hinzukommen des Eids, und darin besteht die »accessorische Natur, die er selbst nach dem canonischen »Recht hat. Wenn daher nicht schon in der Verfassung »selbst ihre Unveränderlichkeit durch Gewohnheitsrecht »liegt, so kann der auf die Verfassung geleistete Eid sie »nicht erst hinzufügen." 2) Geestig voegt GERBER hierbij:

1) KIST. De Alg. Maatr. enz. t. a. p. blz. 26.

2) G. F. PUCHTA. Das Gewohnheitsrecht (Erlangen 1837) II blz. 237.

»Diesen Einwendungen (namelijk, het beweerd beletsel uit-
»hoofde van den eed) liegt immer der Irrthum zu Grunde,
»dass die Bildung eines Gewohnheitsrechts ein bewusster,
»beabsichtigter Vorgang sei, eine Vorstellung, welche ihren
»Ausdruck u. a. in der früheren Ansicht MOHL's erhält,
»der (Wurtembergisches Staatsrecht Bd. I. 1846, s. 81 flg.)
»die Möglichkeit der Entstehung eines die Verfassung be-
»rührenden Gewohnheitsrechts unter der Voraussetzung
»zugiebt, dass Regierung, Geheimerrath und $\frac{2}{3}$ der Stän-
»demitglieder stillschweigend zugestimmt haben. Müsste
»man diess nicht durch die Vorstellung ergänzen, die Stände
»hätten sich vor der Sitzung darüber verständigt, dass heute
»mit stummer Geberde ein Gewohnheitsrecht gemacht
»werden solle?" ¹⁾

Men ziet, de rechtskracht der publiekrechtelijke ge-
woonte wordt niet zoo algemeen verworpen, als het den
schijn zou kunnen hebben. Integendeel is de heerschende
theorie te harer gunste veeleer dan te haren nadeele. Nu
is het waar, dat LABAND bij het algemeene gevoelen zich
niet aansluit. Doch, wèl beschouwd, laat hij de *zaak* on-
aangeroerd, en geeft hij haar slechts door middel eener
nieuwe constructie, een anderen *vorm*. Hij ontzegt namelijk
aan de gewoonte de bevoegdheid om recht te *scheppen*.
Maar de macht om recht te *interpreteeren* kent hij haar toe,
en wel in zoo hooge mate, dat zij langs dien weg aan de
bestaande wet *derogeen* kan. Dit denkbeeld is ter nauwer-
nood geschetst, en moet aangevuld worden, hetgeen de
schrijver ook belooft. Wat mij bewoog het hier te vermelden,
is de wijze, waarop LABAND partij kiest in de *hermeneutiek van het Staatsrecht*.

Over dit punt een woord ten slotte. Te liever, daar de
dunk als abstraheerde het hier geleverd betoog van ons
geschreven Staatrecht, vermeden dient te worden. Waar
is, dat de arbeid van LABAND mij aanleiding gaf om het
vraagstuk van den bestuursmaatregel op zich zelf, d. i.

¹⁾ GERBER. Grandzüge enz. t. a. p. blz. 14 noot 4 en 5,

met enkel juridisch-technische hulpmiddelen toe te lichten. ¹⁾ Onjuist zou zijn, dat de ten onzent geldende Staatswet tot andere slotsommen leidt. Inderdaad is dit de meening van den heer KIST, de schering en inslag van wiens beschouwing is vervat in ééne stelling. »Die vraag» (de onze, namelijk) zegt hij, »moet beantwoord worden, niet volgens »het een of ander staatrechtelijk stelsel, omtrent de ver- »deeling der Staatsmacht, dat men tegenwoordig in de »Grondwet legt, maar naar het stelsel des Grondwetge- »vers.» ²⁾ En nu betoogt de geachte schrijver, dat sedert '15 tot '48 en daarna, 's Konings reglementeerende bevoegdheid, voorzoover die in den bestuursmaatregel hare uitdrukking vindt, naar den vorm onaangeroerd, *dus naar inhoud dezelfde* is gebleven. Het spreekt van zelf, dat deze opmerking alleen klemmend zijn kan, indien hare praemisse stand houdt. De leer: de formeel onveranderde bevoegdheid van '48, is de reële bevoegdheid van '15 — die leer behelst waarheid, *indien* waar is, dat de opvatting des Grondwetgevers van '15 (voorzoover niet texueel gewijzigd) ons thans nog bindt. Duidelijker: zal de heer KIST zijn pleit tegen den heer DE PINTO winnen, hem moet toegegeven worden, dat iedere wet, dus ook de Staatswet, behoort te worden uitgelegd overeenkomstig de begrippen, heerschende op het tijdstip van haar *ontstaan*, onverschillig of in verloop van tijd die begrippen eene wijziging hebben ondergaan.

Dien regel nu van wetsinterpretatie kan ik niet onderschrijven. Dat de tegenwoordige Regeering het ook niet doet, is blijdbaar uit een voor de hand liggend voorbeeld. Men wil den advocaat-procureur voor het recht van patent, naar luid harer verklaring, belasten. Nu is krachtens de wet van 21 Mei 1819 (Stbl. No. 34) de advocaat *niet*, de procureur *wel* patentplichtig (Art. III d. j^o. tabel No. 14 sub 22) Het begrip: advocaat-procureur was in '19 — gelukkig — ten eenenmale onbekend. Aan latere staatsmanshandigheid eerst bleef het voorbehouden met deze

¹⁾ Vg. boven blz. 86.

²⁾ KIST. De Alg. Maatr. enz. t. a. p' blz. 11.

hybridische instelling ons te begiftigen. ¹⁾ Geldt de regel van den heer KIST, de functionaris genaamd advocaat-procureur, later ontstaan, — *proles sine matre creata* — kan kwalijk worden gebracht onder het bereik eener wet, die aan hem zelfs niet dacht. In diervoege hangt de wetenschap samen met de beurs, hetgeen eerstgemelde bij sommigen althans op belangstelling kan doen hopen.

Intusschen — *non exemplis sed legibus judicamus*. Nu is het feitelijk onbetwistbaar, dat in en sedert '48 de stelling der Volksvertegenwoordiging als factor in het samenstel der Staatsmachten eene zeer aanzienlijke uitbreiding heeft verkregen. Over het geheel genomen mag men, om het bestuur van onzen eersten Koning te kenmerken, in staatkundigen zin spreken van eene Besluitenregeering. ²⁾ In deze opvatting der regeeringstaak en bevoegdheid is onder den invloed van gebeurtenissen, wier weerslag op vaderlandschen bodem gevoeld, en wier dreigend gevaar afgewend moest worden, door de Grondwet van '48 een ommekeer — in tijds, gelukkig — gekomen. Die Staatsregeling berust derhalve, wat het aandeel des volks in het Staatsbestel be-

¹⁾ De handigheid bestaat in het: *aliud dicere, aliud intendere*, dat Ciceró in zijne onnoozelheid gispt. Onze fijngepolijste beschaving schijnt er een deugd in te vinden. Met volle recht laat het W.v.h.R. No. 4434 aldus zich uit: »Zoo komt deze eenvoudige, onschuldige patent-quaestie »op eenmaal het ware karakter der advocaten-procureurs-wet ont- »sluieren. *Duo cum idem faciunt, non est idem*. Weg met den »dubbelen rechtsbijstand! was de kreet der meesten. De heeren »VAN LYNDEN en SMIDT hieven beiden den dubbelen rechtsbijstand »op: — maar de eerste redde de advocaten en hunne onafhank- »lijkheid, en de tweede bracht hun in zijne wet een doodelijken slag »toe, waarvan zij zich vermoedelijk niet kunnen oprichten met be- »hulp van zijn vrijzinnig Reglement.» Vrijzinnig? hoe dat woord toch in deze omgeving verdwaald geraakt zijn mag!

²⁾ Als voorbeeld van regeertraut in die dagen — één uit velen — zij hier verwezen naar het beruchte conflictenbesluit dd. 5 October 1822 (Stbl. no. 44), waardoor niets meer of minder dan de *geheele rechtsbedeeling* op losse schroeven werd gezet. Acht men dit oordeel overdreven? Men leze het K. B. dd. 9 Juli 1823 (Stbl. n^o. 27), waarbij *een cornis buiten werking werd gesteld!*

treft, op eene wijziging in het rechtsbewustzijn, dat, eenmaal ontwaakt, dringend bevreemding eischte. Er valt niet aan te denken dit alles in bijzonderheden hier te betoogen. Daartoe zou eene politieke geschiedenis van ons Staatswezen sedert '15 geleverd moeten worden. ¹⁾ Maar het feit, het tegenwoordige rechtsbewustzijn des volks: *dat de inhoud zijner rechtsorde in gemeen overleg van Koning en Vertegenwoordiging tot stand kome*, kan eerlijk en te goeder trouw noch tegengesproken noch zelfs betwijfeld worden. Door dit breede, nu en dan onbewuste, maar steeds krachtige beginsel wordt de onderlinge verhouding van *bestuur* en *wetgeving* in vollen omvang beheerscht. In dezelfde mate, waarin het arbeidsveld der wetgeving is vergroot, is dat des bestuurs verkleind. Tusschen '15 en '48 of thans, ligt, wat de onderlinge rechtsbetrekking der Staatsmachten betreft, niet eene kloof maar een afgrond. *Daarom* mag de uitdrukkingwijze der Grondwet ook waar zij gelijkkluidend is aan die van '15, niet uit deze worden geïnterpreteerd.

In dit licht erlangt overgrootte beteekenis een feit door den heer DE PINTO medegedeeld. Deze vraagt, sprekende van de eenvormige rechtspraak des Hoogen Raads nopens bestuursmaatregelen van '44 af tot '74 toe: »in welke »richting nu bewoog zich die uniforme rechtspraak? — »Ik kan het niet ontveinzen, in eene richting van uitbreiding van 's Konings regelende bevoegdheid buiten het »gebied van uitvoering der wet.» Schijnbaar alzoo kunnen

¹⁾ Het karakter onzer eerste twee Grondwetten schetste G. K. v. HOGENDORP aldus: »Niet in eens en op het papier is deze regeering voor den dag gekomen, maar zij is uit vaste grondslagen ontwikkeld geworden en ontwikkelt zich nog dagelijks. Hare grondslagen liggen *in de oudheid*, in de gewoonten, de gebruiken, de instellingen en de wetten, van onze Vaders in den loop der eeuwen geërfd. Een Vorst, Staten-Generaal en Provinciaal, Gouverneur der landschappen, Ridderschappen, Stedelijke Raden, Hoven in de Provinciën met een Hoogen Raad van beroep, eene Nationale wapening en Schutterijen: alle deze instellingen onder dezelfde namen hebben wij *van ouds* gehad en hebben wij weder gekregen.» (Bijdragen tot de huishouding van Staat, I, blz. 43.)

zij, die inkrimping dier bevoegdheid *in thesi* voorstaan, op het gezag van het hoogste rechtscollege bij ons te lande zich niet beroepen. Doch, ook slechts schijnbaar. Immers het feit, waarvan ik gewaagde, ontgaat den helderen blik des schrijvers niet. Onmiddellijk doet hij volgen: »Hierbij »echter mag men ééne zaak niet uit het oog verliezen. »*Het is dat, ofschoon vele van deze arresten zijn geweest »na de Grondwetsherziening van 1848, alle echter betreffen »vóór die herziening uitgevaardigde Koninklijke besluiten.*»¹⁾ Voorwaar, dit is wel eene zaak om niet uit het oog te verliezen. Sprekender bevestiging van den ommekeer in het rechtshewustzijn, die zoo even werd geschetst, kan kwalijk worden verwacht of gevergd.

De beteekenis van dien terugkeer wordt nog versterkt, indien men let op twee arresten van den Hoogen Raad, beide gedagteekend 20 October 1879, gewezen nadat de heer DE PINTO bovengemelde opmerking gemaakt had. Bij het eerste arrest (W. v. 't R. n^o. 4435) kwam ter sprake de toepasselijkheid der K. B. van 31 Juli 1841 (Stbl. n^o. 26) en 9 Mei 1846 (Stbl. n^o. 23). Hoewel de »uniformiteit» der rechtspraak van het hoogste college zou hebben medegebracht, dat in 's Konings zelfstandige reglementeerende bevoegdheid moest worden berust, werd deze gewraakt. Wij hebben hier besluiten, vóór de Grondwetsherziening uitgevaardigd, *en toch* oordeelde de Hooge Raad, dat de bestuursmaatregel *ook toen* had moeten steunen op eene wet. Dien wettelijken grondslag vond de Hooge Raad niet in het oppertoezicht op en algemeen bestuur van den Waterstaat bij de Grondwet van 1815—1840 den Koning toegekend en besliste:

O. hieromtrent, dat, ofschoon het bij art. 215—218 en art. 216—214 der Grondwet van 1815—1840 toegekende oppertoezicht en algemeen bestuur over alles wat betreft den waterstaat van het koningrijk, de wegen en bruggen daaronder begrepen, de bevoegdheid medebrengt, om ook door het geven van algemeene voorschriften, te waken tegen handelingen, waardoor aan de instandhouding en aan de bestemming dier werken voor den open-

¹⁾ DE PINTO. Alg. Maatr. erz. t. a. p. blz. 18.

baren dienst mocht worden te kort gedaan, en alzoo ook om alle misbruik dier werken te keeren, dit nogtans geen recht geeft om het aanleggen van openbare vervoermiddelen op vaarwaters of op wegen, die ten gerieve van het algemeen bestemd zijn, afhankelijk te stellen van het verleenen van vergunningen of concessien onder bepaalde voorwaarden, en om op deze wijze het vrije verkeer op die wateren en wegen, en het bezigen van zoodanige vervoermiddelen in het algemeen te beperken.

O. dat dan ook de bij gemeld K. B. van 31 Juli 1841 (Stbl. n^o. 26) verordende maatregelen, ten einde bij de uitvoering der Stoomvaart de goede orde en openbare veiligheid verzekerd blijven, en de beginselen omtrent het aanleggen van nieuwe stoombootdiensten in verband te brengen tot de algemeene verordeningen met opzicht tot andere vervoermiddelen bestaande en bepaaldelijk art. 9 van dat besluit, geen onderwerp betreffen, dat in het hoofdstuk der Grondwet *van den Waterstaat* behandeld wordt, en waarvan de regeling bij algemeenen maatregel van inwendig bestuur krachtens de in dat hoofdstuk vervatte bepalingen den Koning zou toekomen."

Een terugtocht alzoo *sur toute la ligne*, die den tegenstanders der zelfstandige reglementeerende bevoegdheid des Konings in beginsel, te stade kout.

Nog sprekender echter met het oog op ons redeverband is het tweede arrest (W. v. 't R. n^o. 4436), inzonderheid wanneer men de onmiddellijk daaraan voorafgaande conclusie van het O. M. niet uit het oog verliest. Gehandeld werd over de rechtsgeldigheid van het K. B. van 24 Nov. 1829 (Stbl. n^o. 73) houdende een Reglement op den dienst der openbare middelen van vervoer te lande. Het debat tusschen de HH. DE PINTO en KIST was den Raad bekend, want in de conclusie was daarheen uitdrukkelijk verwezen. De feiten brachten mede, dat de vraag zuiver gesteld en beslist kon worden. Te weten: de vraag of 's Konings zelfstandige reglementeerende bevoegdheid uit kracht der Grondwet van 1815 *kon* en *kan* worden erkend. In dien geest maakte het O. M. de zaak aanhangig o. a. als volgt:

Het geldt hier een reglement, uitgevaardigd onder vigueur van de Grondwet van 1815.

Art. 105 dier Grondwet bepaalt wel, dat de wetgevende macht gezamenlijk door den Koning en de Staten-Generaal wordt uitge-

oefend, maar dit neemt niet weg, dat er naast de wet, volgens die Grondwet nog andere verbindende verordeningen bestaan, van andere machten afkomstig. Zoo spreekt art. 146 van Provinciale en 155 van Plaatselijke verordeningen. Zoo ook art. 73 van door den Koning uit te vaardigen maatregelen van inwendig bestuur van den Staat en van deszelfs bezittingen in andere werelddeelen.

Dat bij den Koning de uitvoerende macht berustte ook onder de Grondwet van 1815, ofschoon die daarbij niet uitdrukkelijk is toegekend als bij art. 54 der Grondwet van 1848, spreek ik niet tegen.

Maar het gaat niet aan daaruit te besluiten, dat een Kon. besluit slechts als maatregel van inwendig bestuur kan gelden als het dient tot uitvoering eener wet.

Niet naar latere constitutioneële begrippen, maar naar den geest van grondwetgeving van 1815 moet de zaak beoordeeld worden.

En nu ligt het geheel in den geest van den tijd toen de Grondwet werd geboren, om aan te nemen, dat aan de uitvoerende macht behoorde het maken van reglementen omtrent datgene, wat niet bij de wet was geregeld of moest geregeld worden.

Opmerkelijk nu is dat de Hooge Raad de vraag, gesteld gelijk in de door mij gecursiveerde woorden aangewezen wordt, *niet* overneemt. Dit blijkt uit den aanhef en den gang van het arrest o. a.:

O. dat deze wetgevende macht *noch in de tegenwoordige*, noch in de Grondwet van 1815, onder welke het Kon. Besl. is genomen aan den Koning is toegekend;

Post alia.

O. daaromtrent, dat de Grondwet het aan den Koning en aan den algemeenen wetgever toekomend gezag nauwkeurig onderscheidt, dat volgens art. 105 der Grondwet van 1815 (*overeenkomende met art. 104 der tegenwoordige*) enz.

Post alia.

O. dat deze opvatting van de bedoeling der Grondwet *niet in tegenspraak is met de beraadslagingen der commissie* gelijk die worden medegedeeld door RAEPSAET enz.

De Hooge Raad onderscheidt dus *niet* tusschen de Grondwet van 1815 en die van 1848, door enkel de eerste aan zijne uitspraak ten grondslag te leggen. Hij beslist: *ex nunc* komt den Koning de bewuste macht stellig niet toe, en het blijkt niet dat zij *ex tunc* was beoogd (de ontstentenis is »niet in tegenspraak" met de historie). Dat het hoogste college telkens de tegenwoordige Grondwet mede

in het spel bracht, mag immers niet toevallig heeten. Dergelijke duiding ware onaannemelijk, nu én het O. M. én de heer KIST vóór alles naar de Grondwet van '15 verwezen. Om dit beroep te ontzenuwen had dus de Hooge Raad, die, nopens de Grondwet van '48, zijne meening reeds kenbaar had gemaakt in een vroeger arrest (het bovengemelde, van 13 Januari 1879), hier zich kunnen bepalen tot de Grondwet van '15 en *hare* bedoeling alleen. Nu dit niet is geschied, mag men aannemen, dat het opzettelijk werd nagelaten. Alsdan is de beteekenis van het arrest m. i. duidelijk. Zij is deze, dat de vraag in hoeverre de Grondwet van '48 's Konings macht meer beperkt, *vervalt*, omdat naar 's Raads oordeel, verkeerdelijk aangenomen werd, dat de Grondwet van '15 bedoelde macht had uitgebreid. De beide Grondwetten willen op dit punt hetzelfde, zegt de Hooge Raad. Waaruit volgt, dat er geen beslissing te pas komt, voor het (niet aanwezige) geval, dat zij divergeeren.

Thans kan het duidelijk zijn, waarom voor ons geval de toepasselijkheid der vermaning van den heer KIST: »de »Rechter onthoude zich, om zijn stelsel te stellen in de plaats van dat der Grondwet,» ¹⁾ allerminst kan worden toegegeven. De Rechter heeft in dit geval aldus niet gehandeld. Hij heeft het stelsel der Grondwet, hetzij van '48, (voor hen, die *van haar* de beperking van 's Konings bevoegdheid dagteekenen ²⁾) hetzij van '15, (voor hen, die met den H. R. reeds *in deze*, bedoelde beperking gelegen achten) toegelicht uit het rechtsbewustzijn des volks, dat bij hem medeleeft. En daartoe was hij, orgaan der rechtsbedeeling, bevoegd niet alleen, maar verplicht. Betwijfelt men deze

¹⁾ KIST. De Alg. Maatr. enz. t. a. p. blz. 27.

²⁾ DE PINTO. Alg. Maatr. enz. t. a. p. blz. 13: »Toch schijnt het mij onbetwistbaar, dat zoo al van 1815 tot 1848 eenige ernstige twijfel mogelijk was aangaande de vraag, hoever 's Konings grondwettige macht tot het nemen van algemeene maatregelen van inwendig bestuur reikt, deze bij de laatste Grondwetsherziening allen grond heeft verloren.

gehoudenheid, zegt men: de letter heersche steeds naar hare beteekenis op het oogenblik harer wording, men schraapt met één pennestreek het wijsgeerig onderdeel der rechts-hermeneutiek.

Omtrent dit punt kunnen wij reeds bij den ouden Glück juiste denkbeelden vinden. Hij zegt: »Die *Doctrinalerklärung* »der Gesetze ist wieder zweierley. Sie ist entweder be- »müht, den Sinn eines Gesetzes bloß aus denen Worten »desselben, und deren Bedeutung zu bestimmen; oder sie »untersucht den Zweck und Absicht des Gesetzgebers und »bestimmt den Sinn des Gesetzes aus dem Grunde desselben. »Jene wird die *grammatische*, von andern auch die *philolo- »gische*; diese aber die *logische* oder *philosophische Erklä- »rung* genennt. — Diesen beiden Arten der doctrinalen »Gesetzesklärung fügen viele noch eine dritte Gattung bey, »welche sie die *politische* Erklärung nennen. Man versteht »darunter diejenige Erklärungsart, welche untersucht, ob »und in wiefern die Gesetze, deren wir uns bedienen, dem »heutigen Zustande und Verfassung unserer Zeiten ange- »gemessen, und daher anwendbar seyn oder nicht. Dass »diese Erklärungsart, welche bey Entwicklung des wahren »Sinnes der Gesetze, auf die Sitten und Verfassungen der- »jenigen Zeiten Rücksicht nimmt, für welche sie ursprüng- »lich sind gegeben worden, von grosser Wichtigkeit, ja »unentbehrlich sey, um sowohl von denen in Teutschland »geltenden fremden, als auch einheimischen ältern Ge- »setzen, z. B. der peinlichen Gerichtsordnung CARLS V »eine richtige Anwendung zu machen, hat keinen »Zweifel.“¹⁾

De bodem derhalve, waarop de wijsgeerige uitlegging zich beweegt, is de al of niet toepasselijkheid der formeel onveranderde wet bij gewijzigde volkovertuiging. De wending dezer laatste moet haren invloed doen gevoelen op de wet, die, voortbrengsel van haren tijd, in het licht van haren tijd behoort te worden beschouwd. De vraag, *hoe groot* de

¹⁾ Glück. Ausführliche Erläuterung der Pandekten (Erlangen 1790) I, blz. 221, 222.

afstand is tusschen de formeel onveranderde wet en de tegenwoordig geldende volksovertuiging, is natuurlijk feitelijk. Hij *kan* zoo groot zijn, dat het wetsvoorschrift thans, eene andere beteekenis erlangt, dan ten tijde zijner uitvaardiging. De mogelijkheid echter bestaat tevens, dat de wetsregel, krachtens veranderd rechtsbewustzijn, geheel en al in onbruik raakt — in *desuetudinem abit*. Het is de taak der wijsgeerige uitlegkunde de betrekking tusschen wet (bindende norm) en volksovertuiging op te sporen en vast te stellen. *Recht* zal er eerst zijn, wanneer beide de begrippen: wet en volksovertuiging, zijn congruent, d. i. elkan- der dekken. En recht spreekt de rechter. Hij onderzoekt in dit geval *niet* de innerlijke waarde of billijkheid der wet. Of, om met den heer KIST te spreken; de rechter stelt alsdan *niet* zijn stelsel in de plaats van dat der wet. Ware dit het geval, hij zou *subjectief* te werk gaan, en zich tot wetgever maken, hetgeen hem verboden is (art. 12 Alg. Bep.). Beoordeelende echter, of de wet kan hebben bedoeld te zijn en te blijven een norm in strijd met eene volksovertuiging, die later is ontstaan; beoordeelende, of de wet, wier gezag in het algemeen op volksovertuiging steunt, des ondanks ook waar deze haar ontvalt, zich kan handhaven — oordeelt de rechter *objectief*. Hij *erkent* de wet, hare waarde en billijkheid, maar *ontkent*, overeenkomstig haar eigen rechtsgrond, hare toepasselijkheid.

Het schijnt geoorloofd eene bevestiging van deze opvatting te vinden in een dezer dagen verschenen betoog van den heer M. S. POLS, geleverd met betrekking tot één bepaald gebied van rechtsvorming: het strafrecht. De hoogleeraar ontwikkelt de stelling, dat ondanks de strafwet van franschen oorsprong, ten onzent sedert 1811 geldend, eene nationale, onafgebroken rechtsovertuiging, met name nopens strafstelsel en strafftoepassing, zich gehandhaafd heeft. Zij openbaarde zich eerst in het Besluit van den Souvereinen Vorst d.d. 11 Dec. 1813 (tot dusver onder de benaming: geeselbesluit, meer berucht dan geprezen), maar vooral door de wet van 1854. Deze geeft den rechter het middel tot

aanneming van verzachtende omstandigheden, harerzijds van invloed op de strafbaarheid der feiten, metterdaad alzoo tot toepassing eener straf naar bevind van zaken. De wettelijke bevoegdheid werd regel, en langs dien weg is men er in geslaagd eene strafschaal in het leven te roepen, aanmerkelijk verschillende van de veel zwaardere des formeelen rechts.

Deze strekking der speciale rechtspleging rechtvaardigt de heer POLS als volgt: »Men achte dit geen willekeur, »geene spotternij met de wet. De ernstigste en gemoedelijkste rechters handelen zoo. En zij kunnen niet anders »handelen. Het gemoed, het geweten kan geene vrede »hebben met straffen, die het volkomen ongerechtvaardigd »vindt, ook al zijn zij door de wet bepaald. Langen tijd »nog vindt de rechter in eerbied voor de wet, in het diepe »gevoel van plicht een steun, in de meening dat, hoe verkeerd de wet *hem* toeschijne, zij toch de uitdrukking is »van de rechtsovertuiging, de noodige kracht om haar zilver toe te passen. Maar zoodra die laatste meening onhoudbaar is geworden, zoodra ontwijfelbaar wordt, dat de »wet niet langer de uitdrukking is van de rechtsovertuiging van het volk, dat zij daarmede in strijd is, is het »ook den rechter op den duur onmogelijk het formeele »recht, dat zijn eigen overtuiging hem sints lang als onrecht »heeft doen beschouwen, te handhaven. Wanneer de rechter »(ik bedoel niet dezen of genen rechter, maar den rechter »in het algemeen, de rechterlijke macht), wanneer de rechter ophoudt de wet in haar oorspronkelijken geest toe te »passen, maar verwringt of op deze of gene wijze ter zijde »stelt, kan men dit als een onfeilbaar teeken beschouwen, »dat de wet opgehouden heeft de uitdrukking te zijn van »de rechtsovertuiging van het volk. Want de rechter is »de laatste om *dat* te erkennen, klemt zich het langst »aan de fictie dat het formeele recht die uitdrukking bevat. »Maar wanneer de rechter het erkent en daaraan uiting »geeft, dan opent zich naast de wet een nieuwe bron van »recht, dan openbaart de rechtsovertuiging van het volk

»zich in een nieuwen vorm, die informeel moge zijn en »door de wet niet erkend, maar niettemin in de practijk »zich een plaats naast en zelfs boven de wet veroverd. Daar»door ontstaat iets dergelijks als men vroeger noemde de »*praxis* of *usus modernus* van het Romeinsche recht.”¹⁾

Om de aanwijzing van kwaal en geneesmiddel — wanverhouding tusschen rechtsovertuiging en formeel recht, benevens haar redres door tusschenkomst des rechters — is het mij te doen. Tegen de hier gegeven *waardeering* van bedoeld hulpmiddel echter, heb ik bezwaar. Het heeft er allen schijn van, als bezigde de hoogleeraar de wet van '54 in anderen zin voorwaar dan zij uitgevaardigd is, door verzachtende omstandigheden *voor den rechter* te pleiten. Deze verrassende wending schijnt ten eenenmale noodeloos, omdat den rechter in beginsel toekomt niet slechts de bevoegdheid, maar de verplichting om te zijn tolk der rechtsovertuiging. Daarop komt het aan, en wat ik bidden mag, laat ons dit groote beginsel niet uit den weg gaan, waar men toch zich genoopt ziet zijdelings het te erkennen. Van tweeën een. Of de medegedeelde woorden des hoogleeraars behelzen eene zwaarwichtige aanklacht tegen de rechterlijke macht in Nederland. Of men erkenne ruitelijk en onbewimpeld, dat er een reëel recht bestaat van hoogere orde en dwingerder gezag dan het op een gegeven tijdstip geldend formeel. Indien 's rechters gehoudenheid om volgens de wet recht te spreken den zin heeft, dat hij, bij openbaar conflict tusschen haar en de volksovertuiging, *gene* volgen moet, dan *mag* hem niet »onmogelijk” zijn, te doen, wat zijn plicht gebiedt. Onmogelijk is het nooit, des noods door bedreiging met collectief ontslag, tot wetswijziging te dwingen. Onmogelijk is het evenmin als blind werktuig zich te beschouwen en met een: *non mea culpa*, het geweten te sussen. Ook is den heer POLS allerminst onbekend, dat criminalisten van grooten naam het bestaan van een penaal gewoonterecht kortweg geloochend hebben, — een

1) M. S. POLS. Het bestaan, de ontwikkeling en de tegenwoordige toestand van het Nederlandsche Strafrecht (Utrecht 1879) blz. 31.

gevoelen, waartegen PUCHTA met klem zijne stem verheft.¹⁾ Mijns bedunkens echter heeft gemeld voorschrift deze bedoeling *niet*. Geenszins voor de eerste maal maak ik hier de meening kenbaar, dat de wetsbepaling ten onzent (art. 3. Alg. Bep.): Gewoonte geeft geen recht, dan alleen wanneer de wet daarop verwijst, een ijdel voorschrift is, in den meest volstrekten zin niet bindend voor den Nederlandschen rechter. Zoomin als de wet bepalen kan, dat eene latere wet aan haar niet derogeeren mag, of, is het geschied, dulden moet, dat men eenvoudig haar ter zijde stelle, zoozeer *moet* zij toelaten, dat de gewoonte, de rechtsovertuiging, van nature haar meerdere, als zoodanig worde geëerbiedigd. Nog eens derhalve: op de erkenning van den regel, dat de rechter de (niet bloot beweerde, maar klaarblijkelijk aanwezige) rechtsovertuiging huldigen moet, komt het aan. Hoe men dien regel wetenschappelijk construeere, door aan de gewoonte hetzij *derogatoire* kracht, hetzij *interpretatief* vermogen toe te kennen, is natuurlijk niet onverschillig, doch niet *hujus loci*.

Voor de gewoonte op staatsrechtelijk gebied doet LABAND het laatste, aldus: »Allein das Gesetz kann unanwenbar »werden, wenn die Thatbestände, die es regeln will, nicht »mehr existiren. Der Wille, den der Staat in seinem Gesetze ausspricht, hat in vielen Fällen Lebensverhältnisse, »Einrichtungen und wirthschaftliche Zustände zur selbstverständlichen und deshalb *stillschweigenden* Voraussetzung, »so dass bei dem Wegfallen dieser Voraussetzung auch »der im Gesetz ausgesprochene Wille wegfällt. Von »dem in dem Gesetze enthaltenen Befehl gilt ganz dasselbe »was überhaupt von jedem Befehl gilt; er kann seine Kraft »und Wirksamkeit wegen veränderter Umstände verlieren. »In den Gesetzen werden die Thatbestände, auf welche die »gesetzlichen Regeln Anwendung finden sollen, gewöhnlich nur unvollständig angegeben; sie sind aus den allgemeinen Lebensverhältnissen und Kulturzuständen zu ergän-

¹⁾ ПУЧТА. Das Gewohnheitsrecht, t. a. p. blz. II 244 vlg.

»zen. Die im Gesetze ausdrücklich aufgeführten Momente
 »können fortbestehen, aber ihre Bedeutung völlig verän-
 »dern, wenn sie mit andern Lebensverhältnissen sich com-
 »biniren. Wünschenswerth wird es zwar auch in diesen
 »Fällen sein, dass der Staat, um Zweifel zu vermeiden,
 »das veraltete Gesetz ausdrücklich aufhebt; allein eine solche
 »förmliche Aufhebung ist nicht absolut erforderlich, da der
 »Wille des Staates, die neueren veränderten Lebensverhält-
 »nisse rechtlich zu regeln und sie Normen, die für *andere*
 »Thatbestände gegeben waren, zu unterwerfen, überhaupt
 »niemals vorhanden war und deshalb auch nicht aufgehoben
 »zu werden braucht. Die sogenannte derogatorische Kraft
 »des Gewohnheitsrechtes reduziert sich daher auf eine *In-*
 »*terpretation* des Gesetzes und auf die Regel, dass das Gesetz
 »auf solche Fälle nicht anzuwenden ist, auf welche es selbst
 »nicht angewendet werden *will.*''¹⁾

Laat ons aan dit betoog de feiten toetsen, ze ontleenende
 aan de eigen voorstelling van den heer Kist.²⁾ »De er-
 »kenning van »algemeene maatregelen van inwendig be-
 »stuur'' komt het eerst voor in art. 73 van de Grondwet
 »van 1815, welk artikel met de verandering van »bezit-
 »tingen'' in »koloniën en bezittingen'' geworden is art. 72
 »der tegenwoordig geldende Grondwet. De Grondwet van
 »1814, hoezeer zij den grondslag uitmaakte van de Grond-
 »wet van 1815, bevatte die woorden niet. Art. 32, het
 »artikel, dat het voorbeeld is geweest van art. 73 der Grond-
 »wet van 1815 luidde: »De Souvereine Vorst pleegt alle
 »daden van de Souvereine waardigheid, na de zaak in over-
 »weging gebracht te hebben bij den Raad van State.'' Dit
 »artikel is overgegaan in art. 73 der Grondwet van 1815
 »aldus luidende: »De Koning brengt ter overweging bij
 »den Raad van State alle voorstellen door Hem aan de
 »Staten-Generaal te doen, of door dezen aan Hem gedaan,
 »alsmede alle algemeene maatregelen van inwendig bestuur

¹⁾ LABAND. Das Staatsr. enz. t. a. p. II blz. 96.

²⁾ Kist. De Alg. Maatr. enz. t. a. p. blz. 11.

»van den Staat en van deszelfs bezittingen in andere werelddeelen.»

»Dit artikel erkent dus niet meer, zooals art. 32, de »volle Souvereiniteit des Konings, maar wel de bevoegdheid des Konings om, behalve de voorstellen, die hij te »doen heeft aan de Staten-Generaal, nog te nemen »algemeene maatregelen van inwendig bestuur.» De Raad van State »moet zoowel op de eene, als op de andere worden gehoord.»

Vatten wij deze redeneering samen. De heer KIST vindt in 1814 de volle Souvereiniteit des Konings als politieke overtuiging van het Nederlandsche volk. De Grondwet van 1815 formuleert 's Konings verplichting om op bestuursmaatregelen den Raad van State te hooren. De heer KIST leidt daaruit reeds af, dat de *volle* Souvereiniteit des Konings niet meer werd erkend. Dat naar de rechtsovertuiging van ons volk de stelling der Vertegenwoordiging tegenover 's Konings bevoegdheid, in en sedert 1848 ganschelijk van karakter veranderde, is tamelijk notoir. Mag men vragen, waarom dit feit buiten rekening wordt gehouden, en de geachte schrijver zich vastklampt aan het *woord*: maatregel van inwendig bestuur, een term, van '15 naar '48 overgebracht? Is dit niet eene zuiver mechanische wetsduiding? En ligt het niet voor de hand, dat op zijn standpunt zelfs, aannemende alzoo, dat in '15 's Konings bevoegdheid ruimer werd genomen, de identieke bewoordingen, naar den geest van '48, andere bedoeling hebben gehad?

Maar alsdan »herzie men de Grondwet op dit punt,» zegt de heer KIST. ¹⁾ *Wenschelijk* is dit zeker, wij vernemen het zoo even nog van LABAND. En aan pogingen daartoe — auctore THORBECKE — heeft het noch tijdens, noch na de Grondwetswijziging van '48 ontbroken. Maar *roedig* voor de rechtspraak, voegt LABAND er bij, is niet, dat deze pogingen zijn geslaagd. De Grondwetgever *willende* de Vertegenwoordiging erkennen en handhaven in haar recht om op den inhoud der rechtsorde te worden gehoord, kan niet *tevens hebben gewild*, dat dit recht middellijk of

¹⁾ KIST. Alg. Maatr. enz. t. a. p. blz. 27.

onmiddellijk illusoir worde gemaakt. De beide begrippen: *besluitenregeering* en *zelfregeering* verdragen elkander op het gebied der rechtsorde als water en vuur. Donner et retenir ne vaut.

OPZOOMER vestigt er de aandacht op, dat het woord: *Rechtsstaat* geijkte beteekenis mist, en staaft die opmerking met voorbeelden. »Bij zoo groote dubbelzinnigheid van het »woord vrage men overal zorgvuldig naar den zin, die er »aan gehecht is», zegt de hoogleeraar. ¹⁾ Plicht is alzoo den term te omschrijven, waar men hem bezigt. Te meer, daar aan de *juridische methode* in het Staatsrecht de toekomst alleen dan kan behooren, indien zij zelve zich stelt in dienst van een hooger beginsel. De methode is de wetenschap, en is er iets, dat waarde aan eene methode geeft, het kan niets anders zijn dan de richting, waarin het onderzoek, dat zij beoogt, zich beweegt. Dit pad nu is voor de *juridische methode* naar beide zijden scherp begrensd. Met hare wijsgeerige en politieke zuster is zij door banden van waardeering en vriendschap vereenigd. Van beide echter is zij door zelfstandigheid van middelen en doel gescheiden. In tegenstelling met gene, houdt zij den concreten, historisch geworden Staat vast in het oog. Ongelijk aan deze, is haar de doelmatigheid der Staatsinrichting geen hoofdzaak. Wat zij echter nastreeft is, *dat de Staatsmacht in al hare openbaringen het recht tot rechtsnoer neme, en daarmede hare onderwerping aan de rechtsidee betuige.* In dien uitgebreiden, veel eischenden zin wil zij den *Rechtsstaat*. Verre van haar verwijderd is de bedoeling, den Staat terug te leiden naar het standpunt, waarop handhaving van privaatrecht zijne eenige, of ook maar voornaamste taak was. Daarvoor heeft op wetenschappelijk gebied de overtuiging te zeer post gevat, dat de Staatsgemeenschap niet is eene verzekeringmaatschappij, waarin ieder, tegen

¹⁾ Mr. C. W. OPZOOMER. De grenzen der Staatsmacht, t. a. p. blz. 86.

betaling van premie, *vrij van molest* zich houdt. Ruimte, onbegrensde ruimte blijve den Staat voor dat tal van bemoeiingen, die, uithoofde der stoffelijke, zedelijke, verstandelijke ontwikkeling des volks, onontwijkbaar blijken. Maar, hoe en waar de Staat optrede, nooit verlieze hij uit het oog, dat zijn macht geen recht is, doch door vrijwillige erkenning van den rechtsband en den rechtseisch eerst *worden* moet. Om deze leering veld te doen winnen, *daartoe* dient de juridische methode in het Staatsrecht. *Daarom* heeft het werk van LABAND, dat ik gaarne inleidde, beteekenis ook buiten de grenzen van zijn Vaderland. *Daarom* ware voor *dit* opstel, als schets slechts bedoeld, eene plaats gevraagd in *deze* »Rechtsgeleerde Bijdragen», al hadden zij niet reeds herhaaldelijk gewaardeerde gastvrijheid mij verleend.

De bevestiging van den Rechtsstaat alzoo is het doel, dat den staatsrechtelijken jurist voor oogen zweeft. Ieder politisch vraagstuk, geen enkel uitgezonderd, heeft eene juridische zijde. Zij moet uit deze hare omgeving worden losgemaakt om zelfstandig *tot haar recht te komen* — in overdrachtelijken, en letterlijken zin. Om twee redenen. Vooreerst, dient de rechtsidee niets en niemand. Ook niet den waren of vermeenden eischen der politiek. De rechtsidee is tot heerschen geroepen, en kan het slechts, uit eigen machtsvolkomenheid. Ten andere, zoozeer de wetenschappelijke politiek met het rechtsbegrip zich verdraagt, zoo onverschillig, ja vaak doodend voor dit laatste, is de sfeer der practische politiek. Over het geheel schijnt een kwalijk gezinde genius aan de wieg der staatkunde de wacht te hebben gehouden. Wie over absoluut niets te oordeelen weet, en zich niet schaamt het te erkennen, zij 't ook slechts door onthouding, tinnegietert er maar op los waar het zaken van Staat geldt. Zeer zeker bestaat, hoe onbegeerlijk ook, de mogelijkheid van een politischen toestand, waarin gelijk PUCHTA het geestig uitdrukt: »selbst der Organist von der Orgel läuft, und pfuscht auf den Claven des Staats.» Als regel echter meent hij, dat: »politische Gegenstände so sehr

»man auch eine Gleichgültigkeit gegen dieselben missbilligen muss, grösstentheils von der Beschaffenheit sind, dass ein Urtheil über sie Kenntnisse voraussetzt, die über der Sphäre des gewöhnlichen Bürgers liegen." ¹⁾ Dit laatste besef echter is verre van algemeen. De mensch is eens een *animal metaphysicum* genoemd. Men nog meer reden zou men hem tot de politieke diersoorten kunnen rekenen. Voorwaar ganschelijk niet in Aristotelischen zin. Nu is die liefhebberij onschuldig, zoolang zij — onschuldig is. Maar het element van hartstocht, dat zij in de behandeling van politieke vraagstukken brengt, wint aan omvang en sterkte, naarmate het een tegenwicht mist in de bezadigde kalmte van het rechtsbewustzijn. »*Interessensummirungen*» — zóó luidt het vonnis door GNEIST in zijn »Rechtsstaat» over iedere partij geveld. Dat het waarheid behelst, is niet te hopen. Dit te verhoeden of te voorkomen, is mede de taak der Juridische methode in het Staatsrecht.

Behoort zij alzoo geheel het Staatsrecht te doordringen, één punt vooral is er, dat onverwijld hare aandacht vergt. Het is: de publiekrechtelijke waarborging van individu of corporatie in den Staat tegen machtsoverschrijding door den Staat. Dit onderwerp gaf OTTO BÄHR, den uitnemenden civilist, de pen in de handen. ²⁾ Zijne constructie van het Staatsbegrip moge niet geheel boven bedenking zijn, gelijk GERBER beweert, ³⁾ in beginsel is zijn eisch, dat men: »auch auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts eine selbständige und unabhängige Rechtsprechung als Gebot der Gerechtigkeit» erkenne, ⁴⁾ ten volle gerechtvaardigd. Men verwarre deze vordering niet met de leer van hen, die het administratieve Staatsgezag aan de burgerlijke rechtsmacht onderworpen, eo ipso derhalve naar privaatrechtelijke begin-

¹⁾ PUCHTA. Das Gewohnheitsrecht t. a. d. II blz. 242.

²⁾ O. BÄHR. Der Rechtsstaat. Eine publicistische Skizze (Cassel und Göttingen 1864).

³⁾ GERBER. Grundzüge enz. t. a. p. blz. 44 noot 2; blz. 175 noot 1.

⁴⁾ O. BÄHR. Der Rechtsstaat enz. t. a. p. blz. 57.

selen beoordeeld willen zien. Het moet zonder omwegen worden erkend: daar bestaat een door de Staatswetten aangewezen en vrijgelaten gebied voor regeeringshandelingen, die wel is waar nooit tegen het recht aandruisen mogen, maar daarom nog niet naar privaatrechtelijk richtsnoer afgemeten kunnen worden. Nog steeds behelst waarheid het woord van THORBECKE: »Het hedendaagsche regeerstelsel »rust op strenge onderscheiding van publiek en privaatrecht. Men keert tot den middeleeuwschen Staat terug, »zoodra men burgerlijk en politisch recht verwacht of op »ééne lijn plaatst of naar één zelfden regel behandelt.»¹⁾

Dit alles te doen is de meening evenmin, als inbreuk te maken op het beginsel, dat scheiding van administratie en justitie eischt. Iets anders echter is der administratieve Staatssfeer vrijheid van beweging overeenkomstig den haar toekomenden eisch toe te kennen. Iets anders, haar binnen die grens aan regelmaat en rechtspraak gebonden te willen zien. In dit opzicht gaat mijns bedunkens de heer DE JONGE te ver, waar hij beider criteria als volgt aanwijst: »De roeping der justitie toch is het, om, zonder acht te slaan op tijd of omstandigheden, voor en tegen een ieder »het steeds onveranderlijk, zich zelf gelijk blijvend, recht »naar de regels, bij de wet gegeven, te handhaven. De administratie daarentegen heeft, in den regel, niet gelijk de »justitie, uitsluitend op recht en wet, maar tevens op de »omstandigheden van tijd en plaats, waaronder zij handelt, »acht te slaan — zich naar overwegingen van openbaar »nut en noodzakelijkheid te schikken, en naar ge'ang van »de veranderlijkheid en bewegelijkheid der openbare belangen, welke haar zijn toevertrouwd, zelve, door tusschenkomst harer verantwoordelijke organen, naar veranderlijke »regelen te werk te gaan.»²⁾ Hier wordt der administratie een vrijbrief verleend om naar *bevind van zaken te handelen*. Daarmede is iedere rechtspraak, welke ook, in beginsel onbestaanbaar. Waar zou de vaste bodem van het recht

¹⁾ THORBECKE. Bijdrage enz. t. a. p. blz 81.

²⁾ DE JONGE. Administratie en justitie t. a. p. blz. 1.

te vinden zijn, wanneer allerlei bewegelijke factoren, welke men naar believen inroepen kan, de handeling tegen beklag vrijwaren?

Op dit punt schijnt dan ook THORBECKE van andere meening. Hij zegt: »Men koestert het vooroordeel, alsof overbrenging der politieke rechtsmacht tot *den burgerlijken rechter* het eenige middel ware, om te voorkomen, dat de administratie tevens partij en rechter zij. Gewis moet de politieke rechter van het gezag, dat de bevelen gaf of de handeling pleegde, waartegen men recht vraagt, onafhankelijk zijn; dan hij behoeft, om dit te wezen, niet in *eene burgerlijke rechtbank* te zitten.”¹⁾ Men wordt voor den scherpen blik van dien staatsman met eerbied vervuld, wanneer men ontwaart, hoe hij het vraagstuk oplost als volgt: »Men zou weldra de behoefte kunnen ontwaren, nevens hen, die op de hoofdtrappen de bevelen ter uitvoering geven, aan te vangen bij de ministers, in plaats eener onderworpen bureaucratie, zelfstandige collegiën, van raadpleging, onderzoek en rechtspraak tevens, op te richten, die, zonder zelve te administreeën, met alle takken van administratie in aanraking, als de denkende en oordeelende werktuigen des bestuurs, in den gang zijner dagelijksche handeling vastheid en licht brengen.”²⁾ Dit werd in '48 geschreven. Men schrappe de woorden: *als werktuigen des bestuurs*, en men heeft het standpunt, waarop vrij wat later het wetenschappelijk onderzoek zich bevindt. Het is de eisch van BÄHR: »Wenn hiernach die Entscheidungen der Verwaltungsbehörden über öffentliche Rechte nicht als Richterspruch gelten können, man diesen Richterspruch aber auch nicht den gewöhnlichen Gerichten anvertrauen will, so bleibt nur ein Drittes übrig, wenn anders auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts Recht gesprochen werden soll: *man schaffe Gerichte des öffentlichen Rechts.*”³⁾

¹⁾ THORBECKE. Bijdrage enz. t. a. p. blz. 87.

²⁾ THORBECKE. Bijdrage enz. t. a. p. blz. 88.

³⁾ O. BÄHR. Der Rechtsstaat t. a. p. blz. 71.

Alvorens na te gaan welke gevolgen uit deze stelling voortvloeien, is het noodig haar zelve te verdedigen tegen een aanval, die, ware hij gegrond, de juridische methode op staatsrechtelijk gebied ten eenenmale zou doen verwerpen. Ter bestrijding van de wenschelijkheid eener *administratieve rechtspraak* brengt de heer DE LOUÏER ettelijke bewijsgronden te berde, wier principiëel karakter veroorzaakt, dat zij onder de oogen gezien moeten worden. Vooraf ga in samenhang de eerste groep dier bedenkingen. De hoogleeraar zegt: » Wel streeft de nieuwe Deutsche school van » GNEIST en BÄHR naar eene vestiging van het gansche publiekrecht op zuiver juridischen grondslag en eischt zij vaste » en onafhankelijke rechtbanken om voor de handhaving » daarvan te waken, maar vooralsnog kan ik mij met dat » streven niet vrijmoedig vereenigen. Het verdient voorzeker waardeering, dat deze richting langs wetenschappelijke weg een eind poogt te maken aan de willekeur, » waaraan het gemis van een geschreven publiekrecht vele » volken van staatswege blootstelt; en allerminst kan het » verwondering wekken, dat zulk een streven in Deutschland » levendige sympathie ontmoet. Maar terwijl ik gaarne erken, » dat op dit gebied zeer veel te verbeteren valt, schijnen » mij tegen de consequentie van het beginsel overwegende » bezwaren te bestaan. Hebben zich de betrekkingen van » publiekrechtelijken aard langs historischen weg reeds zoo » zeer ontwikkeld, dat er aan eene volledige codificatie en » geregelde rechtspraak kan gedacht worden? Eene fout in » de burgerlijke wetgeving kan slechts individus benadeelen; » eene fout in de publiekrechtelijke wetgeving zou het algemeen belang soms onherstelbare schade toebrengen, indien geschreven recht steeds in het hoogste ressort besliste. » Eindelijk vergete men niet, dat de volksovertuiging, die, » zooals nog onlangs op deze plaats werd aangetoond, krachtig genoeg is om het geschreven recht op civiel en » crimineel gebied ter zijde te schuiven, hier veel minder luide spreekt, geen eeuwenlange ontwikkeling heeft » doorloopen en dientengevolge geen zoo heilzamen in-

»vloed op eene gebrekkige rechtspraak kan uitoefenen." ¹⁾

Er ligt, mijns bedunkens, aan dit betoog eene onuitsproken, doch duidelijk merkbare misvatting ten grondslag. De heer DE LOUÏER schijnt van oordeel: geen geregelde rechtspraak zonder *volledige* codificatie. Voor dit gevoelen nu is mij een aannemelijke grond niet bekend. Immers, dat men elkander wèl begrijpe. Is de meening: te doen uitkomen, dat men a priori den Staat niet een onoverschrijdbaar terrein van publiekrechtelijke werkzaamheid aanwijzen kan, weinigen zullen bij den huidige stand der wijsgeerige Staatswetenschap het betwisten. De strekking van dit alleszins juiste denkbeeld is, dat men niet zoek naar eene leerstellige grens voor Staatsinmenging, die door den noodwang der feiten te schande kan worden gemaakt. Deze regel van onthouding echter, hoe volkomen te beamen, mag niet worden omgezet tot een beginsel, uit kracht waarvan *met het onmiskenbaar bestaande publieke recht wordt gehandeld, als bestond het niet*. Niemand zal ontkennen, dat wij aangaande menig onderdeel van Staatsbestel eene publiekrechtelijke wetgeving hebben. Nu moge deze mettertijd ongenoegzaam blijken, aanvulling eischen, verandering, uitbreiding, inkrimping ondergaan. Doch het kan er toch waarlijk niet door, deze mogelijkheid, zegge zelfs waarschijnlijkheid, te bezigen als stormram tegen de *administratieve rechtspraak*. Waar op dit laatste aangedrongen wordt, bedoelt men — het zij geoorloofd er bij te voegen: *natuurlijk* — uit te spreken den wensch, dat *het feitelijk bestaande publieke recht naar regelen van rechte worde gehanteerd*. Men vermeit zich daarbij niet in de overweging of het al of niet *volledig* is. Ook het *onvolledige* kan, voor zoover bestaande, voorwerp eener »geregelde rechtspraak» zijn. Wie waarborgt u dat onze privaatrechtelijke wetgeving thans reeds alle denkbare levensbetrekkingen omvat, in dien zin alzo *volledig* is? En toch zou hij, die op-

¹⁾ Mr. J. DE LOUÏER. Het verband der Staatswetenschappen, (Utrecht 1879) blz. 25.

dezen grond voorstelde tot schorsing der burgerlijke rechtspraak over te gaan, een tamelijk zonderling figuur maken.

Niets gemakkelijker derhalve dan des hoogleeraars eerste twee bezwaren te wederleggen. Aan eene »volledige codificatie» van publiekrecht wil hij voorshands nog niet gedacht hebben. Misschien heeft hij gelijk, misschien ook niet. Doch het doet niets ter zake, doordien eene »geregelde rechtspraak» daarvan ten eenenmale onafhankelijk is. Eene fout in de publiekrechtelijke wetgeving kan onherstelbaar schaden, voegt hij er bij. Optimum praeceptum. En daarom is het zeker zaak liefst zoo min mogelijk fouten van dien aard te maken. Edoch het bedenkelijke zou er noch grooter noch kleiner om worden, »indien geschreven »recht steeds in het hoogste ressort besliste.» De aandrang om het foutieve recht te wijzigen ligt in de erkenning, — dat het foutief is. En deze op hare beurt, is wederom onafhankelijk van den meer of min streng juridischen vorm der beslissing nopens het concrete geval.

De juridische *vorm*. Immers, nog eens: dat men elkander niet misversta. Des hoogleeraars bedoeling mag niet ondersteld worden te zijn: het uitreiken van een vrijbrief aan de administratie *om naar welbehagen te »schalten und walten.*» Dat wil zeggen: de heer DE LOUTER kan niet geacht worden te hebben betoogd, dat de administratie in beginsel met willekeur behoort te rade te gaan. Dergelijk gevoelen aan een rechtsleeraar in een rechtsstaat toe te dichten, ware even ongerijmd als buitensporig. De bedoeling derhalve *moet* zijn, dat naar zijne meening de administratie zoodanige mate van vrijheid behoeft als *wel* met haar eigen rechtsgevoel, doch *niet* met een van buiten af haar opgelegden rechtsbreidel zich verdraagt. *Die* bedoeling zoekt hij ingang te doen vinden door te waarschuwen tegen eene beslissing naar geschreven recht. En *die* opmerking is het, welke mij onhoudbaar toeschijnt. Om twee redenen. Vooreerst, omdat zij het doel voorbij streeft. Erkent ge het rechtsgevoel der administratie als het kompas, waarop ook gij meent, dat zij zeilen moet, in hoeverre wordt dit

richtsnoer minder bruikbaar, als de zelfstandige administratieve rechtspraak het haar verschafft? Ten andere, omdat zij te veel bewijst. Is geschreven recht *als zoodanig*, met de vrijheid der administratie onbestaanbaar, uwe grieve treft niet enkel de toekomst, maar ook het verleden. Metterdaad reageert ge derhalve niet enkel tegen eene *volledige*, maar ook tegen de *onvolledige* codificatie van publiekrecht, die wij thans reeds bezitten. Haar moet ge ongedaan wenschen, opdat er ruimbanaan kome voor een toestand, waarin, bij gebreke van wetgeving überhaupt, de kansen van foutieve wetgeving verminderen. Eene verrassende uitkomst, die echter eeuwige gelijkenis heeft met den raad, dat men om hoofdpijn te vermijden — zich doe onthoofden.

Er is voor dit wantrouwen in de administratieve rechtspraak, voor deze onvastheid van greep en gemis aan zelfbewuste »vrijmoedigheid" een physiologische reden aanwijsbaar. Wij behoeven niet lang te zoeken, want de hoogleeraar heeft, in de bovengemelde slotzin gewagende van eene zwakke volksovertuiging, haar blootgelegd. Inderdaad gevoelt men, waar niet meer dan deze geacht wordt te bestaan, geen vertrouwbaren bodem onder de voeten. Waarmede wilt ge dat de jurist te rade gaan zal, zoo het niet is met des volks rechtsbewustzijn, waarvan hij drager en orgaan tevens behoort te zijn? Ontneem hem dit allereerste vereischte voor zijn werkdadig ingrijpen, en ge hebt hem machteloos gemaakt. Snijd tusschen hem en zijn volk de banden eener gemeenschappelijke overtuiging door, en ge hebt, krachtens geestelijk isolement, hem verlamd. Laat het denkbeeld opkomen, dat de *fons aeterna*, waaruit hij steeds putten, en waartoe hij gestadig terugkeeren moet, is verstopt, wat er overblijft, zal zijn de dorre techniek, door den frisschen ademtocht des levens niet bezielde. Verwonderlijk alzoo is het niet, dat, waar de volksovertuiging als teringlijderes wordt voorgesteld, men den vorm, waarin zij zich kristalliseert — de rechtspraak — niet in een staat van blakende gezondheid verwacht te zullen aantreffen.

Maar is de vrees zelve gegrond? Is zij zelfs tegen één

oogenblik nadenkens bestand? *Wat* wordt bij ons volk geacht te ontbreken? Het publiekrechtelijke rechtsgevoel, — of het rechtsstelsel, dat daaraan het aanzijn dankt? Het *beseft* nopens onderlinge betrekking van Staat en burgers, — of de voorstelling van zijn meest wenschelijken *openbaringsvorm*? De grondstof, — of het deugdelijke middel om haar te verwerken? Indien het eerste, men dringe niet langer op administratieve rechtspraak aan, want haar wortel, het publieke recht, is niet aanwezig. Indien het tweede, de bewering, zelfs gegrond, is voor die rechtspraak zoo weinig een beletsel, dat zij er des te dringender om wordt vereischt.

Laat ons bij beide punten even stilstaan. Heeft de constitutioneele regeeringsvorm voor ons volk eene beteekenis, het *moet zijn als uitloeijsel der nationale rechtsovertuiging*. In ieder ander licht beschouwd, wordt de publiekrechtelijke codificatie in en sedert '48 — om bij deze te blijven — verlaagd tot den onbeduidenden rang van een uiterlijk wetsformulier. Dat zij, naar haren inhoud, aldus en niet anders tot stand kwam, is in laatstgemelde onderstelling, het werk van personen, wier woord zijne kracht aan een gelukkig toeval, niet aan innige overeenstemming met de natie ontleende. Deze derhalve, aldus is men genoopt te gelooven, was belanglooze en rustige toeschouwster hij het spiegelgevecht, dat, in 's lands raadzaal, over hare rechten en plichten, vrijheden en waarborgen werd gevoerd. En even lijdelijk, in diervoege moet men besluiten, ware zij gebleven, indien haar politisch kleed eene andere gedaante had erlangd. Immers, wat men voor publiek recht uitgeeft, de Grondwet en hare wijdvertakte toepassing, is de weerslag eener strooming, die, aan de oppervlakte hoogstens bemerkbaar, in de diepte van den volksaard zijn oorsprong niet heeft. Zij zelve dus was noch is eene nationale kracht. Haar gemis zou niet zijn eene nationale leemte.

Of iemand dit gevoelen voorstaat, is mij onbekend. Wel echter weet ik, dat het ondubbelzinnig gezegd moet zijn, zal men het gelooven. Tot zólang staat het tegendeel

vast, en rust dus ons publiek recht op den grondslag eener volks-overtuiging, die beslist en luide genoeg gesproken heeft om zijn ontstaan te verklaren en zijn bestaan te waarborgen. Of de bewustheid dier overtuiging, eer zij te voorschijn trad, »eene eeuwenlange ontwikkeling» heeft doorloopen, — is eene historich-wijsgeerige vraag, wier beteekenis op dit punt moeilijk valt in te zien. Gevolgen zonder oorzaken zijn in het geestelijk rijk even weinig denkbaar, als in dat der stoffelijke natuur: planten zonder kiemen. Doch ook het plotselinge en onweerstaanbare ontwaken eener zelfbewuste volkskracht zou noch aan hare intensiteit, noch aan hare aanspraak op eerbiediging iets te kort doen. Hoe ook bezien derhalve, vast staat, dat het publiek recht ten onzent, gelijk elders, of geen recht is, of achter zich heeft een machtigen en ernstigen volksgeest, die nergens tastbaar en aanschouwelijk, overal metterdaad aanwezig is.

Uit deze bron is onze publiekrechtelijke wetgeving voortgevloeid, die op hare beurt uit zich zelve wordt aangevuld, zonder ooit het oorspronkelijke verband met het rechtsbewustzijn des volks te mogen verloochenen. Langs dezen weg wordt dit laatste werkelijk een correctief voor eene gebrekkige rechtspraak in dien zin, dat de verongelijking in een bepaald geval, is het sprekend, duizendvouden weerklink vindt en dwingt tot beraad. Daar bestaat een hulpmiddel voor die gestadig levendige volks-overtuiging, een orgaan van rechtsvorming, een steeds waakzaam oog, een nooit zwiigende mond. Die macht, als waan of luim waardeloos, ja verachtelijk, geweldig echter in zooverre zij op dengdelijke gronden berust, van redenen en tegenredenen de resultant is, mag in den constitutioneelen Staat de macht heeten, omdat zij dáár onverkorte gelegenheid tot hare uiting vindt. Naast de wetgeving is zij het, die de bouwstof tot publiek recht verstrekt, op deze wijze alzoo rechtsbron wordt. Haar verschijningsvormen zijn talloos, in gehalte onderling hemelsbreed verschillend, ongelijksoortig van oorsprong gelijk van werking: de wetenschappelijke en dagbladpers, het gesproken en geschreven woord in vollen

omvang, onverschillig waar ter plaatse. Al deze bestanddeelen kunnen samenwerken tot de vestiging van een geestelijke atmosfeer, wier oneigelijke, niet van berisping ontbloote, benaming luidt: *de openbare meening*.

L'opinion publique, c'est une femme publique, spotte VOLTAIRE, naar ik meen. Men kan het grein waarheid in de overgrootte overdrijving niet ontkennen. Doch lette men op den aard der uiting, alvorens het vonnis klakkeloos te onderschrijven. Alles hangt hier af van het standpunt, waarop men zich plaatst. Onmiddellijk naast het bekende: vox populi, vox dei, stelt HEGEL twee lijnrecht daartegen indruisende uitspraken, -- de eerste van ARIOSTO:

Che 'l Volgare ignorante ogn 'un riprenda

E parli più de quel che meno intenda;

de tweede van GOETHE:

Zuschlagen kann die Masse,

Da ist sie respektabel;

Urtheilen gelingt ihr miserabel.

De wijsgeer acht ze niet overeenigbaar ¹⁾ Voorwerp van *meening*, al of niet openbaar, kan zijn iedere geliefkoosde dwaling, de ingeving van iederen blinden hartsucht. Niets beweeglijker dan het volk, indien men slechts met zijne vooroordeelen boeleert. Niets grilliger, onvaster, onzinniger tevens. Laat de prikkelbare menigte op een geschikt oogenblik worden bewerkt, opgezweept, aan een dwarrelwind gelijk in onbesuisde en toemeloze vaart, zal zij zich verheffen, en, hol als zij is, teruggeven het geluid, dat in haar is gelegd. SCHILLER heeft het zoo meesterlijk en zoo zinrijk gezegd juist in dat *lied van de klok* met zijn onvergelykelyk schoon opschrift: *vivos voco, mortuos plango, fulgura frango*:

Wel' denen, die dem Ewigblinden

Des Lichtes Himmelsfackel leihn!

Sie strahlt ihm nicht, sie kann nur zünden

Und äschert Städt' und Länder ein.

Maar gelijk het klokgelui ten verderve oproepen kan,

¹⁾ HEGEL. Grundlinien der Philosophie des Rechts (ed. Gaus) Werke dl. VIII (Berlijn 1854) § 317 blz. 402.

zóó kan het ook dreigend gevaar afwenden. En gelijk de stem der inblazing gehoor vinden kan, zóó mede baant zich het kloeke woord, de vastberaden leering, de eerlijke overtuiging na korten of langen tijd een steeds breederen weg. In diervoege ontstaat uit vaste kern *eene openbare meening*, die ontzag eischt en verdient, omdat zij, bewust of onbewust, is de vrucht eener beredeneerde overreding. Ware het anders, hoe zoude men op een voortschrijden der menschheid kunnen vertrouwen? *Deze* meening, op groote schaal als richtsnoer gehuldigd, en, waar het pas geeft, in daden betuigd, is rechtsbron.

Als zoodanig is zij door tal van denkers, in eene rijke litteratuur erkend, en gaat het dus niet aan, zonder nader bewijs, hare ongenoegzaamheid te beweren. Ettelijke getuigenissen slechts mogen hier worden vermeld. Reeds PUCHTA leert: »Wenn aber nun gefragt, wessen Meinung, »oder um diesen schlechten Ausdruck endlich aufzugeben, »wessen Ueberzeugung es seij, der wir die Autorität einer »Quelle des öffentlichen Rechts zuzuschreiben haben, so ist »vor allem der Umstand ein entscheidender, dass es sich »hier nicht um eine Eigenthümlichkeit dieser oder jener »Verfassung, sondern um ein allgemeines, keiner Staats- »form widersprechendes Princip handelt. Wir haben daher »das Subject jener Ueberzeugung nicht in einer politischen »Corporation, sondern in der natürlichen Grundlage des »Staats, in der Nation zu suchen, und est ist also die ge- »meinsame Volksüberzeugung,, der wir auch im Staatsrecht »die Stelle einzuräumen haben, welche sie im Privatrecht »einnimmt." ¹⁾

Ook KEMPER verleent haar eene plaats onder de organiseerende factoren der samenleving: »Terwijl in vroegere »tijden de macht der publieke opinie in het volksleven een »bijna onbekende macht was, is zij thans, door het duizend- »voudig vermenigvuldigings-vermogen van de drukpers »ondersteund, de wispelturige beheerscheresse van de vol-

¹⁾ PUCHTA. Das Gewohnheitsrecht t. a. p. II blz. 232.

»ken geworden, evenzeer als de grillige mode het is in
 »het uiterlijke leven. Maar gelijk de goede en echte smaak
 »bestemd is eenmaal de mode te vervangen, zoo moet een
 »oppervlakkige publieke opinie, door de gebeurtenissen des
 »tijds in het leven geroepen, langzamerhand wijken voor
 »de wijze, persoonlijke, zelfstandige overeenstemming in
 »hetgeen waar, goed en rechtvaardig is." 1)

Meer als substraat des publieken rechts vat BLUNTSCHLI haar op: »Der Werth der öffentlichen Meinung verdient
 »aber nicht bloß Beachtung wegen des starken äußeren
 »Einflusses, den sie auf das Statsleben ausübt. Alle höhere
 »Stats- und Rechtsbildung beruht zuletzt auf dem *Gemein-*
 »*bewusstsein* der Völker. Der gemeinsamen Menschennatur
 »sind das wesentlich *gemeinsame Cwissen* und *dieselben*
 »*logischen Denkgesetze* von dem Schöpfer eingepflanzt wor-
 »den, damit die Völker ein sittliches Urtheil und eine
 »verständige Gesamtmeinung sich bilden können über das
 »Gerechte und das Ungerechte, über das was ihrer Gemein-
 »schaft nöthig und nützlich und was ihr schädlich und ver-
 »derblich ist. Um deswillen hat die öffentliche Meinung,
 »als der Ausdruck dieses Gesamtbewusstseins, in der That
 »eine hohe, beachtenswerthe Bedeutung. Deshalb kommt
 »in Statsangelegenheiten so vieles auf ihr Urtheil an." 2)

Eindelijk behandelt HOLTZENDORFF in een opzettelijk be-
 toog de verhouding der openbare meening tot het rechts-
 bewustzijn des volks, en toont, beide ontledend, hoe zij
 uiteen- doch ook in eikander overgaan kunnen: »Die
 »Volksmeinung kann in dem Akte der Gesetzgebung als
 »mitwirkend gedacht werden und im weitem Entwick-
 »lungsgange zum Rechtsbewusstsein auf Grundlage des ge-
 »gebenen Gesetzes sich umgestalten. Umgekehrt kann das
 »Rechtsbewusstsein im Verlaufe der Zeit erlöschen, wenn
 »ein durch dasselbe ursprünglich erzeugtes Gesetz veraltet

1) J. DE BOSCH KEMPER. Handleiding tot de kennis van de wet-
 tenschap der samenleving (Amsterdam 1863) I blz. 11.

2) J. C. BLUNTSCHLI. Politik als Wissenschaft (Stuttgart 1876)
 blz. 189.

»und dann als Willkür oder als unsittliche Macht empfunden wird; an seine Stelle tritt alsdann die *Volksmeinung*, die möglicherweise den anfänglichen Widerstand des Richters überwältigt und in die Praxis des Gerichtshofs eindringend, als *desuetudo* oder aufhebende Gewohnheit endigt. So können Volksrechtsbewusstsein und Volksmeinung vorübergehend zusammenfallen, oder sie können einander ablösen, aber niemals innerhalb desselben Zeitraumes einander widersprechen.» ¹⁾

Na dit alles, zal het feit, dat er eene publiekrechtelijke volksovertuiging bestaat, aan redelijken twijfel wel niet onderhevig zijn. Het tweede punt echter, dat ik aan te stippen heb, raakt *den inhoud* dier overtuiging. Ook deze kan bedoeld zijn door den heer DE LOUÏER, waar hij wantrouwend vreest, dat de administratieve rechtspraak hulpeloos en ongesteund zich gevoelen zal. Die bedenking verwijst naar en hangt zamen met de vraag: hoe brengt het volk *recht* voort? En het antwoord, reeds door SAVIGNY gegeven, luidt: gelijk het volk aan de taal en aan de kunst het aanzijn schenkt, — langs den weg van *het gevoel*, niet langs dien van *het verstand*. Het is inderdaad bevreemdend, dat dit fundamenteele beginsel der historische school, nu sedert drie vierden eener eeuw verkondigd, nog zoo vaak tot misvatting aanleiding geeft. Men bezigt afwisselend redeverband, nu eens bij het beklag over de receptie des Romeinschen rechts, ²⁾ thans wederom bij de bespreking der administratieve rechtspraak, doch doelt op dezelfde zaak: het hapert aan rechtsvorming bij *het volk*; — de volksovertuiging is zwak en stamelend, of wat dies meer zij. Maar wat eischt men dan toch van *het volk*, dat in diervoege in staat van beschuldiging wordt gesteld? Moet

¹⁾ F. VON HOLTZENDORFF. Wesen und Werth der öffentlichen Meinung (München 1879) blz. 57; zie mede blz. 8, waar de Artt. der duitse strafwetgeving vermeld worden, die aan het begrip: openbare meening (bij laster-delicten), rechtsqualiteit toekennen.

²⁾ Over dit punt had ik gelegenheid mijne meening te zeggen in ditzelfde Tijdschrift, dl. V, (1879) blz. 253 vlg.

het volk, op straffe van die aantijging zich te laten aanleunen, kant en klaar een rechtsstelsel ontwerpen? Men gelieve in dit geval de eenvoudige vraag ten goede te houden: wat hebben wij, juristen, dan te doen? Inderdaad, in die onderstelling weet ik geen weg — met ons. Nu voegt het ons zeker niet meer ruimte in te nemen, dan waarop wij aanspraak hebben. Ja zelfs mogen wij, nu we toch *en famille* zijn, wel fluisteren, dat ietwat grootere corporatieve bescheidenheid — van de andere zwijg ik — ons niet misstaan zou. Doch tot zelfvernietiging behoeft de meest rechtmatige ingetogenheid zich niet te laten drijven. En wat anders blijft er voor den jurist, bij het tafereel eener maatschappij, waarin het volk recht niet enkel schept, maar ook systematiseert?

De stelling van den jurist ten aanzien van het recht in wording, is die des beeldhouwers tegenover het blok marmer. In het volksbewustzijn ligt alles dooreen, klein en groot, gelijk het gevoel ieders indruk opneemt en in gewaarwordingen omzet. Eerst het denkend brein, de ordenende hand brengt de lijnen en afmetingen aan, waardoor het geheel zijn omtrek, de deelen hunne plaats erlangen. Het rechtsbeginsel leeft in het volk. Den positief-rechtelijken *regel* maakt de jurist, Hij *maakt* hem — in des Wortes verwegenster Bedeutung. En hoe meer hij hem maakt, des te beter. Want des te grooter is het aandeel der koele, nuchtere werkzaamheid van het verstand. Niet alsof der rechtsgeleerdheid gevoel vreemd ware. Alles behalve. Het heeft zijn niet geringe plaats in het opsporen der beginselen, in haar wijsgeerig en critisch deel alzoo. Hier behoort de invloed der zedenleer en hare toepassing: de billijkheid. Hier heet het recht in wording: de *ars boni et aequi*. Maar zijn de beginselen gevonden, of worden zij geacht het te zijn, aan de orde is de streeve, stalen, onverzettelijke logica, die het rechtsprobleem behandelt, naar den regel, als gold het een wiskunstig vraagstuk. Voor een positieven rechtsbouw *ex aequo et bono*, hetzij in het samenstel der rechtsregelen, hetzij in hunne toepassing op

een bepaald geval, beware ons de Hemel. Het ware de ontkenning van recht, zijne overlevering aan den subjectieven gevoelsindruk. Ook waar billijkheid naar rechten betracht moet worden, is recht, vanwege zijne ethische herkomst, gezagvoerend orgaan van billijkheid, niet, billijkheid eigenmachtige meesteres van recht. Recht in het wijsgeerig of critisch stadium is onderworpen aan het gebod der ethische idee. Recht als positief richtsnoer is zelfstandig, ook waar het afhankelijk schijnt. Gegeven de bepaalde staat van ontwikkeling eener natie, is daarmede de lijfswang bestaanbaar? Gegeven de trap van zelfregeering door het volk bereikt, past daarop de zelfstandige bestuursmaatregel? Problemen van rechtsopsporing. Gegeven de lijfswang als middel van bedwang, hoe en waar hem toe te passen? Gegeven de zelfstandige bestuursmaatregel als verordening van Staatswege, welk gebied hem aan te wijzen? Problemen van rechtregeling.

Het is derhalve geen laatdunkendheid der juristen, wanneer hunne medewerking onontbeerlijk wordt geacht om het rechtsbeginsel aan te wijzen, en den rechtsregel daaruit af te leiden. Het voertuig daartoe is vooreerst de doctrine, het leerstellige betoog, dat door eigen zwaartekracht wordt gesteund. Veel invloedrijker en vruchtbaarder echter is de rechtspraak, omdat zij het recht aan feiten, uit het leven gegrepen, veraanschouwelijkt, door haar gezag het bestendigt en tot ontwikkeling drijft. Op deze wijze is de rechtspraak — ik hoop niet misverstaan te worden, wanneer ik zeg: in positieven of negatieven zin — rechtsbron. Verklarende wat recht is, vestigt zij de aandacht op hetgeen recht behoort te zijn. Dit laatste geschiedt niet opzettelijk, doch ligt in den aard der zaak, omdat hare uitspraak verder reikt dan de onderlaag daarvan: het jus in causa positum. De meergemelde jongste jurisprudentie van den Hoogen Raad strekke tot voorbeeld. Zij treft niet enkel den bestuursmaatregel, die te zijner kennisneming stond. Zij bestrijkt het geheele gebied dier verordening. Daardoor komt zij aan het rechtsselsel te stude, en noopt de bevoegde macht

het dusver stiefmoederlijk bedeelde leerstuk onder handen te nemen, den dubbelzinnigen regel allerwege te doen vervangen door het duidelijke voorschrift. Ja zelfs waar de wetgeving zich wachten laat, heeft dergelijke rechtspraak de strekking om het rechtsbewustzijn in bepaalde richting te prikkelen, de begripsvorming te verlevendigen en den stoot te geven tot eene strooming, die op hare beurt vruchtend werkt.

Hoe trager men derhalve de bearbeiding van het recht zich denkt, hoe schraler men zijne systematiek zich voorstelt, hoe meer men verwijst naar het gemis eener »eenuwenlange ontwikkeling», *des te noodiger, des te dringender behoefte is de rechtspraak*. Si elle n'existait pas, il faudrait l'inventer. De leemte zelve, die men betreurt, doet reeds naar haar als redmiddel grijpen. LABAND, die een stellig Staatsrecht bearbeidt, heeft over ons onderwerp *in thesi* zich niet uit te laten. Toch geeft hij in de navolgende plaats eene alleszins duidelijke vingerwijzing: »Die Verwaltung »ist nicht blos Anwendung und Ausführung, sondern zugleich Fortbildung und Quelle des öffentlichen Rechts. »Indem die Verwaltung innerhalb der vom Rechte gezogenen »Schranken für die Befriedigung der staatlichen und gesellschaftlichen Bedürfnisse Sorge trägt, führt sie zu neuen »Rechtssätzen. Gerade so wie der Geschäftsverkehr der Individuen das Privatrecht langsam aber stetig weiter ausbildet und aus dem stets wiederkehrenden, stereotypen »Inhalte der *Rechtsgeschäfte* erst *Gebäude*, dann *Rechtssätze* schafft, welche als Gewohnheitsrecht oder durch gesetzliche Anerkennung bindende Kraft erlangen, so erzeugt »auch die gleichmässige in unzähligen Fällen wiederholte »und den Bedürfnissen des Staates entsprechende Geschäftsthätigkeit der Behörden erst eine Verwaltungs-Tradition, und endlich Sätze des öffentlichen Rechts. Das »Recht selbst ist gleichsam nur der Niederschlag und die »Fixirung der vorangegangenen Entwicklung; die Bedürfnisse des wirtschaftlichen und staatlichen Zusammenlebens sind immer früher da, als die Rechtssätze, welche

»bei normalen Zuständen ihr Erzeugniss sind. Wenn auch
 »das vorhandene Recht Form und Inhalt der Rechtsge-
 »schäfte beherrscht und für die weitere Entwicklung ein
 »wesentlich mit bestimmendes Moment ist, so ist doch das
 »Recht niemals ein fertig abgeschlossenes, d. h. todttes, son-
 »dern ein stets fortschreitendes, veränderliches. Dies ist
 »nicht nur hinsichtlich des Privatrechts, sondern in dem-
 »selben Maasse für das öffentliche Recht wahr. Immer neue
 »Lebensverhältnisse entstehen und erzeugen neue gesell-
 »schaftliche Misstände und Bedürfnisse und damit immer
 »neue staatliche Aufgaben und Thätigkeiten. Das vor-
 »handene Recht genügt deshalb niemals vollständig sämt-
 »lichen Bedürfnissen der Gegenwart, es ist immer nur das
 »Resultat der Vergangenheit. Die Verwaltung muss diesen
 »Bedürfnissen der Gegenwart abhelfen und indem sie in-
 »nerhalb der Schranken der Rechtsordnung beginnt, führt
 »sie allmählig eine Umgestaltung, Erweiterung und Fort-
 »bildung der Rechtsordnung herbei.“¹⁾

Uit haren aard beweegt zich de administratie binnen
 eene sfeer, wier omvang afwisselen kan, naarmate een
 nieuw voorwerp van Staatsbemoeiing hare zorgen eischt.
 Op den bodem van rechtswege haar toekomend, schept zij,
 naar gelang der behoefte, nieuwe regelen, normen, die
 geleidelijk deelen van het publieke recht kunnen worden.
 Zal hier geenerlei inbreuk gedoogd worden, er is een grens-
 wachter voor de rechtsorde noodig, die én deze behoedt, én
 zorgt, dat de publiekrechtelijke vrijheid, voor den Staat
 levensvraag. ordelijk worde gebezigd. Deze functie vervult
 de publiekrechtelijke rechtspraak.

De dusver besproken, naar ik hoop weerlegde, beden-
 kingen des hoogleeraars gollen *de mogelijkheid* dier instel-
 ling. De heer DE LOUWER heeft echter bovendien een be-
 zwaar opgeworpen, dat, is het gegrond, haar in het hart
 moet treffen. Hij ontkent namelijk hare *bestaansreden* op
 principiëlen grond. Ziehier, in welke bewoordingen: »Er

¹⁾ LABAND. Das Staatsrecht enz. t. a. p. II. blz. 210.

»is namelijk een belangrijk verschil tusschen privaat- en
»publiek recht. Het laatste is veel minder volledig dan
»het eerste. Dit kan niet anders, omdat de publiekrechtelijke
»betrekkingen veelvuldiger, ingewikkelder en minder
»goed te voorzien zijn dan die van het privaatrecht; maar —
»en dit is de hoofdzaak — het moet ook niet anders, omdat
»het publiekrecht nog eene praemisse aanneemt, die het
»privaatrecht als overbodig verwerpt: *het algemeen belang*.
»Deze vult alle leemten aan, die het stellig recht liet be-
»staan." De toepassing dezer algemeene beschouwing wordt
onmiddellijk gegeven. Zij luidt: »Het is hier voldoende er
»op te wijzen, dat het bestaan eener bijzondere praemisse
»het principiëel verschil vormt tusschen het privaat- en
»(het) publiekrecht en derhalve zeer terecht het laatste tot
»eene afzonderlijke groep stempelt. Hare ontkenning heeft
»veel kwaad ge ticht en den naam van jurist op het ge-
»bied van het openbaar leven menigmaal in discredit ge-
»bracht. Inderdaad moet zoowel de staatsman als de staats-
»geleerde, die uitsluitend jurist is in den engeren zin, dien
»het dagelijksch leven daaraan hecht, ook naar mijne over-
»tuiging op een dwaalspoor geraken." Op *deze* klip alzoo
moet de inrichting eener administratieve rechtspraak nood-
wendig stranden, omdat zij, naar des schrijvers meening,
uit haren aard de aangewezen »bijzondere praemisse' niet
in rekening brengen kan. De staatsman of staatsgeleerde
zij wijsgeer, ja — jurist, neen. En de daad bij het woord
voegende, neemt de hoogleeraar zich voor, zijnerzijds althans
niet mede te werken tot de aankweeking van een geslacht,
dat gevaar loopt »in discredit' te geraken. Wij lezen:
»De *Staatsleer* is de voornaamste, de grondslag van alle
»andere Staatswetenschappen. Als zoodanig heeft de wet
»op het hooger onderwijs haar natuurlijk opgenomen, maar
»bij gemis van een eigen naam gebrekkig aangeduid. Zij
»behoort nam. deels tot de wijsbegeerte van het recht, deels
»tot het Staatsrecht zonder meer in tegenstelling van het
»Nederlandsch Staatsrecht. Om haar in haar geheel en
»naar haren eisch te behandelen en tevens aan het laatste

»recht te doen wedervaren, stel ik mij voor het college »over *wijsbegeerte van het recht aan de staatsleer* te wijden, »en dat derhalve speciaal te bestemmen voor allen, die aan »de staatswetenschap hunne krachten willen wijden" ¹⁾

Wie nog twijfelen mocht aan de macht, die een beginsel, bewust of onbewust, oefent, kan hier tot inkeer worden gebracht. Naar drie richtingen aanschouwen wij in de medegedeelde plaatsen de werking eener fundamenteele opvatting. *Als wijsgeerige grondstelling*: het algemeen belang vormt de klove tusschen privaat- en publiek recht. *Als practisch postulaat*: men onthoude zich van administratieve rechtspraak. *Als methodologisch voorschrift*: men beoefene de Staatsleer enkel uit wijsgeerig oogpunt. Dat het contradictoire tegendeel dezer laatste leering in *dit* opstel wordt beoogd, is tamelijk blijkbaar. Dat de practische toepassing het leestellig uitgangspunt gelijk een schaluw volgen moet, is niet minder duidelijk. Aangevallen dáár, wordt de bedoelde rechtspraak hier verdedigd. Blijft over tot toetsing de bron van het verschilpunt, de stelling: daar is tusschen privaat- en publiek recht *soortelyk* verschil.

Deze stelling nu moet ik niet slechts loochenen, maar tevens als uiterst gevaarlijk, en geheel het wezen van den constitutioneelen Staat bedreigend, kenmerken. Zij behelst niet enkel eene dwaling, maar uit krachte van haar karakter, ondermijnt zij al hetgeen tot dusver door en onder de leuze: Rechtsstaat, verworven werd. Dat dit de bedoeling niet zijn kan, spreekt van zelf. Leidende beginselen echter zijn onafhankelijk. En te meer bevreedend is de bestreden opvatting, daar zij alsnog staat op een standpunt, in de wetenschap van het Staatsrecht sedert geruimen tijd reeds verlaten.

Hooren wij op beide punten het getuigenis van PÜZL: »Die bis in die neueste Zeit nicht blos von der Praxis »befolgte, sondern auch von der Wissenschaft vertretene »und vertheidigte Maxime, der Unterschied zwischen der

¹⁾ DE LOUWER. Het verband der Staatswetenschappen, t. a. p. blz. 24, 26, 19.

»Justiz und der Administration bestehe darin, dass die »erstere streng an das bestehende positive Recht gebunden »sei, während die letztere nur nach Rücksichten der Zweck- »mässigkeit und Nützlichkeit ihr Handeln zu bestimmen »habe, hat in jüngster Zeit in der Literatur von Jahr zu »Jahr an Boden und an Anhängern verloren. Man er- »kennt jetzt so ziemlich allgemein an, dass auch die Ad- »ministration die geltenden positiven Rechtsnormen zu be- »obachten, und dass sie ihre Aufgabe, die allerdings eine »andere als die der Justiz ist, innerhalb der Schranken des »Rechts und in der Form Rechtens zu verwirklichen habe.“ Zooveel, wat betreft het herschenschimmige »belangrijk verschil,” dat men thans ten onzent op nieuw ingang poogt te doen vinden. Niet minder ernstig verwijst Pözl naar het gevaar aan bedoelde zienswijze verbonden: »Wer diese »Sätze (te weten de principiële gelijksoortigheid van priva- en publiek recht) als richtig anerkennt — und sic »müssen von Jedem als richtig anerkannt werden, der »nicht dem Absolutismus huldigt, — der wird von selbst »dazu gedrängt, nach einer Gewähr dafür zu suchen, dass »auch die öffentlichen Rechte, wie sie durch die bestehen- »den Gesetze garantirt sind, gegen willkürliche Verlet- »zung und Verkürzung eben so gesichert seien, wie die Privat- »rechte es durch die unabhängigen Gerichte sind.“¹⁾

In volkomen gelijken geest laat LABAND zich uit: »Der »Staat bedient sich behufs Durchführung seiner Aufgaben »seiner Herrschaft über Land und Leute; er verlangt Lei- »stungen; er befiehlt Handlungen: er beschränkt die Hand- »lungsfreiheit der Unterthanen durch Verbote. Der »Staat steht seinen Angehörigen nicht als gleichberechtigtes »Subject gegenüber, sondern als der met *imperium* ausge- »stattete Herr. Dieses *imperium* aber ist in dem moder- »nen, civilisirten Staate keine willkürliche, sondern eine »durch Rechtssätze bestimmte Gewalt. Der Staat kann von »seinen Angehörigen keine Leistung und keine Unter-

¹⁾ Pözl in Krit. Vierteljahrsh. für Gesetzgeb. und Rechtswissen- schaft (München 1858) X blz. 125, 126.

»lassung fordern, er kann ihnen nichts befehlen und nichts »verbieten, als auf Grund eines Rechtsatzes. *Das ist das »Merkmal des Rechtsstaates im Gegensatz zur Despotie.*”¹⁾

Men ziet, waarheen de stelling leidt, door den heer DE LOUTER verdedigd. Volgens hem vormen publiek recht en privaatrecht *eene principieele tegenstelling*. Dáár, behoort het algemeen belang praemisse te zijn. Hier, wordt dit element »als overbodig” verworpen. Is dit zóó, er bestaat tegen de willekeur van Staatswege geenerlei waarborg. Iedere machtsoverschrijding en rechtsverkrachting heeft te harer legitimatie een vrijbrief om achter vermeende nuttigheid, doelmatigheid, beweerd algemeen belang, zich te verschuilen. Dit is nog slechts het *politische* euvel, dat deze beschouwing wekken kan. Wie echter vrijwaart, geeft men haar voet, het privaatrecht zelf tegen aanranding? Is het publieke recht = algemeen belang, noodwendig zal het privaatrecht = bijzonder belang, moeten zijn. Het privaatrecht bestaat dus bij de gratie van het publiek recht, en zal, zoodra om redenen van algemeen belang dit gedoogen ophoudt, daarvoor moeten wijken. *Het privaatrecht*, d. i. ieder leerstuk daarvan, want tot eene uitzondering bestaat natuurlijk geen grond. Het privaatrechtelijk eigendom nu is onder meer zoodanig leerstuk. Wij zullen er derhalve geen rechtsschemnis in hebben te zien, wanneer de Staat decreteert: de eigendom is opgeheven als onbestaanbaar met »het algemeen belang.” Genoeg ten betooge, dat sommige stellingen niet zoo onschuldig zijn als zij er uitzien.

Van waar de fout? De tegenstelling, door den hoogleeraar gemaakt, bestaat niet. *Publiekrecht en privaatrecht zijn ééne en dezelfde zaak, doch van verschillend standpunt bezien*. Het is juist de juridische methode, die hare zusters, de wijsgeerige en de politieke, aflossend, toonen moet, wat zij vermag, door deze overtuiging post te doen vatten. Denk u *Recht* als uiting en uitvloesel van het *gemeenschapsbewustzijn*, en gij hebt de *publieke zijde* daarvan, in het

¹⁾ LABAND. Das Staatsrecht enz. t. a. p. II blz. 202.

Staatsorganisme verwezenlijkt. Stel u *Recht* voor als de *individucele* levensbetrekkingen regelend en ordenend, en gij hebt den grondslag voor, het begrip van het *privaatrecht*. In het »algemeen belang» zijn beide die toepassingen, fasen van ééne en dezelfde rechtsidee. Doch, wat niet anders kan, en niet anders moet, is, dat haar *inhoud* verschilt, naarmate dáár, het Aristotelische: de mensch is een Staatvormend wezen, hier, het Kantiaansche: de mensch is een Rechtscheppend wezen; dáár, het altruïsme, hier, het egoïsme; dáár, het gemeenschapsbewustzijn, hier, de afgesloten kring der eigen rechtssfeer op den voorgrond treedt. Het ééne en ondeelbare menschelijke rechtsbewustzijn uit zich onderscheidenlijk, door of op de maatschappelijke gemeenschap, of op de handhaving van het eigen recht zich te richten. *Daarom* zijn publiek recht en privaatrecht beide: *Recht*, met verschillenden inhoud. *Daarom* is publiek recht iets anders dan privaatrecht, en mag voorwaar daarmede niet worden verward. *Daarom* is het verwijt: jurist, gegrond, indien het wraakt de *privaatrechtelijke* hanteering des openbaren levens. *Daarom* eindelijk is die berisping onzinnig, bedoelt zij uit te sluiten de meening, dat de Staat worde bestuurd naar *publieken rechte*.

Keeren wij terug tot de administratieve rechtspraak, voor zooveel haar betreft, kenmerk van den Rechtsstaat. Nopens het pas gevestigde Duitsche rijk luidt de klachte van GIERKE als volgt: »An einer Rechtsprechung über öffentliches Recht im Reich fehlt es überhaupt. Beschwerde beim Bundesrath »und administrative Abhülfe sind der einzig offene Weg »bei einem Kompetenzstreit zwischen Reich und Einzelstaat, »bei einer Rechtsverletzung seitens der Reichsgewalt, bei »einer Rechtskränkung des Reichsbürgers durch den Heimathsstaat. Nicht oft und eindringlich genug kann diese »klaffende Lücke in unserem Rechtsbau betont werden! »Mag es bisher ohne eine höchstes Bundesgericht, ohne »einen Reichsstaatsoberstenhof, leidlich gegangen sein, die »Zukunft wird ohne eine solche Institution nicht auskommen. »Und käme sie darohne aus, so könnte sie dies nur auf

»Kosten eines der edelsten geistigen Güter, das wahrlich
 »durch die modernen Interessenkämpfe gerade genug ge-
 »fährdet ist, — auf Kosten des Sinnes für Gerechtigkeit
 »und Recht. Der *Rechtsinn* aber ist das Palladium und
 »der Bürge des *Staatssinns*. Ja, wir wollen einen starken,
 »einen mannhafte Staat. Aber auch die stärkste irlische
 »Macht soll nicht stärker sein als das Recht!"¹⁾

Aldus de mannelijke taal des rechtsleeraars voor zijn vaderland, welks streven naar politieke eenheid zoo even eerst is bekroond. Wij, Nederlanders, verkeeren, wat de grondvesting van onzen Staat betreft, in gelukkiger toestand. Ja zelfs heeft HEINRICH VON TREITSCHKE niet zonder rechtmatige bitterheid dat voorbeeld zijnen landgenooten voor oogen gehouden. In een gloeiend betoog vestigt hij ter aanprijzing der staatrechtelijke eenheid de aandacht op ons land, welks geschiedenis door drie momenten wordt gekenmerkt: het overwicht van Holland, de verknochtheid van ons volk aan zijn doorluchtig Oranje-stamhuis, het sterk sprekend en vast gesloten nationale karakter.²⁾ Zonder aanmatiging derhalve mogen wij thans nog op deze voordeelen ons beroemen. Zoomin als het Duitsche Rijk, was de Nederlandsche Staat in zijne wording en beloop het schootkind der fortuna. Hij verrees niet zonder inspanning en worsteling, eenwen lang met onbezweken volharding gevoerd. De vrijheidszin van ons volk evenwel kwam de zwaarste beproeving te beven, en zijne innige gehechtheid aan ons Vorstengeslacht deed lief en leed van weerszijden willig dragen. Al zijn de dagen van ons eenmaal zoo machtig Gemeenebest voorbij, het fiere bewustzijn van tot één zelfstandigen Staat te behooren doortrilt ieder rechtgeaard Nederlandsch gemoed. En werd zijn bestaan bedreigd, het randschrift van ons Vorstelijk wapen zou zijne aloude beteekenis voor ons volk hernemen.

¹⁾ O. GIERKE. Das alte und das neue Deutsche Reich in Deutsche Zeit- und Streit-Fragen (Berlin 1874) Jahrg. III blz. 137.

²⁾ H. v. TREITSCHKE. Historische und Politische Aufsätze (Leipzig 1870) I Bundesstaat und Einheitsstaat blz. 540

Edoch — noblesse oblige. Zoo even hoorden wij het nog: de Staat moet *Rechtsstaat* zijn. Draagt de Nederlandsche Staat dit karakter in *ieder* opzicht? Niet voldoende is het daartoe, dat eene regeering, die aan grove machtsoverschrijding zich schuldig maken zou, bij de geaardheid van ons volk en onze politieke opvoeding, geen oogenblik geduld worden zou. De zelfbeperking der constitutioneele bewindlieden eenerzijds en het weerstandsvermogen der openbare meening aan den anderen kant hebben in den regel tegen dergelijke inbreuk ons behoed. Een dwaas, wie met geringschatting op deze, ten slotte immers beslissende, eigenschappen zou willen neerzien. Personen echter gaan voorbij. Instellingen daarentegen zijn het blijvend getuigenis van den rechtszin eens volks. Deze is het, die, te zijner verwezenlijking, de administratieve rechtspraak mede eischt. De vraag derhalve is geoorloofd: hebben wij zoodanige instelling? En het antwoord, hoe beschamend, moet mijns bedunkens beslist ontkennend luiden.

Zal er naar waarheid gewaagd kunnen worden van eene administratieve rechtspraak, zij behoort te hebben:

- a) *publiekrechtelijk* gehalte;
- b) *eenheid* van aanleg;
- c) *zelfstandigheid* van karakter.

Ontbreekt een dezer voorwaarden, de instelling komt niet tot haren eisch. Hapert het aan alle drie, de ontstentenis der bedoelde rechtsmacht behoort niet te worden verbloemd, gelijk uit de voorzichtige bewoordingen des heeren DE JONGE ¹⁾ af te leiden valt. Ik meen te kunnen aantoonen, dat wij ten onzent in het tweede geval verkeerden, en wensch het in breeden omtrek achtervolgens op ieder punt te doen.

a) *publiekrechtelijk gehalte.*

De opdracht der beslissing over burgerschapsrechten aan den burgerlijken rechter (art. 148 alin. 2 Gw.) werd reeds

¹⁾ W. A. C. DE JONGE. Administr. en Just. t. a. p. blz. 5, 7.
N. Bijdr. voor Rechtsgeleerdheid en Wetgeving. N. R. Dl. VI. 1880. 8

door THORBECKE als beginsel niet van organisatie maar van desorganisatie gewraakt. Als hoofdreden van critiek gaf hij: »dewijl het (artikel) aan de burgerlijke rechtbanken »een rechtsgebied eigent, dat aan den werkkring der burgerlijke rechtbanken vreemd is; een rechtsgebied, dat tot »eene geheel andere orde van rechten behoort, en op eene »andere soort van wetten, als het burgerlijk wetboek moet »rusten.» ¹⁾ Deze bedenking heeft nog niets van hare kracht verloren, en veel verwarring ware voorkomen, had men naar des staatsmans waarschuwende stem geluisterd. Het natuurlijk gevolg van deze eerste grondwettige schrede tot regeling is, dat zij aanleiding geeft om op dien weg voort te gaan. Inderdaad is dan ook de wenschelijkheid daarvan, voor één bijzonder onderdeel van administratieve rechtsmacht: de kennismeming van geschillen in zake belasting, reeds door den Heer CONINCK LIEFSTING betoogd. Deze uitnemende rechtsgeleerde is van oordeel »dat de onderscheiding tusschen geschillen, die door den gewonen of »door den administratieven rechter beslist worden, grootendeels geheel willekeurig is, en dat wij in ons Vaderland »bepaaldelijk al zeer weinig reden hebben, om althans op »het gebied van belastingen de bestaande scheiding van »administratieve en rechterlijke uitspraken te eerbiedigen, »daar deze niet alleen geheel willekeurig is, maar ook »haren oorsprong verschuldigd is aan de gewoonten der »Fransche monarchie, waaruit die onderscheiding in het »Fransche recht, en ten gevolge der overheersching ook in »onze latere wetten is overgegaan.» Deze uitspraak wordt straks nog nader aangedrongen: »In het algemeen hebben »zich de Fransche schrijvers vruchteloos veel moeite gegeven, om voor de splitsing tusschen de gewone en (de) »administratieve rechtsmacht, die alleen op Historische »gronden berust, een in de zaak zelve gelegen logischen »grond te zoeken. Meestal komen hunne redeneeringen »hierop neder, dat zij stellen, dat de administratieve rechter »meer op het publiek belang let, terwijl de gewone rechter

¹⁾ THORBECKE. Bijdrage enz. a. p. blz. 79, 80.

»daarentegen meer de strenge wetsbepaling voor oogen »heeft. Dat is ook het algemeen beginsel, dat Vivien in »zijne *Etudes administratives*, dat in veler handen is, blz. 140 »en 141 aangeeft. Zou dan waarlijk de administratieve »rechter vergeten, dat hij gebonden is door de wet, welker »toepassing gevraagd wordt? Of zou de gewone rechter »gewoon zijn, de beteekenis der wet, in zoover zij het »publiek belang verzekert, voorbij te zien?" ¹⁾

Met de critische strekking van dit gevoelen kan ik mij volkomen vereenigen, geenszins echter, met de gevolgtrekking daaruit afgeleid. In zooverre de geachte schrijver de holle phrase »het algemeen belang" als kenmerkend voor de administratieve in tegenstelling met de burgerlijke rechtspraak verwerpt, heeft hij m. e. volkomen gelijk. In geen enkel opzicht kan die aanwijzing dienst doen, ook niet, gelijk boven betoogd werd, ter kenschetsing van publiek in onderscheiding van privaatrecht. De rechter, welke ook, heeft recht te spreken, en, welk recht hij toepasse, het zal zijn in het algemeen belang. Doch uit de volmaakt gelijke stelling en verplichting des *rechters* volgt allerminst de identiteit van publiek en *privaatrecht*. Nu weet ik zeer goed, dat dit laatste in het evengemeld betoog niet *met zoovele woorden* wordt beweerd. Het beroep echter op oud-Vaderlandsche gewoonten, de verwerping van ieder principiëel verschil in *den aard* der rechtsmacht, zij deze burgerlijk of administratief, leiden noodwendig tot gelijkstelling van publiek en privaatrecht. Te dien aanzien nu is scheiding en onderscheiding zóó weinig »willekeurig", dat, verliest men haar uit het oog, het moderne Staatsbegrip zelf te gronde gaat. En juist daarom is terugkeer naar oud-Vaderlandsche toestanden zóó min wenschelijk, dat deze veeleer tot afschrikwekkend voorbeeld dienen moeten.

Immers een lange leerschool had de wetenschap van het Staatsrecht te doorloopen, eer de bodem gevonden was,

¹⁾ F. B. CONINCK LIEFSTING in Bijdragen tot de kennis van het Staats- Provinciaal- en Gemeentebesluit in Nederland (Rotterdam 1865) X blz. 40, 43. noot 1.

waarop het *publiekrechtelijk* Staatsbegrip post kon vatten. Gelijk wij gezien hebben, kampten geruimen tijd twee uitersten om den voorrang: de Staat, die het individu verdringt, en de Staat, die het uitvloeisel is van een verdrag der individuen. In deze laatste, zuiver *privaatrechtelijke* opvatting van den Staat, was de rechtsbedeeling het eenige begeerlijke, waarom men zich den last en het offer der volstrekte aan geenerlei Staatsinmenging gebonden vrijheid getrooste. De overtuiging dat de Staat, als natuur noodwendig verschijnsel, eene *zelfstandige* reden van bestaan, derhalve eene eigen sfeer van werkzaamheid heeft, was nog niet doorgedrongen. Met haar echter op den voorgrond te stellen, vangt in eigenlijken zin de moderne wetenschap van het *Staatsrecht* aan. Wij hebben haar leeren kennen als de juridische methode van behandeling dier stoffe. Haar doel is, in een hooger beginsel te verzoenen, wat dusver als tegenstrijdigheid werd beschouwd. Zonder de rechten van het individu binnen de hem toekomende grens prijs te geven, wil zij acht geslagen zien op de niet minder geldige aanspraken der gemeenschap. Zij coördonneert beide, en stelt, dat noch het *privaatrecht* nit staatsrechtelijk gedoogen, noch het *Staatsrecht* uit *privaatrechtelijke* overeenkomst behoort te worden afgeleid. Met deze hare leer nu is zoowel het beroep op oude toestanden als de vermenging en fusie van publiek en *privaatrecht* onbestaanbaar. Het eerste, omdat de vergelijking bij gemis van een *tertium comparationis* faalt. Er bestaat tusschen onze en de oud-Vaderlandsche opvatting van den Staat zelfs geene analogie. Het tweede, doordien het streven juist is, te toonen, dat de *publiekrechtelijke* persoonlijkheid, die men Staat noemt, eene rechtssfeer heeft, wier inhoud uit zich zelve begrepen en behandeld dient te worden.

Als ware het in antwoord op het zoo even vermelde betoog van den heer CONINCK LIEFSTING laat dan ook GERBER, waar hij het leerstuk der competentie des burgerlijken rechters behandelt, als volgt zich uit: »Die ganze

»Frage ist so zu stellen; welches sind die Verhältnisse,
»bezüglich deren der Einzelne nicht genöthigt ist, einen
»anderen Einfluss der Staatsgewalt zu dulden, als denjeni-
»gen, welcher in der Nachweisung (Ausrechnung) und
»Feststellung des Rechts liegt? — Diese Fragestellung
»würde nach dem älteren deutschen Staatsrechte nicht ver-
»ständiglich erschienen sein. Bei einem Staatszustande, der
»wesentlich auf privatrechtlichen Verhältnissen ruht, in
»welchem die Staatsgewalt fast durchweg durch privat-
»rechtliche Schranken gehemmt ist, ist die Verwaltung und
»Staatspflege das Untergeordnete, Nebensächliche; der Staat
»kann sich keine der grossen und umfassenden Aufgaben
»zur Hebung und Förderung des Volkslebens stellen, in
»denen er jetzt seine wichtigste Thätigkeit entwickelt.
»Justiz ist Alles! Von ihr wurde fast ausschliesslich die
»Regulirung der staatsbürgerlichen Verhältnisse erwartet.
»Wie hätte man es hier verstanden, wenn Jemand gesagt
»haben würde: die Justiz ist die beschränkteste und ge-
»mässigste Einwirkung, welche der Staat äussern kann, —
»da man den Gegensatz, nämlich die umfassendere Ein-
»wirkung der verwaltenden Thätigkeit, kaum in den ersten
»Anfängen und nur als eine Abart der »jurisdictio“ kannte.
»Die völlige Umwandlung der Grundlagen der Staatswirk-
»samkeit und die damit verbundene vollständige Verände-
»rung der Maassverhältnisse der einzelnen Staatsfunctionen
»wird nirgends mehr als hier verkannt, wo man nur zu
»gern für die Behauptung einer allumfassenden Justizcom-
»petenz in der Anführung des älteren Territorial- und
»Reichsrechts eine s. g. historische Begründung zu erbringen
»bemüht ist, vergessend, dass man seine Argumente einer
»ganz anderen Welt entlehnt.“¹⁾

Zijn wij niet gerechtigd tot het: mutato nomine de te
fabula narratur? Men lette op de trouwens alleszins juiste
mededeeling van den heer CONINCK LIEFSTING: »dat de oude
»Nederlandsche Raad van State, in zoover hij jurisdictie had

¹⁾ GERBER, Grundzüge enz. t. a. p. blz. 177 noot 3.

»over de generaliteits-middelen, recht sprak in het hoogste »ressort.”¹⁾ Men verlieze niet uit het oog, dat *daaruit* mede een bewijsgrond wordt ontleend voor de beweerde willekeur in de onderscheiding tusschen administratieve en burgerlijke rechtsmacht. En men zal gevoelen, dat de geëerde schrijver juist de zonde begaat, die GERBER aanwijst. Ons Staatsrecht moet zijn van *publiekrechtelijk* gehalte. Dat is, krachtens zijn karakter van recht der gemeenschap, verschilt *de aard*, het wezen des modernen Staatsrechts van zijn historischen voorganger, waarin het privaatrechtelijk Staatsbegrip werd verwezenlijkt. Verschillen moet dus tevens *de toepassing* van eerstgemeld Staatsrecht, *doordien zijne handhaving aan eene eigen rechtsmacht wordt toevertrouwd*. Deze moet recht spreken, voorzeker, maar publiek recht. Dit beteekent wederom niet, dat zij meer of min met »algemeen belang” te rade moet gaan. Haar kompas, gelijk dat des burgerlijken rechters, zij de geschreven of ongeschreven rechtsbron. Tweeledigen invloed echter oefent de erkenning van het publiekrechtelijk dus afzonderlijk bestaan der meergemelde rechtspleging. Vooreerst op den *vorm der rechtsbedeeling*. Waar het object der rechtspraak verschilt, kunnen de privaatrechtelijke procesuele vormen van bewijs, executie, wat dies meer zij, niet eenvoudig worden overgenomen of pasklaar gemaakt. Ten andere wordt door de zelfstandige administratieve rechtsmacht ingescherpt en aanschouwelijk gemaakt de les, dat het gemeenschapsrecht en het privaatrecht gestreng uiteen gehouden moeten worden. Of ik 100 ex contractu aan mijn buurman, dan wel uithoofde eener belastingschuld aan den Staat verschuldigd ben, is *niet* hetzelfde, omdat publiekrechtelijke gehoudenheid en privaatrechtelijke verplichting slechts in naam overeenstemmen. De slotsom is, dat veel »politiek” ten onzent zonder schade zou kunnen worden ingeruild tegen eene wet, die de conflicten van attributie door eene fundamenteele grenslijn voor goed onmogelijk maakte. (art. 150 Gw.)

¹⁾ F. B. CONINCK LIEFSTING in Bijdragen enz. t. a. p. blz. 40 noot 1.

b) *eenheid van aanleg.*

Zij ontbreekt ten eenenmale. Zelfs blijkt uit de onvastheid van terminologie op administratiefrechtelijk gebied, dat het bewustzijn dier behoefte zwak is. Niets is meer gewoon, dan dat in één adem wordt gehandeld over *geschillen van bestuur en staatsrechtelijke geschillen*. Bij de beraadslagingen over de wet van 21 Dec. 1861 (Stbl. No. 129) nopens den Raaad van State erlangde de eerstgemelde categorie het leeuwendeel, en werd de tweede eenigermate op sleeptouw genomen. Art. 23 dier wet gewaagt van »geschillen van bestuur of andere» welke laatste ietwat minachtende aanwijzing bedoelde tweede groep omvat. Dat men haar niet als »ebenbürtig» beschouwt, blijkt uit de benaming der Afdeling van den Staatsraad, die den titel voert: *Afdeling voor geschillen van bestuur*. En het valsche spraakgebruik is zoozeer gevestigd, dat de hoogleeraar KEMPER verklaren moet: »Het contentieus administratief, of de geschillen van bestuur, gelijk het bij ons genoemd wordt» ¹⁾ is eigenlijk — iets anders.

Men onderscheide inderdaad. *Geschil van bestuur* is het competentie-conflict van uitvoering der wet tusschen twee publiekrechtelijke lichamen (Provinciën, gemeenten, waterschappen). *Staatsrechtelijk geschil* is de inroeping der administratieve beslissing over de *rechtmatigheid* van een verordenden publiekrechtelijken maatregel. Bij het *geschil van bestuur* loopt het geding over de vraag: *wie* moet uitvoeren? Bij het *staatsrechtelijk geschil* komt de vraag te berde: bestaat er recht tot het publiekrechtelijk bevel? Eene uitspraak is er in beide gevallen. Daár echter wordt de last tot uitvoering toebedeeld, hier, onderzocht of er termen bestaan om aan de naleving van den publiekrechtelijken wil zich te onttrekken.

Ten aanzien nu van *de geschillen van bestuur* is de leer: de Koning beslist, ten onzent én stellig recht (art 68, 132 Gw.) én leerstellige traditie. Stellig recht is echter slechts, dat 's Konings beslissing ingeroepen moet worden

¹⁾ J DE BOSCH KEMPER. Handleiding enz t. a. p. III blz. 791.

voor provinciën en gemeenten, tusschen wie onderling een competentie-conflict verrijst. Vandaar dat er ruimte ontstaat voor de vraag, of de gewone wetgever, in zoover hij de handen vrij heeft, het publiekrechtelijk competentie-conflict door den koning *moet*, of door eene andere macht *mag* doen beslissen. Onder de voorstanders nu van eerst-gemelde leer bevinden zich mannen van groot en rechtmatig gezag, eerbiedwekkende namen ook op juridisch gebied. Hooren wij enkelen.

THORBECKE: »Wij zullen hebben rechterlijke instructie, »publiek debat, gemotiveerd vonnis of arrest, en daarnevens »of daarenboven zullen wij hebben de ministeriëele ver- »antwoordelijkheid. Wanneer dat vonnis of arrest, dat nu »als advies zal worden gewezen, ware een souverein arrest, »waartegen niemand ooit kon opkomen, zou dat voor de rech- »ten der ingezetenen te wenschen zijn? Mij dunkt, neen." ¹⁾

KEMPER: »De Koning, als hoofd der uitvoerende macht, »moet noodwendig het recht bezitten in het laatste ressort »alle geschillen van bestuur te beslissen, hetzij deze ont- »staan tusschen de verschillende ministeriëele departementen »of tusschen een ministeriëel departement en een provinciaal »en stedelijk bestuur." ²⁾

HEEMSKERK: »Maar geschillen van bestuur behooren ter »beslissing bij het Hoofd der uitvoerende macht; en in »geen geval moet de Raad van State zijn adviseerend ka- »rakter afleggen om executoire uitspraken met eene voor »de regeering bindende kracht te geven. Het spreekt van »zelf, dat de minister, voor de koninklijke beslissing ver- »antwoordelijk, de door den Raad voorgestelde uitspraak »aan eigen oordeel moet toetsen, en dat hij dus somtijds »daarvan afwijkt, al is het wenschelijk, dat het zoo min »mogelijk gebeure." ³⁾

¹⁾ De plaats, ontleend aan eene rede van THORBECKE, gehouden bij de beraadslagingen over de wet nopens den Staatsraad, is te vinden bij CONINCK LIEFSTING Bijdragen t. a. p. blz. 27 noot 1.

²⁾ J. DE BOSCH KEMPER. Handleiding enz. t. a. p. III blz. 355.

³⁾ Mr. J. HEEMSKERK AZN. De praktijk onzer Grondwet in Bijdragen enz. t. a. p. (Nieuwe Serie) IX blz. 145.

CONINCK LIEFSTING: »Beslissing over geschillen van bestuur behoort uit den aard der zaak aan de uitvoerende macht. De verschillende staatsrechtelijke besturen moeten zich houden binnen den kring hunner bevoegdheid en moeten de verplichtingen vervullen, hun in dien kring door het Staatsrecht gebiedend opgelegd. Het toezicht daarop en de zorg dat de staatsrechtelijke besturen daaraan voldoen, is opgedragen aan de uitvoerende macht, die bij den Koning berust (art. 54 der Grondwet). Ontstaat er nu tusschen deze staatsrechtelijke lichamen geschil over de bevoegdheid, hetzij over het nemen van maatregelen waartoe zij zich beide bevoegd achten, hetzij over het nalaten van handelingen, waartoe het eene bestuur vermeent dat het andere krachtens zijne staatsrechtelijke verplichtingen gehouden is; dan behoort het oordeel over deze bevoegdheid en verplichting bij den Koning, aan wien in het algemeen de zorg is opgedragen, dat de besturen zich houden binnen den kring hunner bevoegdheid, dat zij aan alle staatsrechtelijke verplichtingen voldoen.”¹⁾

Men ziet — de regel: de Koning beslist in zake *geschillen van bestuur*, is dogma bij toongevende juristen. Ondanks den ontzagwekkenden steun voor het leerstuk, moet ik mij ketterij veroorloven.

Die Botschaft höre ich wohl, allein mir fehlt der Glaube.

Tot staving van bedoelden regel vindt men in verschillende wendingen en woordenkeus steeds dezelfde gedachte terug. In korten en bondigen vorm is zij uitgesproken door den heer GODEFROI, die als minister van justitie het ontwerp verdedigde, dat thans de wettelijke bevoegdheid van den Staatsraad regelt. Wij weten reeds, dat de heer CONINCK LIEFSTING eveneens *geschillen van bestuur* aan de zelfstandige rechtsmacht van den Staatsraad onttrokken wil zien. Hij onderschrijft dan ook ten volle des ministers betoog in de navolgende bewoordingen: »Volgens hem (te weten: den heer GODEFROI) is er voor de afwijzing dier

¹⁾ CONINCK LIEFSTING in Bijdragen enz. t. a. p. blz 28.

»rechtsmacht maar één grond: »»één éénig afdoende reden.
 »»Zij is deze. In banden van het Hoofd van den Staat
 »»berust, volgens algemeene begrippen van constitutioneel
 »»recht, het uitvoerend gezag, één en ondeelbaar." Het
 »zijn de eigen woorden van den spreker. Met het oog op
 »geschillen van bestuur is deze uitspraak volkomen juist.
 »Het uitvoerend gezag moet in de uitoefening dezer macht
 »door zich zelf, of in de zorg om andere besturen te hou-
 »den bij de trouwe vervulling van den hun opgelegden
 »werkkring, niet belemmerd worden door enig geschil
 »over die uitvoering en de bevoegdheid daartoe. Elke be-
 »lemmering daarin moet de uitvoerende macht zelf kunnen
 »opheffen, gelijk wij reeds vroeger betoogden." ¹⁾

De *eenige* principiële grondslag alzoo voor 's Konings recht tot beslissing — het wordt hier erkend — is de ondeelbaarheid van het uitvoerend gezag, dat door twistvragen over bevoegdheid niet belemmerd worden mag. Dit *eenig* motief nu kan inderdaad indruk maken, *zoolang men staat op den bodem der trias politica*. Wanneer de uitvoerende macht als eenheid opgevat wordt, in tegenstelling met de wetgevende macht, die voor verdeling vatbaar heet, wordt de gansche bestuurstaak als samenhangend geheel onder eerstgemeld hoofd gebracht. Alsdan is de redeneering eenvoudig: wat niet tot wetgeving behoort, is uitvoering, en deze zij ondeelbaar. Geeft men de praemisse toe, de gevolgtrekking is onaantastbaar. Meermalen echter is boven gebleken, dat in den jongsten tijd bedoelde grondslag zelf, die hoe *juridisch* ingekleed, van *politischen* aard is, aan het wankelen is gebracht. Gelijk de uitvoering, berust tevens de wetgeving in de constitutioneele monarchie bij den Koning, als drager van de ditmaal werkelijk ondeelbare Staatsmacht, die in verschillende uitingen zich openbaart. Zoomin nu als deze grondstelling de medewerking van andere factoren bij de wetgeving uitsluit, wordt op de uitvoerende macht inbreuk gemaakt, door haar aan regelen

¹⁾ CONINCK LIEFSTING in Bijdragen enz. t. a. p. blz. 51.

(in dit geval: de uitspraak eener rechtsmacht) te binden. Met andere woorden: de ideëele eenheid der uitvoering is ongeschonden, al doet men geschillen van bestuur door den administratieven rechter beslissen, gelijk de ideëele eenheid der wetgeving bewaard blijft, al heeft de Vertegenwoordiging eene stem bij de vaststelling van den inhoud daarvan. Nopens *geschillen van bestuur* derhalve is de slotsom, dat het voorbehoud van 's Konings beslissing (ook in de artt. 68 en 132 der Grondwet) redelijken grond mist. De eenheid der administratieve rechtspraak eischt, dat ook dit onderwerp te harer kennismeming kome.

En even klemmend is die eisch voor de *staatsrechtelijke geschillen*. Te dien aanzien levert ons Staatsrecht niet den minsten waarborg, dat de administratieve rechtspraak één streek houdt. In tal van wetten, waarvan men enkele voorbeelden vermeld kan vinden bij den heer DE JONGE ¹⁾, is de regeling van den rechtsgang verspreid. Haar fragmentarisch karakter blijkt uit de toevoeging zelve des schrijvers, dat »de kennismeming van administratieve geschillen, met of zonder hooger beroep op den Koning, aan »Gedeputeerde Staten of aan andere administratieve collegiën »is opgedragen, hetzij aan de kroon zelve in eersten aanleg »is voorbehouden.» Waar de procesvorm zóó beweeglijk is, dat hij allerlei paden volgt, zonder vastheid van tred, zonder stelselmatigen aanleg, moet zelfs het terrein voor eene rechtspraak in eigenlijken zin nog geschapen worden. Haar kenmerkend karakter is, hetgeen trouwens het woord genoegzaam aanduidt, centralisatie van *rechtsstoepassing*. Dat zij daardoor, voorzeker indirectelijk doch somtijds zeer merkbaar, op de *rechtsvorming* mede invloed oefent, is een voordeel, doch niet de hoofdzaak. Tot roeping heeft zij: aan te wijzen wat recht is — niet hier of daar, maar onder gelijke omstandigheden overal in den Staat. Zij onderstelt derhalve een instantiënloop naar gezet plan, als regel met eene spits, — men noeme haar: beroep of cas-

¹⁾ DE JONGE. Administratie en Justitie t. a. p. blz. 6.

satie, mits men steeds denke aan een *uiterlijk gewijsde* — die de onderscheidene trappen van jurisdictie bekroont. Dergelijke samenhang is noodig, opdat er aan de hand der feiten verband en stevigheid kome in het recht, veraanschouwelijkt door het twistgeding. Daardoor alleen kan objectiviteit van het recht, dat immers als levensregel dienst doen moet, verkregen worden. Het lijnrechte tegendeel evenwel ontwaren wij in de zoo even van bevoegde zijde gekenschetste administratieve rechtspraak. Nu hier dan ginds, al naar het valt, onder dak gebracht, loopt zij groot gevaar, bij gebreke van een hoogste regulatief, eene plaatselijke kleur te krijgen. Precedenten bij hetzelfde college, vlijtig geraadpleegd en gevolgd, missen het tegenwicht, dat in de judiciële samenvatting van alle gelijksoortige gevallen en hare verwijzing naar één hoogsten rechter gelegen is. Dit alles kan men rechtspraak *noemen*, maar het is er verre af dat zij het *wezen* zal.

c) *Zelfstandigheid van karakter.*

Het was de bedoeling haar te verzekeren aan het deel der administratieve rechtspraak, dat aangeduid is in het reeds vermeld art. 23 der wet nopens den Raad van State. Men wilde de Afdeeling voor het *contentieux administratif* niet enkel advies maar beslissing doen uitbrengen. De poging is mislukt, hoezeer erkend werd, dat art. 72 slot-alinea der Grondwet niet in den weg staat, en art. 71 Grondwet op dit stuk vrije hand laat. Ook hier gaf de heer GODEFROI, destijds Minister van Justitie, den grond voor het vermeende beletsel: »Moet nu de Staat, om de rechten »die voortvloeien uit zijne betrekking als Staat, tegenover »de bijzondere personen als staatsburgers te doen gelden »of tegen deze, wanneer zij bestreden worden, te verdedigen, zich onderwerpen aan de beslissing van den burgerlijken rechter, dan spreekt het immers van zelf, dat het »uitvoerend gezag op dat gebied, dat ver strekt, afhankelijk »wordt van de rechterlijke macht. Daarin ligt, naar mijn

»inzien, de reden, waarom de opdracht der beslissing over
»geschillen van bestuur aan den burgerlijken rechter on-
»denkbaar is. Geschiedde het, de beslissing van den gewonen
»rechter zou door het uitvoerend gezag moeten geëerbiedigd
»worden en opgevolgd: de rechterlijke macht zou dus ook
»hier gebiedster zijn. En wat zou dan dat uitvoerend gezag
»worden, wat anders, dan het werktuig der rechterlijke
»macht ter executie harer beslissingen? Want met de macht
»om over regeeringsrechten te beslissen, gaat de Regeering
»zelve over in de macht van hem, die beslist. Eenheid en
»ondeelbaarheid van het uitvoerend gezag gaat daarmee
»onmisbaar verloren. Ziedaar de reden, waarom de recht-
»terlijke macht moet blijven uitgesloten van de beslissing
»der hier bedoelde geschillen.»

Ik ontleen de plaats aan het opstel van den heer CONINCK LIEFSTING ¹⁾, die (behalve voor geschillen van bestuur) zelfstandigheid van administratieve rechtsmacht begeert, en deze aan den *burgerlijken* rechter opgedragen wil zien. Dat ik noch op dit laatste punt (de competentie des *civiel*en rechters), noch wat het voorbehoud betreft (de uitsluiting van bestuursgeschillen), met zijne zienswijze mij vereenigen kan, is sub *a* en *b* gebleken. Zelfstandigheid van administratieve rechtspraak is in mijn oog alleen dan begeerlijk, wanneer zij naar specialen procedurevorm door een *publiek-rechtelijken* rechter wordt gehandhaafd. Anders zou de winste, in haar gelegen, allicht worden opgewogen door het nadeel, onafscheidelijk verknocht aan vermenging van attributen. Onder deze uiterst gewichtige reserve echter is het mij niet mogen gelukken het betoog van den heer GODEFROI te begrijpen zelfs, laat staan te beamen. Veroorloven wij ons ettelijke kanteekeningen. Er ontstaat geschil over het publieke recht van den Staat tegenover een burger ter zake van den militieplicht b. v. — om korthedshalve tot deze *species* ons te bepalen. Eenerzijds begeert de Staat zijn wil door te drijven: een persoon tot dienstvervulling te dwingen. Aan den anderen kant wordt de bevoegdheid

¹⁾ CONINCK LIEFSTING in Bijdragen enz. t. a. p. blz. 51.

daartoe ontkend : vrijstelling beweerd. Hoe hebben wij zoolwel die begeerte als dat verzet te kenschetsen? *Toch zeker als een strijd over het recht.* Dat is, *beide* partijen plaatsen zich op het standpunt, dat *het recht* ondersteld wordt hetzij aan gene, hetzij aan deze zijde te zijn. Is dit de bedoeling niet, — is men van oordeel, dat eene der beide partijen, *in thesi* bevoegd is ook *onrecht* te doen, dan voorzeker komt een rechtsstrijd niet te pas, omdat wij dan verkeeren in de sfeer van *het geweld*. Hier wint het de Staat steeds, omdat hij machtig en de burger zwak is. In ernstig betoog echter te beweren, dat er voor de *Staatsmacht* ruimbaan moet zijn, *ook ten koste van het recht*, is nog niemand ingevallen. Zij, die het meenen, zeggen het niet. En zij, die het zeggen, weten er ten minste een minder brutalen glimp aan te geven.

Alzoo er is sprake van een strijd over het recht. Iedere partij beweert tot hare handeling *gerechtigd* te zijn, *implicit* dus erkent zij hare gehoudenheid tot verandering van gedragslijn, zoodra men haar aantoot, *dat zij onrecht heeft*. Met die taak nu pleegt, bij meeningsverschil, in den welgeordenden modernen Staat de rechter zich te belasten. En dat hij, orgaan van het recht, zijn wil, die nu niet meer wil tout court, maar *rechtswil* (op rechtsgronden steunende wil) is, klem bijzetten kunne, daarvoor is, gelukkig, in onze maatschappij gezorgd. Herlezen wij thans, en in dit licht, de bedenkingen van den heer GODEFROI. »Moet de Staat »*zich onderwerpen* aan de beslissing van den rechter, dan »spreekt het immers van zelf, dat het uitvoerend gezag op »dat gebied, dat ver strekt, *afhankelijk* wordt van de recht- »terlijke macht.” Zeer zeker, spreekt dit van zelf. En wij mogen den Hemel danken, dat ons rechtsbewustzijn het als van zelf sprekend opvat. Want niet geringe beroering en schokken heeft het gekost, eer het beginsel : *dat de Staat naar rechten handelen moet*, uit de school in het leven getreden is. De geschiedenis van den *Rechtsstaat* is de doorloopende commentaar op dit beginsel. Tegen *dit* en geen ander denkbeeld, de ware kern van geheel ons Staatsbegrip

reageeren zij, die in bedoelde *onderwerping* en *afhankelijkheid* een smaad zien. Handelend naar rechten, moet ge, wie ge zijt, Staat of burger, des vereischt gedoogen ook naar rechten behandeld te worden. Den actieven vorm der leidende gedachte te erkennen, en tevens haren passieven vorm te verwerpen, is feitelijk onmogelijk, omdat het logisch ondenkbaar is.

Er schuilt dan ook in de gansche voorstelling van den heer GODEFROI een plooi, die de hoog ernstige zaak door zonderlinge woordenkeus op vreemd terrein overbrengt. »Geschiedde het, de rechterlijke macht zou ook hier *gebiedster* zijn. En wat zou dan dat uitvoerend gezag worden, »wat anders, dan *het werktuig* der rechterlijke macht ter »executie harer beslissingen?» Al de door mij gecurciueerde woorden, die een climax vormen : *zich onderwerpen*, *afhankelijk*, *gebiedster*, *werktuig*, zijn de vrucht van zelfmisleiding, derhalve, natuurlijk volmaakt te goeder trouw, er op berekend valsch effect te maken. Indien de Staat *onderworpen* en *afhankelijk* is, vreemd *gebod* naleeft, of tot *werktuig* zich verlagen laat, pleegt hij zelfmoord. Maar de verwante woorden dekken hier hemelsbreed verschillende *begrippen*. Er is sprake, dat het nogmaals gezegd en niet vergeten worde : van een strijd over het recht. Daarin moet *vonnis* komen. Vonnis, van wien? Van eene der beide partijen zelve? Evidentelijk, neen — immers tot zoolang men betoogd zal hebben de wenschelijkheid, dat iemand zij partij en rechter tevens. Alzoo van eene macht in den Staat, die binnen de grens harer bemoeiing, bevelen geven mag en moet, *doordien zij in het gelijk of in het ongelijk stelt*. Stel dit laatste treft den Staat. Is hij nu, het rechterlijk bevel nalevend, aan de rechterlijke macht *onderworpen*, van haar *afhankelijk*, haar *werktuig*? Het zijn immers louter metaphoren, beelden wier overdrachtelijke beteekenis alles behalve onschuldig is. Inhoeverre is *deze onderworpenheid* en wat dies meer zij, met de noodwendige hoogheid van den Staat onbestaanbaar? Bestaat die hoogheid wellicht hierin : te kunnen doen, wat hij wil, *al heeft hij ongelijk*?

De doorgaande misslag der voorstelling is, dat zij in stede van te *specialiseeren* gelijk behoort, *generaliseert*. De tusschenkomst des rechters, ook op publiekrechtelijk gebied, geldt uitsluitend de feiten, die bij hem aanhangig worden gemaakt. Daarover alleen beslist hij. Binnen de grenzen nu der uitspraak, voor de feiten derhalve, die haar veroorzaakten, is zeker, en met volle recht, de vrijheid van handelen opgeheven. Bleef zij des ondanks bestaan, het zou zijn een vrijheid tot willekeur. Doch onaangeroerd blijft natuurlijk de volle ruimte van beweging, die de Staat voor zijne doeleinden behoeft, en die ligt buiten het speciale betwiste gebied. Het moest eigenlijk onnoodig zijn, eene banaliteit als deze opzettelijk te betoogen. Doch de diep-gewortelde dwaling schijnt allerlei herschenschimmige beduchtheden te wekken. Zoo zegt de heer GODEFROI voortgaande: »Want met *de macht om over regeeringsrechten* »te beslissen, gaat de Regeering zelve over in de macht »van hem, die beslist." *De macht* OVER REGEERINGSRECHTEN! Maar wie vergt dan, dat de Staat van *die* macht afstand doe? Wie wil *haar* bij den rechter overgebracht zien? Wie kan zelfs een dragelijk denkbeeld zich vormen van een staatsrechtelijken toestand, waarin de *regeeringsrechten* — etymologisch en syntactisch: de rechten *der* regeering — *niet* bij haar zouden berusten en verblijven?

Men gevoelt, dat hier geen woordenoorlog wordt beoogd. *Regeeringsrecht* is: het terrein van Staatswerkzaamheid naar vereisch van zaken af te bakenen. Het middel daartoe kan nooit zijn *uitvoering*, maar is *wetgeving*. Aan de Regeering staat het te waken voor het publiek belang, — ditmaal is de aanduiding op hare plaats. Wordt daardoor Staatsbemoeiing noodig, het is niet enkel recht maar plicht der Regeering, haar, met inachtneming der constitutioneele vormen, in het leven te roepen. Blijven wij bij ons geval. De vraag: zal er eene militia, dan wel algemeene persoonlijke dienstvervulling zijn? — ziedaar eene vraag van regeeringsrecht. Zij betreft de inrichting van een der hulp-

middelen, die de Staat tot zijne verdediging behoeft. Hare oplossing door de constitutioneele factoren scheidt den rechtsbodem, waarop deze uiting der Staatsmacht zich bewegen kan. Maar bestaat eens de wet, die dit doel heeft, alzoo b.v. die op de nationale militie, *dan is de beslissing: of het enkele geval onder haar al of niet ressorteert, niet een regeeringsrecht*. De rechter, die op dit stuk zelfstandig vonnis geeft, neemt den Staat geene macht uit handen. Hij maakt geen inbreuk op de rechten van regeering, der laatste ongetwijfeld toekomstige. Hij verklaart niet, generaliseerende: er zal zijne eene nationale militie, aldus de regeering overnemen. Hij zegt alleen naar aanleiding van een bijzonder geval: zoolang deze wet bestaat, is zij geldig voor en ook tegen den Staat. Zoover het vonnis reikt, is nu de Regeering daardoor gebonden. Daarmede echter gaat DE REGEERING niet »over in de macht van hem, die beslist." Men zou even goed kunnen beweren, dat, waar de rechter mij, houder van een cognossement, in het ongelijk stelt, hij het eigenlijk is, en niet ik het ben, die over mijne firma beschikt. De Staat mist krachtens vonnis een man in zijn leger — beschikking over regeeringsrecht. Mij wordt krachtens vonnis eene lading onthouden, waarop ik aanspraak maakte — beschikking over handelskapitaal. Les deux se valent.

Tot dusver is betoogd, dat de eenige bedenking, die tegen de zelfstandigheid der administratieve rechtspraak werd aangevoerd, niet zwaar weegt. Met deze negatieve aanbeveling echter behoeft zij niet te volstaan. De positieve drangreden tot hare invoering is de onregelmatigheid, waartoe men thans zijne toevlucht moet nemen, om ten minste eenigszins haar gemis te vergoelijken. Men beroept zich eenerzijds op de vormen, voorgeschreven in de wet nopens den Raad van State (artt. 40 en 41), ingeval zijn advies bij ministeriële beschikking wordt ter zijde gesteld. Aan den anderen kant verwijst men naar de ministeriële verantwoordelijkheid als waarborg tegen eigendunkelijke wetsuitlegging. Dat het eerste een schijngrond en geen

argument is, ligt voor de hand. Niet alle administratieve uitspraken bereiken den Raad van State. Uitsgesloten van zijne kennisneming zijn de tallooze gedingen, waarin andere administratieve colleges in het hoogste ressort uitspraak doen. Voor de overigen ontkent niemand, dat het gevoelen van bedoeld Staatslichaam feitelijk gewicht in de schaal zal leggen. Niet echter om zedelijken steun ten behoeve eener gedingvoerende partij is het te doen. Wat zij verlangt, is daadwerkelijke beslissing. Waar deze ressorteert, berust de macht in het concrete geval. De rechtsbedeeling mag niet wezen eene gunst, waarvoor men dank te zeggen, zij moet zijn een plicht, op de vervulling waarvan men aanspraak heeft. De minister *kan* afwijken. Hij *zal* het niet of zelden doen, zegt men. Des te beter, maar de gebeurlijkheid wordt daarmede niet ontkend, dus het bezwaar niet opgeheven. Van tweeën een. Of de regel stelt u gerust, waarom hem dan niet tot wettelijken waarborg verheven? Of de uitzondering houdt ge *in petto*. Erken alsdan, dat er reden tot ongerustheid bestaat.

Hier juist laat men de ministeriële verantwoordelijkheid dienst doen. Welke bedoelt men, de staatkundige of de strafrechtelijke? De staatkundige verantwoordelijkheid is als subsidiaire waarborg erger dan de kwaal. Zij laat de verongelijking bestaan, omdat de Staten-Generaal, die in talrijke schakeeringen het middel hebben om den minister hun wantrouwen kenbaar te maken, tot redres van grieven buiten machte zijn kunnen. Dit laatste nu ware noodig, zal de burger, die recht eischt, op de Vertegenwoordiging zijne hoop kunnen vestigen. Het al of niet aanblijven van een minister kan eene genoegdoening zijn, rechtspraak is het slechts uit de tweede hand, over den dader niet over de daad. Doorweven van tallooze »politieke consideratiën» is de staatkundige verantwoordelijkheid het tegendeel van wat de justitie behoeft: blinde, onpersoonlijke, om niets en om niemand ter wereld zich bekreunende de onpartijdigheid. Op den rechterstoel zich plaatsende, verwringt de Vertegenwoordiging haar karakter en handelt met de Grondwet

in strijd, die met zoo vele woorden rechtsmacht haar ontzegt (art. 194 Gw.). Hoe meer zij dit verboden terrein nadert, des te erger, naar de juridische opvatting althans van het Staatsrecht. Het allengskens ingeslopen parlementaire misbruik om, naar aanleiding of ter gelegenheid eener wet of begrooting, over zijdelings haar rakende daden van uitvoering een oordeel uit te lokken, kan noch verhoed noch bestraft, doch moet hoogelijk gelaakt worden. ¹⁾ Dat men wet of begrooting »om redenen daarbuiten» niet afstemmen mag, is platweg een axioma. Gezegd is het honderd malen, doch even vaak te vergeefs. De reden is verklaarbaar en psychologisch. Niets schijnt den gezaghebber zóó moeilijk als zelfbeperking, niets zóó gemakkelijk als machtsoverschrijding onder den dekmantel van plichtsbetrachting.

De staatkundige verantwoordelijkheid alzoovervangt de zelfstandige administratieve rechtspraak niet, zij verslimmert het gemis daarvan. De strafrechtelijke verantwoordelijkheid verdient, wat haar plaatsvervangend karakter betreft, — en dit alleen kan bedoeld zijn — geen betere waardeering. Te haren aanzien zegt Pözl: »Wir können »schwer glauben, dass diese Bezugnahme auf die Verantwortunglichkeit der Minister als auf ein Aequivalent einer »richtenden Verwaltungs-Instanz ernstlich gemeint sei. »Abgesehen davon, dass die Volksvertretung durch das »Zwei-Kammer-system in der Erhebung der Anklage in einer »Reihe von Fällen gehindert wird, wo materiell eine Gesetzverletzung vorliegt, wo man aber, sei es wegen Geringfügigkeit der Sache oder aus politischen Gründen eine »Anklage zu erheben Anstand nimmt, ist die Organisation

¹⁾ Voorbeelden uit de jongste begrootingsdiscussie:

motie-KEUCHENIUS: de Kamer verdage de invoering der onderwijswet tot na de wettelijke regeling van het kiesrecht.

motie-MOENS: de Kamer dwinge door een memorie-post tot invoering der onderwijswet.

motie-DE JONG: de Kamer dwinge door een begrootingspost tot indiening eener wet op de historische gedenkteekenen.

»der Volksvertretung nicht dazu angethan, die hier in »Frage stehende Abhilfe gewähren zu können. Sie ver- »sammelt sich nur periodisch, und hat bei ihren Zusam- »menkünften in erster Linie andere Aufgaben zu lösen, als »Beschwerden für begründet zu erklären oder Anklagen zu »formuliren. Gerade weil die Verantwortlichkeit der Mi- »nister für sich nicht ausreicht, um die öffentlichen Rechte »der Staatsgenossen zu gewährleisten, darum fordert man »eine richterliche Instanz hiefür!"¹⁾

Inderdaad is dit wapen veel te log en te zwaar voor het gewone gebruik. De wet dd. 22 April 1855 (Stbl. no. 33) eischt voor de strafbaarheid van ministers, natuurlijk te recht, opzet. (art. 3). Daardoor is zij een paradedruk, dat bij feestelijke gelegenheden (overzichten voor het buitenland bestemd, promotie-thesen en wat dies meer zij) voor den dag gehaald wordt, overigens echter rustig blijft in het legislatieve tuighuis. Wat dunkt u van een minister, die *met opzet* de wetten schendt? Daar is echter eene zeer breede *marge*, waarop men, ook zonder opzet, zich bewegen kan, eene vruchtbare bron van zeer ernstige verongelijking. Dienstijver, fiscaliteit, routinegeest, bureaucratische slender, halstarrige betweterij, onvoldoende rechtskennis — zij beveiligen tegen strafvervolging, wie echter beveiligt tegen hen?

In beide hare gedaanten alzo is de ministeriële verantwoordelijkheid tot het doel, waartoe men haar bezigen wil, onbruikbaar. Zij is een surrogaat, dat, op een afstand gezien, tamelijk groot vertoon maakt, van nabij, zeer bescheidene afmetingen heeft, of erger, in verkeerde richting werkt. De zelfstandige administratieve rechtsmacht daarentegen past in den constitutioneelen Staat, die op ieder gebied recht te verwezenlijken heeft. Zij ontheft van valsche en draagt de ware verantwoordelijkheid over op eene macht, die in de vormen rechtens, kennis nemen en beslissen kan. Zij ontlast alzo Regeering en Vertegenwoordiging van tal van beslommingen, die beiden vreemd behooren te

¹⁾ Pözl in Krit. Vierteljahrschr t. a. d. X blz. 128.

blijven. Het landsbestuur is regeeringszaak. Noodeloos echter wordt die taak verzwaard, indien zij behalve het algemeene voorschrift ter zake der uitvoering, ook rechtspleging in het bijzondere geval omvat. Wordt daartoe eene publiekrechtelijke magistratuur aangesteld, de eenheid, die geheel het rechtswezen kenmerken moet, zal allengs verkregen worden op een gebied, dat vooralsnog uit juridisch oogpunt het meest stiefmoederlijk is bedeed.

Hiermede neem ik afscheid van LABAND's arbeid, gelijk gebleken is, *a suggestive work* in den volsten zin des woords. Ook na aftrek van veel, dat tot Duitsche toestanden betrekking heeft, loont de ernstige studie van dit boek den buitenlandschen lezer ruimschoots. Il ne s'agit pas de faire lire, mais de faire penser; — voor ieder goed geschreven werk geldt deze maatstaf. Men zal hier niet te vergeefs hem bezigen. Indien er ééne zaak is, die theorie en practijk ook van ons Staatsrecht kenmerkt, het is de ontstentenis van de juridische methode. Het publiekrechtelijk denken veroorlooft zich maar al te vaak, in woord en geschrift, vrijheden, die aantoonen, dat de strenge gymnastiek des geestes als weelde schijnt te worden beschouwd. Voor het privaatrecht is men wel zoo goed dit gareel te dulden althans. De staatkunde daarentegen schijnt, immers naar veler oordeel, het daarbuiten te kunnen stellen. Deze is het worstelperk voor »*de partij*» — het kamp, waarin allerlei leuzen worden aangeheven, ontleend aan het vaste formulierboek van het kiezersvolk. Door deze bij uitstek willekeurige indeeling wordt niet zelden de gedachtenloop beheerscht ook van hen, die krachtens de volkskeuze aan het landsbestel deel nemen. Hier kan de beoefening van het Staatsrecht, als zelfstandig recht, onschatbare diensten bewijzen. Zij sluit den hartstocht buiten en doet het denkend verstand zijne rechten hernemen. Een verschil in levens- en wereldbeschouwing, in temperament en gemoedsaanleg zal er bij de burgers van denzelfden Staat steeds zijn. In zooverre de »*partij*» van dit alles de

uitdrukking is, heeft zij onmisbare reden van bestaan. Doch de stroeve tegenstelling behoort te worden afgerond door den eisch der rechtsgemeenschap, en ook het staatkundig antagonisme moet den rechtsteugel zich getroosten. Boven der partijen lof of blaam staat de man, wien het Staatsrecht vóór alles recht is. Wat strekken kan om door middel van het universitair onderricht deze overtuiging post te doen vatten, en deze, ook ten onzent niet overbodige, les in te prenten, mag niet worden verwaarloosd. 1)

Eene streng rechtskundige behandeling van het Staatsrecht schijnt in ieder opzicht derhalve eisch van het oogeblik. Zal de geëerde Redactie van dit Tijdschrift mij de gulle bekentenis veroorlooven, dat ook zij harerzijds daartoe medewerken kan? Beproeven wij het, op gevaar af dat het ongevraagd advies ter zijde gesteld worde. Zegt niet HILDEBRAND, dat ieder rechtgeaard concert eindigt met eene ouverture? Welnu, ik moet zonder omwegen verklaren, dat het opschrift van de Afdeeling *D.* in het rechtsgeleerd Bijblad tot dit Tijdschrift mij een doorn in het oog is. *Gemengde Zaken* — is het niet als zag men den stumper, die dit opschrift heeft, niet voor vol aan, en duldde men hem slechts oogluikend binnen »rechtsgeleerden» kring? *Gemengd* — waarmede? Telkens vraag ik het mij af, en nooit kon ik een antwoord vinden. Indien men in eene courant de rubriek *gemengd nieuws* leest, verkeert men in die moeilijkheid niet. Men vult dadelijk aan: *nieuws* gemengd met *ouds*. Maar hier? De bedoeling

1) Ook in Duitschland schijnt men van deze meening. Ik lees in de Augsburger Allg. Zeitung dd. 11 Dec. blz. 5079: »Die »rechts- und staatswissenschaftliche Facultät der Hochschule Strassburg beschloss, um Hrn Professor Dr. LABAND einen Ausdruck »ihres Dankes dafür zu geben dass derselbe die ihm angebotene »Stelle eines vortragenden Rathes im preussischen Justizministerium abgelehnt und seinen Lehrstul behalten hat, zu Ehren dieses ihren geschätzten Lehrers am 13 Dec. einen Commercis zu veranstalten. Der Prinz Ernst von Sachsen-Meiningen ist dem Festcomité beigetreten und »hat die Uebernahme des Präsidiums während des Commerces zu »gesichert.»

zal toch niet zijn, dat recht enkel privaatrecht is, en de rest, nu ja, weet ge, ook wel recht, maar toch niet zoo geheel onverbasterd, zoo geheel van zessen klaar recht heeten mag? Ronduit gezegd, er schijnt mij in de taalkundig onverdedigbare aanduiding iets van dien aard te schuilen. Ware dit echter het geval, het zou zaak zijn geen voet te geven aan een dwaalbegrip, waarin allerminst door onze Redactie kan worden gedeeld. In twee richtingen beweegt zich het rechtsleven, en voor zoover het tot rechtspraak aanleiding geeft, levert het de stoffe hetzij tot *privaatrechtelijke* hetzij tot *publiekrechtelijke* zaken. Waarom aan eene Afdeeling onthouden de naam, die van wege het recht en de taal haar toekomt?

Amsterdam, December 1879.

d. 8103

L.

2