

**DE NATURA
PRINCIPIORUM IURIS INTER GENTES POSITIVI**

D I S S E R T A T I O

QUAM

CONSENSU ET AUCTORITATE

ILLUSTRIS IURISCONSULTORUM ORDINIS

**IN UNIVERSITATE LITERARUM CAESAREA
DORPATENSI**

A D G R A D U M

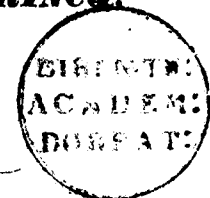
DOCTORIS IURIS UTRIUSQUE

RITE ADIPISCENDUM

CONSCRIPSIT ET PUBLICE DISCEPTANDAM PROPOSUIT

AUCTOR

AUGUSTUS BULMERINCQ.



DORPATI LIVONORUM,

TYPIS HENRICI LAAKMANNI.

MDCCCLVI.

V I R O

PERILLUSTRI ATQUE EXCELLENTISSIMO

Carolo Eduardo Otto

PHILOSOPHIAE ET IURIS UTRISQUE

DOCTORI,

ACTU A CONSIL. PUBL., IURIS CIVILIS TAM ROMANÆ
QUAM GERMANICÆ ORIGINIS, IURIS ADMINISTRATIONIS
GENERALIS ET IURISPRUDENTIÆ PRACTICÆ

P. P. O.

PIO GRATOQUE ANIMO

D. D. D.

AUCTOR.

Imprimatur

haec dissertatio ea conditione, ut, simulac typis excusa fuerit, numerus exemplorum lege praescriptus collegio tradatur ad libros explorandos constituto.

Dorpati Liv., die 26. mens. Maji a. 1856.

(No. 94.)

C. a Rummel,
h. t. Decanus J. C.

D18422

PRÆFATIO.

Abhinc tres annos, quum ad obtinendam veniam legendi in historia iuris asyli ab antiquissimis inde temporibus illustranda versarer, uberius exposui¹⁾, iuris publici doctores perperam attulisse perfugium ac praesidium salutis, ut probarent, fugitivos, qui admiserint crimina, non esse tradendos nationibus exteris. Tum quidem mihi fuit ignotum,

1) Das Asylrecht und die Auslieferung flüchtiger Verbrecher. Dorpat, 1853.

Mohlium²⁾ et Bernerum³⁾ operam navasse iuri asyli explanando. Quorum literis clarissimorum virorum perlustratis futurum esse speravi, ut prae illis commentatio mea propter historicam, quam complectitur, iuris asyli expositionem non plane inanis haberetur. Neque tantum, quod fieri posse non arbitrabar, historica illa, quam dixi, explicatio, publico humanissimoque iudicio satis est probata⁴⁾, verum etiam Mohl alteram commentationis meae partem, de maleficis exhibendis agentem, auctoritate et consensu suo firmavit⁵⁾.

Qua doctissimorum hominum benevolentia erectus iam mihi proposui, quam nuper indicavi⁶⁾, quaestionem de summo iuris inter

2) v. Mohl, Revision der völkerrechtlichen Lehre vom Asyl, in Zeitschrift f. d. ges. Staatsw. 1853, pag. 461 seqq.

3) Berner, Wirkungskreis des Strafgesetzes nach Zeit, Raum und Personen. Berlin, 1853.

4) Conf. v. Mohl, Gesch. d. Staatsw. pag. 451 seqq., Mittermaier in Archiv d. Criminalr. 1855. 1. pag. 133 et Gersdorfii Repertor. 1857. XII. iv. pag. 133 seqq.

5) Conf. v. Mohl l. c.

6) Conf. Bulmerincq, das Asylr. p. 145.

gentes principio institutam in lucem proferre. Quo difficilior esse, ut rerum periti iudicabunt, illa quaestio videtur, eo minus eam cum pulvisculo exhaurire possum.

Verum ut id, quod volui, persequerer, consentaneum mihi visum est, primum multas et discrepantes excutere sententias, de principio iuris inter gentes propositas, tum quid ego de tota re sentirem, paulo uberius demonstrare. Neque tamen Hugonis Grotii scriptorumque, qui ante fuerunt, neque veterum opiniones spectavi, sed tantummodo literas criticas inde a Gagernii aetate emissas. Nam doctam antiquitatem transii, quia eius praecepta longe differunt ab iis, quae nostra memoria vigent, et Kaltenborn⁷⁾, vir doctissimus, omnes eos iam satis censuit auctores, qui ante Gagern scripserunt. Kaltenborn autem, qui nonis annis abhinc de ea re commentatus est, certa quadam, ne dicam praeconcepta sententia ductus

7) v. Kaltenborn, Kritik des Völkerrechts, 1847.

minus recte et circumspecte sui ipsius temporis scriptores diiudicasse videtur. Censendae sunt praeterea aliae quaedam commentationes, post librum a Kaltenborn conscriptum de iuris inter gentes principiis editae.

Sed haec hactenus. Rogo atque oro rerum peritos, ut hanc commentationem meam liberaliter excipiant.

PROÆMIUM.

Omnes omnino doctrinae, quae sunt inter se cognatae, sive eas in universum, sive singulas earum partes spectaveris, severa demum limitatione necesse est excolantur, qua et ratio ad certam illarum formam componendam satis par atque idonea repetatur, et ipsa earum tractatio ad vitam adhibenda cernatur.

Quae momenta nos quidem, qui in conferendis ad usum iuris praeceptis, quae in his vitia insint, saepe sumus experti, non possumus inter se disjungere. Hanc sententiam ut tueamur, Savinium, longe principem nostrae aetatis iuris consultorum, testem producere nobis liceat, qui ipse omnem salutem in eo positam esse arbitratur, ut quodammodo theoretici omnes, ut ita dicam, practicam, practici theoreticam mentem excolant sibi que conservent. Nam quum absoluta exstiterit theoriae a $\pi\alpha\tilde{\alpha}\xi\iota$ seiunctio, periculum, ut vir ille gravissimus statuit, evitari non poterit, ne theoria ad ludum inanem, $\pi\alpha\tilde{\alpha}\xi\iota\varsigma$ ad merum quaestum delabatur ¹⁾.

¹⁾ v. Savigny, Syst. d. heut. röm. R. Vol. I. Praef. pag. XX. Conf. etiam pag. II.

Hinc limitatio illa, qua opus esse diximus, procedere non potest, nisi ratione simul habita fori usus et tractationis. Fieri igitur illa tum demum poterit, quum primum, quid singulae quaeque doctrinae, si ad vitam referantur, spectent, cognitum atque inde, quid ipsis contineatur, fuerit confirmatum. Disciplina omnis, et prae ceteris quidem iuris scientia, vitae, neque vita disciplinae causa existit. Itaque pro vitae usu, quod disciplinis singulis tribuendum sit argumentum, necesse est investigetur. Argumentum vero, quod investigaveris, ut sit ab omni parte expletum et distinctum, ad summum principium, quod pariter disciplinae indoli ac vitae usui respondeat, videtur esse referendum. Hoc quidem certissime dicatur de singulis iuris et rerum publicarum scientiae partibus, nec de iis tantum, quae ad ipsam vitam spectant, sed etiam de omnibus aliis. Historia iuris, ut exemplo utamur, vix amplius id, quod ei est propositum, explere videtur, nisi initia iuris vigentis atque incrementa explicat, sola enim rerum antiquarum collectio nulla est historia iuris²⁾.

Iam difficile est, a priore invenire artium doctrinarumque principia ac fundamenta. Ubi vero haustum fuerit disciplinae alicuius argumentum ex vitae usu ac rerum natura, ibi summa illa principia facile patebunt.

Quibus sententiis expositis, si ad iudicandas, quae in artibus versantur, tractationes iuris inter gentes positivi (des positiven Völkerrechts) accedamus, profecto — studiis sane

2) Similiter statuit excellentis vir ingenii Puchta, Curs. d. Instit. 1845. Vol. I. § 34.

diversis spectatis, recentiore potissimum tempore ad investiganda illius principia collatis — eo res fere prima specie perducta videtur, ut principia non modo reperta, sed etiam ad artis formam redacta esse videantur.

Neque tamen, etiamsi prosperos et inter se congruentes ars critica exhibuerit successus, ad hoc usque tempus facile quisquam principia detecta revera arte conclusa satis expedit³⁾. Nam novissimus isque prudentissimus nostrae aetatis scriptor, qui certam quandam iuris inter gentes formam composuit, Heffter sane acerrimos, quos in eum Kaltenborn⁴⁾, Stein⁵⁾ et Puetter⁶⁾ fecerunt impetus, his fere verbis remove re studuit: „Was in gehaltvoller Beurtheilung namentlich von Puetter, Stein und Kaltenborn erinnert, vermisst oder gerügt worden ist, habe ich ernstlich erwogen, nur hat es zu keinen wesentlichen Aenderungen führen können. Die Standpuncte, die Tendenzen eines ernsten Studiums sind nicht leicht zu wechseln; das Gedeihen darin hängt von den zu Gebote stehenden Kräften ab“⁷⁾. — Qua sententia declarata fieri non potuit, quin ipsa editio tertia operis Heffteri⁸⁾ quidquam in ea re gravius immutaret:

3) Mohl (Gesch. d. Staatsw. 1855. Vol. I. pag. 385) recentissimo etiam tempore argumentatus est, quaestiones criticas, quae susceptae sint de primis iuris inter gentes fundamentis, minime adhuc finitas, aliqua etiam parte ne vera quidem ratione tractatas esse.

4) Cf. v. Kaltenborn, Krit. d. Völker. 1847, pag. 208 seqq. et Berl. Jahrb. f. wissenschaft. Krit. 1846. Col. 868—891.

5) Cf. Hall. allg. Lit.-Zeit. 1845. Vol. I. Col. 121—125, 129—145.

6) Cf. Richter's (Schneider's) Krit. Jahrb. f. deutsch. Rechtsw. 1845, pag. 772—812.

7) Cf. Heffter, d. europ. Völkerr. Edit. II. Praef. pag. VIII.

8) 1855.

nec sane ulla omnino inducta est principiorum mutatio. Quodcumque recenti editione acquisitum est, id non spectat nisi ad leviores quasdam orationis contextae emendationes adiectosque aliquot locos, quorum sententias auctor parum respexit (cf. e. g. § 63), nec non ad receptam modo aliquatenus (a § 241 ad 244) partem novam, quae inscripta est „Besondere Anstalten für den socialen Verkehr der Völker“, quam partem, etsi declarata sit, quam supra diximus, sententia, nihilo tamen secius iudicio doctissimorum hominum Kaltenborn⁹⁾ et Stein¹⁰⁾ nos debere videmur.

Haud immerito a plerisque criticis operi a Heffter edito maxime obiectum est, quod nullum — uti iam ab illis est demonstratum — certum et constans principium uberius accuratiusque explicatum esse videatur. Quodsi autem necessitas eluceat, iuris inter gentes disciplinam ad certam formam redigi, at ea forma nondum inventa neque omnibus numeris absoluta appareat, nobis hoc loco liceat, quaestionem de principiis propositam iterum pertractare et illustrare.

Omnis literarum amor ex sola earum cognitione oritur, ea autem cognitio quum in ceteris omnibus, tum in singulis iuris disciplinis certis nitatur principiis. Iam B. Winkler (1614) haec de ea re protulit: „Qui iurisprudentiae operam daturi veram solidamque sibi iuris cognitionem ex-

9) Cf. Berl. Jahrb. f. w. Krit. l. c. col. 885. et v. Kaltenborn, Krit. d. Völkerr. pag. 211.

10) Cf. Hall. allg. Lit.-Zeit. col. 144.

optant, necessario a primis principiis ordiuntur: cum quia ratio docet, omnia ordine suis a principiis proficisci, tum quia fieri non potest, ut quis neglectis initiis ad plenam alicuius rei cognitionem adspiret“¹¹⁾.

CAPUT I.

Conatus adhuc facti ad eruendam principiorum iuris inter gentes naturam.

In iurisprudentia omni, qualis fuerit superioribus saeculis, ordinem quendam legalem artis systematicae, ex ipsa iuris indole sponte profectae, vicem obtinuisse, inter omnes satis constat. Natura iuris, ut ita dicam, organica parum intellecta apparuit. Fuerunt, qui externum quendam ab ipsis factum ordinem iuri vindicarent, aut qui veterem iam diu probatum retinerent. Hoc scilicet vel maxime spectabatur, ut materiae omnes suo tractarentur loco. Quod systema an iuris naturae responderet possetque ad vitam referri, id parvi aestimabatur. Docebant doctores, discipulisque licebat praecepta tradita ex arbitrio in usum convertere. Sed ea ipsa de causa discipuli impediabantur,

11) Bened. Winkler. Principiorum iuris libri quinque, lib. I. cap. I. pr.

quominus traditam scientiam ad vitam accommodarent, nam eorum, quae adhibere potuissent vel debuissent, parum didicerant. Quum $\pi\rho\tilde{\alpha}\xi\iota\varsigma$ ad ipsa artis praecepta non spectaret, culpam huius rei summam theoriae cultores sustinebant. Quaecunque enim habita $\pi\rho\tilde{\alpha}\xi\epsilon\omega\varsigma$ ratione offerentur, ea etiam usu exprimi poterunt. Nostro demum saeculo tribuendum esse videtur, quod interna iuris indoles tanquam organismus, qui dicatur, logicus, iuris institutorum iurisque notionum illustretur et cernatur¹²⁾. Hoc tempore inter omnes constat, ius uti sermonem, quo utimur, ex ipsa illa necessitatis vi profectum esse. Hinc ius vivum vitaeque capax evasit, formâque indutâ historicâ floruit viguitque, ideoque ad vitam se accommodavit, quae et ipsa indolem induerat historicam, nec non ad res humanas, quarum ortus, cursus, progressus, causas, conditiones, naturas prosequimur.

Iam in priore commentatione nostra, quae inscripta est „de iure asyli“, luculenter docuimus, doctrinas omnes, quae vitae consulant prospiciantque, ipsi eius speciei ac momentis omnibus accommodandas esse¹³⁾. Quod munus universae iuris scientiae imprimis tribuimus, nec ea mente, ut ius fingatur, sed ut reperiatur¹⁴⁾.

12) Cf. Jhering, Geist d. röm. Rechts. 1852. Vol. I. pag. 31.

13) Cf. Bulmerincq, d. Asylrecht, pag. 6.

14) Cf. Jhering (l. c. pag. 12 seqq.), qui haec profert: „Menschliche Absicht und Berechnung hat freilich ihren Antheil an der Bildung des Rechts, aber sie findet mehr, als sie schafft, denn die Verhältnisse, in denen sich das Gattungslieben der Menschheit bewegt, warten nicht erst auf sie, dass sie sich aufrichte und gealte.“

Quod vero iam supra diximus, doctrinas omnes usu ac vita niti, unde argumentum materiamque reptant, id quoque ipsum cum sententia congruit ab Ihering prolata, qui docuit, vi ac potestate vitae ius eiusque instituta esse procreata, eaque sustentari sempiterno vigore externo.

Iam vero nobis liceat, ut harum quae sunt a nobis expositae sententiarum memores earumque, quas in prooemio attulimus, viam aperiamus, qua summa iuris inter gentes positivi principia possint indagari.

Ac primum videtur esse constituendum, quaenam sint vitae conditiones, quas ius inter gentes dirigat ac moderetur. Nec diuturnas, nec stabiles esse illas conditiones, ex variis, quae sunt inter gentes, vicissitudinibus elucet pariter atque ex novis, quae sensim oriuntur. Sic de furtiva librorum editione, de viis ferratis telegraphisque commercio faventibus, Hugo Grotius praecepta non potuit literis mandare.

Quaestione difficili, quam de vitae conditionibus proposuimus, prospere soluta, quod infra exponamus, satis superque apparebit, quae iuris inter gentes doctrina contineantur. Huius enim maxime interest, ut ius, quod oritur gentium inter se contrahentium auctoritate, exponatur atque illustretur, neque vero ut iis detrectantibus ullum ius ingeratur. Quod ius ut exprimatur, principio aliquo opus est, quo necessitudines illae dirigantur. Hoc quidem, si ejus nomen spectaverimus, non aliud esse poterit, nisi principium iuris internationalis (das internationale Rechtsprincip), quippe cuius sit, iuris rationes internationales explicare

atque in ordinem certum redigere. Quod vero attinet ad eius indolem, principium illud ab ipsa iuris rationum internationalium natura repetendum videtur. Quodsi hac via iuris inter gentes doctrina progrediatur legesque suas ex veris, neque ex fictis iuris rationibus hauriat, fieri demum poterit, ut cum vita congruat et concordet, magnaque apud gentes eruditas auctoritate floreat. Nam quodcumque profiscitur ex vivo fonte, id tantum vitam et obtinet et procreat.

Amplissimum gravissimumque de iure inter gentes opus ab Hugone Grotio compositum atque „de iure belli ac pacis“ inscriptum, sane, ut auctor ipse contendit, ex vitae quodam desiderio ac necessitate profectum est ¹⁵⁾, eaque de causa magnam sibi peperit famam: et revera superiore aetate iuris inter gentes corpus ab omnibus habebatur, a multisque etiam nunc habetur. Sed auctor ille in componendo hoc libro mirum in modum sibi adversatus est, quippe qui aetati suae scriberet, neque eam tamen respicere vellet ¹⁶⁾. Hinc fieri non potuit, quin opus ab eo editum magis in studio, quam in rebus et usu versaretur, hominumque animos sibi magis conciliaret, quam ingenii acumen incitaret. Quid? aestimetur quidem illud opus literarum

15) Conf. Hugo Grotius, d. iur. bell. ac pac. libr. tres, Amstelodami, 1689, proleg. 3.

16) l. c. 58. „Injuriam mihi faciet, si quis me ad ullas nostri seculi controversias, aut natas, aut quae nasciturae praevideri possunt, respexisse arbitratur. Vere enim profiteor, sicut Mathematici figuras a corporibus semotas considerant, ita me in iure tractando ab omni singulari facto abduxisse animum.

monumentum aetatis, qua auctor vixit, locupletissimum, nec tamen fundamentum disciplinae iuris inter gentes hodie quoque habeatur, quae vel maxime ingenium saeculi exprimere necessitatesque publicas complecti dicitur. Etiam si statueremus, H. Grotium ex aetate sua ius inter gentes hausisse, nihilo tamen magis illud temporibus nostris responderet; nam civitatum forma, religione, libertate, moribus, omnino gradibus culturae conditionibusque gentium mutatis, omne omnino ius immutetur necesse erit.

Quae iuris mutabilitas scriptores impulit in eam mentem, ut patefacerent ius quoddam aeternum ac sempiternum. Itaque alii ad ius naturae, a maioribus traditum, sed doctrinis Christianis adpersum, velut ad fontem iuris inter gentes se converterunt, alii tantummodo ad ius divinum, pars etiam bina haec iura eodem inter se loco conciliavit. Amplius dicam. Fuerunt aetate superiore, qui doctrinam ex ipsa vita petitam requirerent, neque autem longius progredierentur, quam ut ex tempore praeterito exempla aliquot historica colligerent, qualia passim obvia, adiunctis locis aliunde sumtis, saepissime apud H. Grotium ornandae orationis causa inveniuntur. Quorum studium, praecepta iuris inter gentes fundamento historico fulciendi, aetate ad excolendum ius inter gentes nimis postera, causam attulit, ut pacta inter gentes inita colligerentur.

Quae pactorum collectiones ortae sunt vel maxime necessitate cognita, ut iuris inter gentes praecepta, quorum scilicet interna vis ac potestas dubia esset, velut publica auctoritate confirmarentur. Nam sperandum videbatur

fore, ut omnia ad praeclaram illam legem „pacta sunt servanda“ agerentur. Sed nonne vana fuit et fallax illa spes? quando enim populi omnes ad eiusmodi pactionem unquam inter se convenerunt? Multae quidem civitates, pace Vestphalica composita, ad ordinandas res iterum ac saepius convenerunt. Sed hi congressus id magis spectarunt, ut mutuae eorum conditiones necessitudinesque constituerentur, ut, quae integrae relictæ essent, controversiæ dirimerentur, quam ut decreta proponerentur iuris inter gentes omnium communia. Raro tantum quaestiones tractabantur, quae plurimorum rationibus gentium prospicerent, velut in congressu Vestphalico de libero sacrorum usu Christianis evangelicis concedendo, in congressu Vindobonensi de venditione servorum tollenda liberaque navigatione. At fuerunt, qui utique necessitatem cognoscerent, iuris inter gentes statuendi, quique in dirimendis gentium litibus saepissime ad illud reverterentur: quo factum est, ut vitae illo desiderio, legibus pactisque parum expresso, scriptores solvendas eas quaestiones susciperent. Atque doctrina iuris inter gentes, quae nostra aetate viget floretque, quum id maxime spectare videatur, ut quaestiones illas allatas dissolvat, non potest par esse huic muneri sane gravissimo nimia rationis theoreticae indulgentia ac temeritate, sed solis momentis adiumentisque ex vitae usu repetitis.

Opera de iure gentium adhuc edita parum esse ad artis formam redacta, uberius a nobis non est demonstrandum. Id quod prae omnibus aliis iam duo probarunt auctores, alter quidem, cui ex ista ipsa, qualis adhuc fuit,

iuris doctrina cognita hoc persuasum videtur, quod pristinae iuris inter gentes normae ab vitae utilitate plane abhorreant¹⁷⁾, alter vero, qui scriptis ad ius inter gentes spectantibus acerrime excussis, negavit, huius iuris disciplinae principium, quod constanti quadam ratione adhiberi posset, ad hoc usque tempus ullum esse constitutum¹⁸⁾.

Gagern, vir illustrissimus, — id quod haud dubie ei debemus — primus causam attulit, ut, quanti aestimari possent scripta, ad hoc tempus de excolenda iuris inter gentes disciplina typis emissa, severius quaereretur. Qui auctor id potissimum egit, ut theoriam vitae usui adversari demonstraret, ideoque in altera libri sui, qui „*Critik des Völkerrechts*“ inscribitur, parte de theoria, in altera de *πρωξί* disseruit¹⁹⁾. Fatemur nos omissis plane, quae adhibita sunt, verbis quidem perargutis, sed vulgaribus nec tamen lepidis diplomaticis gravitatisque rei tractatae accommodatis²⁰⁾, explicatione male connexa magis offensos, quam delectatos videri. Auctor quidem ipse ingenue profitetur, vitia modo graviora se significasse, systema vero integrum aliis postera aetate proponendum reliquisse, neque praeterea id tentasse, ut omnia perstringerentur, quae iam ab aliis multo aptius com-

17) Conf. v. Gagern, Crit. d. Völkerr. 1840.

18) Conf. v. Kaltenborn, Krit. d. Völkerr. pag. 228. 4.

19) Conf. v. Gagern, Crit. d. Völkerr. 1840. p. 1.

20) Conf. e. g. v. Gagern, pag. 5, ubi haec leguntur verba: „Im Vergleich mit diesem Völkerrechte, wie viel mehr ist nicht das Staatsrecht, das allgemeine sowol als das besondere ausgekocht, ausgespitzt, ausgebrütet worden?“

modiusque essent descripta²¹⁾. At profecto quaeres, quantum utilitatis sit allatum ea commentatione parum cohaerente, qua sententiae saepe tantum significatae, neque satius explanatae continentur? Hospites quidem in iure opinionibus, quae illic proferuntur, incertis, spinosis nec raro non probatis saepe in errorem inducuntur, viri docti contra pauca inde sibi repetunt adiumenta, quibus sua studia literarum promoveantur. Quodsi igitur laudis quid isti libro sit tribuendum, id quidem non consistit nisi in via ac ratione, quamquam parum certa et recta, qua quis rem tractatam amplius disquirere possit ac pervestigare. Sed per se patet, eiusmodi commentatione theoreticam partem semper magis mancam atque inchoatam fieri, quam practicam: nam altera dispositionem plenam, perfectam, apte connexam, altera explicationem vividam, perspicuam, neque abruptam requirit. Quamquam, ad *πραξις* quod attinet, commentationes vel epistolae clarissimorum, qui res publicas administrant, virorum copiam offerunt lectu utiliolem, quam si traduntur, quae illi sint experti, sub forma brevi, intermissa et quasi compendiarum. Theoria iuris inter gentes profecto etiam a Gagern ex aliqua tantum parte exponitur, ratione ab eo potissimum habita librorum ab H. Grotio, S. Pufendorf, Wolf, Vattel in lucem editorum. Multa sane, quorum autem dubia adhuc lux erit, quasi per transennam memoravit Gagern hoc fere modo: Ius inter gentes fundamentis quidem firmis ac probabilibus niti, sed varie immutari, incrementa capere, depra-

21) Conf. v. Gagern, l. c. pag. 1 seqq.

vari, corrigi, vel adeo augeri pactis, cultu civili, novisque momentis quae illo iure praecipiantur; vera, quaeque postulentur, eorum esse gradus varios; idem ius esse indolis practicae atque ad usum quotidianum accommodatum, quippe quod saeculis praetereuntibus novae conditiones, novae sententiae, momenta alia, quae sint respicienda, alia desideria accedant appareantque; expedire, quum sibi theoria pariter ac *πραξις* adversentur, ut iuri inter gentes aut fundamenta nova afferantur, aut restituantur pristina²²⁾.

Nec minus ambigue egit Gagern de notione iuris inter gentes. Quae de ea suppeditat, haec sunt: „Ius inter gentes esse aequitatem, morum rationem, iustitiam, virtutem qualem summam maximamque in hoc terrarum orbe noverimus“²³⁾. Atque alio loco²⁴⁾ scriptum est: „Natur, Recht, Bedarf, allgemeines Wohl — das heisst zusammengenommen: das Völkerrecht.“ Praeterea hoc pro certo dictum legimus: „Dass Völkerrecht nichts anderes sei, als Naturrecht, von Familien und bürgerlicher Gesellschaft hinweg; aber vielmehr noch jenseits auf Verkehr der Stämme und Völker unter sich angewendet, darin sind wir Alle einig.“ Praeterea a viro doctissimo Gagern ius inter gentes naturale pariter ac ius naturae naturale pro pleonasmō habetur, iusque naturae et ius inter gentes unum idemque significare ait, id quod iam ex eorum notione atque fine fluat²⁵⁾.

22) Conf. v. Gagern, pag. 3.

23) Conf. v. Gagern, pag. 2.

24) Conf. v. Gagern, pag. 52.

25) Conf. v. Gagern, pag. 38.

Lectores ex iis, quae commemoravimus, ipsi quidem facile iudicabunt, quatenus Gagern idoneus fuerit, qui naturam iuris inter gentes arte critica perquireret, nos tamen officio, quod exsequendum nobis proposuimus, satisfacturi, iudicio supra a nobis lato addamus, agnoscendum esse grato animo, quod iam Gagern monuerit, ius inter gentes non solum accedentibus novis momentis mutationes subire posse²⁶⁾, sed etiam indolis practicae esse, et temporibus nostris iam convenire, ut iuri inter gentes nova fundamenta substituantur. Quibus vero auctor ille adductus sit causis, ut ius practicum mutabile cum iure immutabili, non practico, eodem loco habendum esse contenderit, hoc quidem intelligere non possumus.

Kaltenborn, subtilioris vir ingenii, ad exercendam artem criticam maxime idoneus, qui post Gagern hanc doctrinam excoluit, magnis suis in disciplinam iuris inter gentes meritis ipse multum detrudere videtur, quum eam scientiam, si non formae, attamen argumenti ratione habita, recens fundatam antecessori illi acceptam ferat²⁷⁾. Nos quidem aperte fatemur, ex disquisitionibus criticis, a Gagern institutis, vix et ne vix quidem elucere, quo-

26) Gagern alio quoque loco (pag. 17 seqq.) hac de re his verbis explicat: „Papiergeld, Credit, Banken, Münzen und Gepräge, ja schon Postanstalten und Dampfmachines gehen von Inneren Einrichtungen alsobald zu völkerrechtlichem Zusammenhange über“ cet.

27) Nihilominus et ipse Kaltenborn (conf. Krit. d. Völkerrechts p. 8. seqq.) quae insint vitia in commentatione a Gagern edita, bene intelligens, hoc praesertim vituperat, quod ille argumentationes suas ad artis praecepta non strictius redegerit, porro in explicandis rebus ratione systematica usus non fuerit, neque inter doctrinam iuris, doctrinam ethicam, cultum divinum, ius inter gentes et ius civitatis satis distinxit.

modo unquam iuris inter gentes doctrina excoli queat, iisque nos adduci, ut de indole iuris inter gentes paene despereamus; studium contra accuratissimum, quod Kaltenborn, vir eximius, pervestigandae eidem rei impendit, luculentamque eius expositionem magnam nobis admirationis causam praebere, praesertim si reputemus, virum hunc meritissimum in eo enisum esse, ut, quod disciplina illa sibi propositum habet, investigaret.

Licet vero auctor modo laudatus animi sui intentione materiam, quam nobis tractandam sumsimus, plane exhausisse, nec ullam nobis in eadem re elaborandi opportunitatem reliquisse videatur, nihilo minus spe erigimur, in argumento tam gravi tantique ambitus plures etiam viros vires suas periclitari laboresque quasi inter se partiri posse. Quodsi Kaltenborn monuit, certum sane firmumque principium hucusque doctrinae nostrae defuisse²⁸⁾, et, qualia esse debeant haec principia, indicavit quidem, sed non fusius perscrutatus est, nobis hoc relictum esse putamus, ut in principium ab eo significatum diligentius inquirentes iudicium ferre conemur, num hoc principium servandum aliudve in eius locum sit substituendum.

Duo illi scriptores, Gagern atque Kaltenborn, in medium processerunt, alter, ut discordiam inter theoriam et *πραξις* re vera existere probaret, alter, ut materias iuris inter gentes secundum principia merae theoriae explica-

28) Kaltenborn de hac re haec verba profert: „Die Versuche über die obersten Principien des Völkerrechtslebens und der Wissenschaft sind noch unbedeutend zu nennen“, conf. ej. auct. Krit. d. Völkerr. pag. 228; 4.

ret²⁹⁾: quare commentatio a Kaltenborn edita solam theoriam amplectitur. Cuius rei peritiam quum prius, iam munere critico saepius functus, multis modis ostenderit, optimo iure eum prae ceteris indole critica praeditum esse diceremus, nisi eximiam etiam facultatem suam principia iuris in systema redigendi in libro suo, qui inscriptus est „Ius maritimum“³⁰⁾ patefecisset.

Commentatio critica prima, in qua Kaltenborn sententiam suam de natura principiorum iuris inter gentes primum uberius proponit, ea nobis videtur, quae ad diiudicanda systemata, ab Heffter³¹⁾ et Oppenheim³²⁾ composita, scripta est³³⁾.

Vir doctus modo laudatus ab ea proficiscitur sententia, iuris principium per vitam hodiernam inter gentes quotidie ad maiorem ascendere auctoritatem³⁴⁾. Distinguit porro principium obiectivum, utpote necessarium et principale, a

29) Conf. v. Kaltenborn, Krit. d. Völkerr. pag. 9.

30) v. Kaltenborn, Grundsätze des praktischen Europäischen Seerechts, Vol. duo, 1851 Berolini.

31) Diiudicatio critica ad editionem primam operis ab Heffter compositi refertur.

32) Opus, quod edidit Oppenheim, hoc nomine integro inscriptum est „System des Völkerrechts“, Francofurti ad M. 1845.

33) Kaltenborn in disquisitione critica, qua in ephemeridibus literariis Jenensibus mense Martio 1847, itaque non diu ante ipsius librum inscriptum: „Die Kritik des Völkerrechts“ (mense Julio 1847), opus a de Cussy sub titulo: „Dictionnaire ou manuel lexicque du diplomate et du consul“, Lipsiae 1846 editum, diiudicat, doctrinam iuris inter gentes non nisi collectis et sedulo enucleatis pactis gentium recte fundari posse agnovit. Conf. et Kaltenborn, Krit. d. Völkerr. pag. 3 seqq.

34) Eandem sententiam in explicatione critica iuris inter gentes (pag. 12) ab ipso Kaltenborn propositam invenimus.

principio iuris inter gentes subiectivo. Principium obiectivum in vita communi internationali (in der internationalen Gemeinexistenz) positum esse censet, principium subiectivum autem, quo principium obiectivum accuratius definiatur, cerni in suprema potestate (in der Souveraineté) singularum civitatum, quae mensuram quasi praebeat qua vis intensiva (die Intensivität) communionis illius internationalis (jener internationalen Gemeinschaft) statui possit³⁵⁾.

Ad notiones, quas Gagern in medium protulit, corroborandas et illustrandas Kaltenborn gravissima iuris inter gentes doctrinaeque eius principia revidenda suscepit³⁶⁾.

Priusquam principia iuris inter gentes positivi disquirantur, auctor statuit postulari, ut, qualem formam ipsa notio huius iuris inter temporum vicissitudines et populorum commercium induerit, explicetur, quem laborem semet ipsum suscepturum atque in opere a se edendo patefacturum promisit³⁷⁾. Quoniam, quod maxime dolemus, hucusque promisso suo nondum stetit, nihil nobis superest, quam ut, quae capite quarto libri sui supra laudati continentur³⁸⁾, iam enarremus.

In eodem capite, ubi de iuris inter gentes principio obiectivo et subiectivo (quorum supra mentionem fecimus) exponit, principia illa hunc in modum derivare studet.

Orditur inde, ut hominem ad communionem genitum esse contendat, ius vero eam normam esse dicat, qua

35) Cf. Berl. Jahrb. f. w. Krit. M. Iunio 1846. No. 109, 110, 111, 112, 113.

36) Cf. v. Kaltenborn, Krit. d. Völkerr. pag. 10.

37) Cf. v. Kaltenborn, pag. 14 seqq.

38) v. Kaltenborn, pag. 256 seqq.

singuli communionis socii et inter se subsistant et ad universos referantur, quaque simul ordo externus servetur atque res publica in formam certam et legitimam redigatur. Demonstrat porro, conditionem personalem (die Persönlichkeit) singulorum atque communionem universorum in vita iuris (dem Rechtsleben) aequae necessarias esse, nec non ex iisdem suprema iuris principia, alterum subiectivum, alterum obiectivum, manare. Docuit praeterea, homines non in una tantum, sed in pluribus versari communionibus, in quacunque vero communiione peculiarem vitae iuris circulum (ein besonderer Kreis des Rechtslebens) sese manifestare propriasque iuris conditiones conspicuas esse: ut iam quivis circulus ratione organica in vita publica et privata vim suam exerceat; principium obiectivum et subiectivum invicem penetrentur necesse esse.

Quivis populus partem generis humani efficiens, momente Kaltenborn, proprio quidem iure gaudet, at simul tamen potestatem superiorem in communiione iuris, cuius finis sit unitas politica, sitam agnoscere tenetur. Quae communiio iuris summum est iuris vinculum, ius vero, quo regitur haec communiio, dicitur ius inter gentes. Firma-menta porro, quibus solis principium subiectivum iuris inter gentes fulcitur, sunt civitates ipsae: verumtamen, uti in alio quolibet iuris ordine, ita et in iure inter gentes superiorem quendam ordinem, cui sese subiicere coguntur, agnoscere debent. Hic autem ordo est ipsum principium vitae internationalis obiectivum, quemadmodum civitates sunt principium subiectivum.

Unde a Kaltenborn haec ducuntur conclusiones:

- 1) aequalitas certa i. e. mutua inter civitates agnitio existit, eaque iam a priori nec non statim ab initio obtinet;
- 2) nihilo minus pro cuiusque populi civitatisque indole varietas quaedam adesse potest;
- 3) quocum cohaeret, quod civitates, pro varietate sua, hanc praesertim metam sibi propositam habere debent, ut in vita internationali proprium obtineant locum et ad cultum generis humani promovendum pro viribus conferant;
- 4) inter civitates communiio est vitae internationalis eo tendens, ut vita iuris singularum civitatum ad vitam humanam universalem, ideoque internationalem adscendat;
- 5) inde denique sequitur, communiionem internationalem, ut revera vitam internationalem constituat, nunquam indolem civitatis induere debere.

Aliis locis libri modo commemorati Kaltenborn agnovit, principium iuris in conditionibus vitae internationalis quotidie ad maiorem valorem pervenire³⁹⁾, indagatiionem autem notionum iuris inter gentes tum demum esse efficiendam, quum ius inter gentes ope historica expositum videatur⁴⁰⁾. Denique Kaltenborn conscientiam hominum vel voluntatem eorum non singulorum seorsim spectatorum, sed omnium in communiione versantium, tamquam fortem iuris inter gentes significat. Conscientiam hanc vero aut esse conscientiam gentium, aut conscientiam legislatorum iuris inter gentes, aut conscientiam doctrinae evectam, quae quidem pro remotissimo fonte habeatur⁴¹⁾.

39) Conf. v. Kaltenborn, pag. 12.

40) Conf. v. Kaltenborn, pag. 14.

41) Conf. v. Kaltenborn, pag. 231 seqq.

Nemo facile opprobrio nobis vertet, quod principia iuris inter gentes a Kaltenborn exposita atque argumentis firmata, accuratius, momentis gravioribus non omissis, cum lectoribus communicanda credidimus; magna enim argumentationis, qua auctor subtilissimus usus est, acutissimae admiratio nos prohibuit, quominus in argumentis eius (quae capite secundo in examen vocabimus) breviter tantum tangendis acquiesceremus. Quod si vero disquisitionem non ad eum perfectionis gradum, quo opus esse videtur, adduximus, hoc vitium, quippe inconsulto commissum, lectorum benevolentia nobis condonabit.

Ad considerandas K. Th. Puetteri de iure inter gentes optime meriti sententias, licet pro parte ante Kaltenborn iam in lucem prolatas, nunc demum nos convertimus; quoniam, initio dicendi ab enumerandis Gagernii opinionibus facta, transeundum esse nobis duximus ad Kaltenbornii scripta, in quibus illae opiniones fusius deducuntur.

Puetter proxime in libri sui huc spectantis commentatione prima ⁴²⁾ notionem et naturam iuris inter gentes subtilius evolvere ac stabilire conatus est.

Ab ea profectus opinione, ideam civitatis in omnibus gentis Christianis revera vivere ac vigere, contendit, omnium civitatum voluntatem, etsi formam indolemque diversam prae se ferat, tamen, si mutuae respiciantur civitatum gentiumque conditiones, unam atque eandem esse; ius igitur inter gentes non esse nisi voluntatem, rationi consenta-

42) Conf. K. Th. Puetter, Beiträge zur Völkerrechtsgeschichte und Wissenschaft, Leipzig 1843, pag. 3 seqq.

neam gentium Christianarum, in mutuis earum necessitudinibus effectus suos exhibentem; ex iure universali, sive iure inter gentes in praeceptis rationis fundato, (aus dem Vernunftvölkerrecht) et ex iure positivo prodire ius practicum, quod inter gentes obtineat (das praktische Völkerrecht): solam enim notionem solamque legem modo positivam, si argumento a ratione repetito careat, pariter vanas atque iniustas esse.

In mutua civitatum agnitione, pergunt Puetter, omne positum est ius inter gentes practicum; ad agnoscendam vero supremam potestatem aliarum civitatum quaevis civitas eo adigitur, ut ideam universalem ethicam in aliis etiam civitatibus, quae par pari referant, agnoscere debeat.

Alia data occasione ⁴³⁾ Puetter denuo affirmat, ritus singulos internationales, mores, instituta, quibus ipsis ius inter gentes practicum nitatur, originem suam ex libera civitatum voluntate repetere; sed adiicit simul, civitatem singulam illis tantummodo teneri, quamdiu iis necessitatem rationalem subesse existimet. Quod ut explicet, auctor legum practicarum inter gentes obtinentium duo discernit genera, quorum *alterum*, iam in ipsa indole atque notione ethica fundatum, et hanc ob causam ubicunque postulatum et observatum, ad supremam potestatem mutuamque civitatum agnitionem spectat; *alterum* vero eas continet leges, quas quidem civitas, quum ipsius voluntatem exprimant, validas esse iudicat, quas mutare tamen aut adeo abrogare potest, si in posterum voluntati vel iuris conscientiae suae (seinem Rechtsbewusstsein) aut

43) Cf. Richter's (Schneider's) Krit. Jahrb. f. d. R. 1845, pag. 169 seqq.

minus aut plane non convenire videantur. — Puetter, ut desiderio, principium supremæ potestatis a se propositum in commentatione serius edita ⁴⁴⁾ iterum pertractandi, satisfaciatur, quoad prius *supra commemoratum* genus legum practicarum inter gentes inductarum postulat, ut praecepta iuris inter gentes religiose observentur. Praeterea concedit, civitates praecepta universalis atque leges, quibus mutuae inter civitates conditiones rationesque regantur, non modo pro se adhibere, sed etiam in pari causa contra se admittere debere. Denique scriptor modo laudatus in brevi iuris internationalis adumbratione demonstrare conatur, praecepta quaelibet iuris inter gentes practica ex voluntate publica vel gentium suprema potestate, tanquam lege vera fundamentali iuris inter gentes practici Europaei, manare; quoniam vero inter civitates commercium nisi per principes fieri non potest, ideoque ad illos praecipuum argumentum iuris inter gentes sese refert, idem auctor in adumbratione hac primum de suprema potestate, deinde de civitatum terris, denique de potestate totius civitatis disseruit.

Quemadmodum Puetter ita Wassersleben etiam ius inter gentes communi civitatum voluntate (auf dem allgemeinen Staatswillen) fundari statuit, eandem vero cum communi iuris conscientia (mit dem allgemeinen Rechtsbewusstsein) parem existimat ⁴⁵⁾. Uti ius atque leges ad internas civitatis civiumque conditiones pertinentes, — pergit ille, —

44) Conf. Zeitschr. f. d. ges. Staatsw. 1850, pag. 299—384.

45) Conf. Krit. Jahrb. f. d. Rechtsw. 1845, pag. 193 seqq.

communem populi conscientiam repraesentare debent, ita civitatis etiam acta et decreta, aliarum civitatum ratione habita, communem iuris conscientiam gentium in effigie quasi exprimant, necesse est; ius inter gentes Europaeas conspirante iuris conscientia gentium Europaeorum, ope historiae exulta, nititur; sola enim historia est, qua adiuti naturam indolemque peculiarem communis iuris conscientiae inter gentes, nec non vinculum internum sententiarum, tam vetustiorum, quam recentiorum de notione iuris inter gentes perspicere possumus.

Eodem anno, quo Wassersleben, pariter Stein mentem suam de iure inter gentes hac fere ratione aperuit ⁴⁶⁾: argumentum gravissimum iuris inter gentes est ius civitatum (das Staatenrecht), cuius fundamentum esse debet organismus civitatis (der Staatsorganismus). Praeterea ideam requiri ait, quae necessario unitatem vitae internationalis gignat et regat; hanc ideam amplecti quidem supremam potestatem, haud vero eandem negare, immo potius retinere; quae idea in historia iuris civitatum sese vivam quasi conspiciendam praebere debet.

Stein ⁴⁷⁾ in commentatione serius edita hanc de modo tractandae historiae iuris inter gentes sententiam confirmat, temporalemque disciplinae iuris inter gentes formam ex veris civitatum conditionibus iustoque desiderio iuris, quo certis temporibus civitates egeant, pendere adseverat.

46) Conf. Hall. Allg. Lit.-Zeit. 1845, coll. 121—125, 130—145.

47) Conf. Hall. Allg. Lit.-Zeit. 1847, coll. 506—510, 513—520, 524—528.

Eodem fere tempore Hinrichs in commentatione critica de systemate Oppenheimii ⁴⁸⁾, — quae pauca tantum continet ad rem nostram pertinentia, — vituperat iureconsultos ob errorem, quo literis philosophicis parum imbuti, saepe praecepta iuris civitatis (des Staatsrechts) atque iuris inter gentes ad normam iuris privati reducunt. Si porro vir ille doctissimus hunc statuit finem iuris inter gentes, ut gentium inter se ratio ex iuris idea definiatur atque sanciantur, repugnandum huic sententiae non esset, nisi tanquam politicam huius ideae formam agnovisset civitatem in iure fundatam (den Rechtsstaat), et sic in eum incidisset errorem, ut materias iuris inter gentes ad normam iuris civitatis reduceret, hoc errore autem desiderio causam praeberet, ne philosophi, res iuridicas tractaturi, doctrina iuridica prorsus carerent.

Commentationem iam anno 1843 ab Haelschner ⁴⁹⁾ editam non magis, quam disquisitiones, a Fallati ⁵⁰⁾ et Mohl ⁵¹⁾ promulgatas, in manus nostras haud pervenisse, valde dolemus, sed contigit nobis saltem, quae quidem Haelschner et Fallati hac de re commentati sunt, breviter relata reperire

48) Conf. Hall. Allg. Lit.-Zeit. 1846, Vol. II. coll. 858—865, 868—872. Praeterimus hoc loco: H. W. Hinrichs, Geschichte des Natur- und Völkerrechts, Lipsiae, 1848 — ea de causa, quod hoc opus historiam quidem iuris naturae atque iuris inter gentes promittit, sed modo historiam iuris naturae exhibet. Conf. et Mohl, Gesch. d. Staatsw., pag. 372 seqq.

49) Haelschner, zur wissenschaftlichen Begründung des Völkerrechts, in Eberty's Zeitschr. f. volksthümliches Recht und nationale Gesetzgebung. Pars I. pag. 26—66.

50) Conf. Zeitschr. f. d. ges. Staatsw. 1844.

51) Conf. Zeitschr. f. d. ges. Staatsw. 1846.

in recensione Puetteri supra commemorata ⁵²⁾ atque in Mohlii libro ita inscripto: „Geschichte der Staatswissenschaft.“

Haelschner et Fallati fundamenta atque adminicula iuris inter gentes in gentium societate et communione, nec minus in voluntate communi ac potestate, quibus gentes vel civitates obligentur necesse sit, quaerenda esse sibi persuasum habent. Haelschner praesertim ius inter gentes Europaeas conscientia communi civitatum, systema Europaeum constituentium, porro universa quadam ingenii vi (auf einer geistigen Totalität), cuius momenta nequiquam liberae orbis terrarum Christiani partes, sc. civitates diversae, efficiant, niti statuit; praeterea iuri naturali omnem vim quoad ius inter gentes positivum adimit, illud exstare omnino negat.

Mohlii celeberrimi sententiae in commentatione illa, qua nos caruisse dolemus! expositae, quam a nobis in contemplationem vocari non potuerint, nihil nobis remanet, quam ut, quae in opere suo recentissimo ac praestantissimo ⁵³⁾ de natura iuris inter gentes passim meditatus est, sic in unum locum conferamus: pro diversis intelligentiae et culturae ethicae gradibus ius inter gentes aliud est apud diversas gentes, aliud diversis temporibus, aliud in diversis orbis terrarum partibus; ius inter gentes Europaeas ortum est ex iudicio Christianorum de rebus terrestribus et conditionibus iuris, unamque partem huius iudicii repraesentat; propositum, civitatem universalem constituendi, ei adversatur

52) Conf. Richter's (Schneider's) n. krit. Jahrb. f. d. Rechtsw. 1845, pag. 772 et seqq.

53) Conf. Gesch. d. Staatsw., Bd. I. pag. 341, 380 seqq., 391 et 399.

officio, quod historia populis diversae originis eximplendum praescribit. Ius inter gentes porro non nisi singulis civitatibus a se invicem discretis consistere potest; nihilo minus fundamentum iuris inter gentes neutiquam in subiectiva voluntate civitatum singularum quaerendum est, sed potius in obiectiva civitatum diversarum inter se iusta coniunctione. Ius inter gentes non solum iura, sed etiam obligationes in se complectitur; quum porro vero literarum fundamento atque fide practica nitatur, documentum esse debet, argumentis historicis fultum, conscientiae iuris, nostris temporibus inter gentes Christianas vigentis et communionem iuris inter liberas civitates spectantis. Nihil autem impedit, quominus iuxta ius inter gentes positivum etiam ius inter gentes philosophicum consistat, nam et ipsae iuris conditiones diversarum civitatum ex sola iam ratione deduci possunt; solummodo ius inter gentes positivum contra ad constituendam disciplinam organicam, quippe quae praeceptis philosophicis etiam indigeat, neutiquam sufficit; ad conscientiam iuris positivi via philosophica perveniendum, et in arte critica exercenda ab ideis philosophicis initium faciendum, sententiis vero mere philosophicis ibi tantum utendum est, ubi nulla iuris positivi praecepta exstant.

Priusquam investigandis principiis, quae systematibus iuris inter gentes continentur, animum advertamus, haec etiam necesse est respiciamus, quae Mueller-Iochmus de natura iuris principiorum exposuit, quaeque Buelau et Perthes attigerunt.

Primum, quae Mueller-Iochmus in commentatione, ipsi expositioni iuris inter gentes⁵⁴⁾ praemissa⁵⁵⁾, enuntiavit, breviter considerare nobis in animo est: ius inter gentes non nisi quatenus fundamento aliquo positivo nititur, indolem peculiaris disciplinae prae se fert, et quidem disciplinae iuridicae tunc tantummodo, si principiis vere iuridicis in eadem locus datur; ius inter gentes, quoniam origo soli eiusdem historiae debetur, iuris peritorum opinionibus et impugnationibus succumbere non potest, itaque non facticium, sed revera natum et temporis progressu excultum est; quare et disciplina iuris inter gentes praecipue doctrina est historica, eademque non magis ad praecepta iuris communia revocari, quam argumentationibus philosophicis circumscribi vel mutari potest; disciplina scilicet *πρᾶξι* theoriam quidem adiungere potest, ita tamen, ut iterum iterumque ad historiam redeat. Ius inter gentes duo habere momenta contendit, alterum immutabile, idque consistens in factis historicis in unum coniunctis, alterum mutabile, quod cernitur in conscientia ad maturitatem iudicii evecta, quae facta illa interpretatur; hinc ius inter gentes ubique idem esse, complexum nempe diversarum conditionum inter civitates, formas tamen, sub quibus in lucem prodit, inaequales esse et mutabiles.

Praeterea Mueller-Iochmus statuit, ideam magnae gentium civitatis (eines grossen Völkerstaates), non ex fictione aliqua ortam, sed primitus natam, unicam esse basin stabi-

54) Conf. Mueller-Iochmus, d. allgem. Völkerrecht. Leipzig, 1848.

55) Mueller-Iochmus, über die wissenschaftliche Behandlung des Völkerrechts in Bülow's Jahrb. d. Gesch. u. Polit. 1847, Vol. II. pag. 41 seqq.

lem iuris cuiusque inter gentes; civitatem quidem universalem, tanquam coniunctionem plurium civitatum, quoad notionem menti tantum informatam hucusque existere, sed necessitate postulari, ut talis civitas revera constituatur, quod ut fiat natura iam per externam gentium coniunctionem monet; sicut enim homo sine homine, si conditionem humanam respexeris, ita nec civitas sine civitate, si rationem habueris conditionis civitatis, consistere potest. Ex quo vero civitates Europaeae inter se convenerunt, ut foederibus initis iura tam singularum quam universarum tuerentur, ius inter gentes sanctione perpetui valoris (einer Garantie) munitum atque revera positivum factum est.

In explicando iure universo inter gentes⁵⁶⁾ Mueller-Jochmus, antequam ad tractandam partem historicam transit, de iuris inter gentes notione, origine, ambitu, nomine, fontibus, divisione, progressu hunc fere in modum disserit. Natura iuridica legum, extrinsecus vim suam exserentium et ex iisdem notionibus ethicis, quibus ius internum civitatis (das innere Staatsrecht) nititur, deducendarum, non inde, quod ab aliis gentibus agnita est, originem suam repetit, sed potius in eo iam posita est, quod illae leges manifestam civitatis voluntatem significant. Fons primus iuris inter gentes est norma summa religionis vel morum, quam unaquaeque civitas sequitur, quaque cuivis genti modus praescribitur, quo sese erga alias gentes gerat; alter fons est ius internum vel privatum vel publicum, in legislatione enim omnium

56) Conf. Mueller-Jochmus, d. allgem. Völkerr. pag. 17—32.

paene populorum quaedam exstant praecepta, ad rationem cum gentibus exteris intercedentem spectantia; tertius fons est consuetudo, religione ac iure nixa, quae assiduo demum gentium commercio manifesta fit. Consuetudo efficit, ut leges moresque inter gentes diversas communicentur, deinde, ut ius civitatis in ius civitatum mutetur, eoque modo conscientia communis civitatum oriatur. Haec gentium conscientia uberrimus est fons iuris inter gentes, quo veteres adeo gentium consuetudines foederaque rescindi possunt, quando cum conscientia communi non amplius congruunt.

Buelau⁵⁷⁾ praeceptum aliquod iuris inter gentes tunc demum revera iuri inter gentes adnumerari posse censet, si gentium consuetudo illud agnoverit; illud tantum ius inter gentes dici posse practicum, quod ex illa gentium consuetudine originem habeat, quod praeterea gentium conditionibus respondeat, quodque iisdem praescribatur et commendetur.

Perthes⁵⁸⁾ in contemplanda vita Germanorum publica inter alia contendit, principium gentes consocians prodire ex mutua civitatum agnitione quoad parem earum supremam potestatem⁵⁹⁾.

Si iam ea respicimus systemata, quae, postquam Gager et Kaltenborn quaestionem illam iudicio subtiliore illustrarunt, in medium prolata sunt, duo praecipue nobis obiiiciuntur, alterum ab Heffter, alterum ab Oppenheim

57) Conf. Buelau in Buelau's neue Jahrb. der Gesch. u. Polit. 1843, Vol. II. pag. 261 seqq.

58) Perthes, das deutsche Staatsleben. Hamburg und Gotha, 1845.

59) l. c. pag. 10.

propositum; quorum illius (systematis Heffteriani) editio prima post commentationem criticam (1840) a Gagern evulgatam⁶⁰⁾, altera eodem paene tempore, quo explicatio iuris inter gentes Kaltenborniana (1847)⁶¹⁾, tertia (1855) quindecim annis post, quam Gagern, octo, quam Kaltenborn de ea re disseruerunt, palam facta est. Heffter praeterea id grati expertus est, ut de opere suo, quod de iure inter gentes conscripserat, a Stein et Puetter anno 1845, atque alio loco a Kaltenborn iam anno 1846⁶²⁾, ergo ante secundam libri editionem, iudicari videret. Sententiam criticam, quam Mohl in historia rerum publicarum scientiae a se composita edidit, Heffter non prius, nisi quum plagulas extremas tertiae editionis conficeret, in rem suam convertere potuit⁶³⁾.

Nihilo secius tamen ei contigit, ut iam ad primam (1844) operis editionem, quae Puetter (1843)⁶⁴⁾ Buelau (1843)⁶⁵⁾ et Haelschner (1844)⁶⁶⁾ ad alteram (1848), quae Fallati (1844)⁶⁷⁾, Wasserschleben (1845)⁶⁸⁾, Mohl

60) v. Gagern, Kritik des Völkerrechts, 1840.

61) v. Kaltenborn, Kritik des Völkerrechts, 1847. Conf. Heffter, das europ. Völkerr. 1847. Praef. pag. 8, not. 3.

62) Conf. Heffter, das europ. Völkerr. 1847. Praef. pag. VIII.

63) Conf. Heffter, das europ. Völkerr. 1855. Praef. pag. VIII.

64) Puetter, Beiträge zur Völkerrechts-Geschichte und Wissenschaft, Leipzig, 1843.

65) Buelau in Buelau's Jahrb. d. Gesch. und Politik, 1843, Vol. II. pag. 264 et seqq.

66) Haelschner, zur wissenschaftlichen Begründung des Völkerrechts in Ebert's Zeitschrift für volksthüml. Recht, 1844, fasc. I. pag. 26—66.

67) Fallati, die Genesis der Völkergesellschaft, in Zeitschr. f. d. ges. Staatsw. 1844.

68) Richter's (Schneider's) krit. Jahrbücher f. deutsche Rechtsw. 1845, pag. 193 et seqq.

(1846)⁶⁹⁾, ad tertiam, quae Mueller-Jochmus (1847 et 1848)⁷⁰⁾ et Puetter (1850)⁷¹⁾ de iure inter gentes commentati erant argumentisque probaverant, in usum suum colligeret. Heffter igitur, quum alteram quidem et tertiam operis editionem curaret, conditione usus est longe prosperiore, quam Oppenheim, qui libri de iuris inter gentes systemate a. 1845 compositi editionem usque adhuc unam in medium protulit. Qua sola de causa ab ipso Heffter plura et graviora exspectare licuit, ut plane taceamus, eundem auctorem iam in aliis quoque iuris scientiae partibus egregiam sibi famam comparasse.

Iam in prima operis editione Heffter sic argumentatur: principia sunt statuenda, quibus ius inter gentes dirigitur; conscientia communis iuris status (eines gemeinsamen Rechtszustandes) usque ad pacem aeternam inter omnes vel inter certas saltem gentes unicum belli aeterni remedium est; fundamentum interius omnis iuris inter gentes quaerendum est in hominum voluntate rationali (i. e. in ea, quae cogitationis necessitate nititur), simulatque in conscientiam communem ingrediatur, quae etiam inter gentes, commercio vel societatis vinculo coniunctas, tanquam conditio appareat⁷²⁾.

69) v. Mohl, Uebersicht der neueren völkerrechtlichen Literatur in Zeitschr. f. d. ges. Staatsw. 1846.

70) Mueller-Jochmus, über d. wissensch. Behandlung d. Völkerr. in Buelau's Jahrb. d. Gesch. und Politik, 1847, Vol. II, pag. 41 seqq. et Mueller-Jochmus, d. allg. Völkerr. 1848.

71) Conf. Zeitschr. f. d. ges. Staatsw. 1850, die Staatslehre oder Souverainität als Princip des practischen Europ. Völkerrechts, p. 299—384.

72) Heffter, d. europ. Völkerr. 1844, Praef.

Quas sententias quum Heffter etiam in serioribus operis sui editionibus repetierit, nec additamentis augere voluerit (ex causis supra ⁷³) iam allatis), nostrum esse videtur, ex recentissima editione ea saltem principia, quae ad ius inter gentes pertinent, breviter enarrare.

Contendit vir meritissimus ⁷⁴), ius inter gentes ius esse, quod unusquisque ipse tueri sibi que conservare debeat; civitates singulas proxime ipsas ius adversus alias sibi ponere; si vero vitam solitariam relinquunt, tunc commercio commune sibi ius constituere; ὄργανον atque regulatricem (Organ und Regulator) iuris inter gentes opinionem publicam (die öffentliche Meinung), iudicium extremum vero historiam esse, quae tanquam δίκη ius munit, tanquam νέμεσις iniuriam ulciscatur; sanctionem iuris inter gentes universum esse rerum ordinem (die Weltordnung), qui generi humano totum terrarum orbem aperuerit; finem illi hunc propositum esse, ut hominum generi, quotidie ad maiorem perfectionis gradum adscendenti, civitatumque commercio certam basin adsignet.

Porro Heffter docuit, mutuum exstare ius civitatum, quod, quum necessitate quadam interna agnoscendum sit, nulla ideo comprobatione mutua indigeat; praeterea aliud ius ex certis voluntatis actis patefieri. Denique maxime necessarium ad tuendum ius inter gentes aequilibrium civitatum (das Gleichgewicht der Staaten) esse testatur.

Oppenheim putat ⁷⁵), gentes velut personas, quae

73) Conf. Prooem. pag. 3.

74) Conf. Heffter, d. europ. Völkerrecht, 1855, §§ 2, 3, 5.

75) Conf. Oppenheim, System d. Völkerr. §§ 2, 3, 4, 6, 7, 8.

civitatum formam induerint, certis quibusdam iuris conditionibus inter se obstrictas esse; ad hasce iuris condiciones mutuas universam referendam esse conscientiam normarum certarum, quibus illarum commercium dirigatur ac sustentetur; ius inter gentes externae historiae formae indolem iuridicam conciliare; quamlibet civitatem, utpote quae sit iuris organismus, hoc spectare, ut ius ad effectum perducat.

Praeterea refert Oppenheim, fontem intimum iuris inter gentes universam esse iuris conscientiam, eamque moribus atque consuetudinibus ad ius spectantibus, quibus singulae civitates adversus alias utantur, nec non legibus civitatum, foederibus coniunctarum, conspicuam fieri; has leges eo maioribus mutationibus obnoxias fuisse, quo magis diversis temporibus diversae gentes cultu divino, iuris systematicis, coeli, vitae, rerum publicarum conditionibus inter se discretas, terras cultu politas potestati suae subiecissent; ex interna vero iuris contemplatione demum iuris conditiones proficisci; certe tamen ius inter gentes ex iis, quae exstent, perspici, ea vero, quae exstent, ex historia intelligi oportere, ideoque tractationem iuris inter gentes philosophicam a ratione positiva et historica separandam non esse.

Praeter systemata Heffteri et Oppenheimii modo commemorata (Kaltenborn ⁷⁶) et Puetter ⁷⁷) et quidem post Gagernii commentationem criticam ⁷⁸), adum-

76) Conf. Kritik. d. Völkerr. pag. 294 seqq.

77) Conf. Zeitschr. f. d. ges. Staatsw. 1850, pag. 322 seqq.

78) Crit. d. Völkerr. 1840.

brationes quasdam iuris inter gentes divulgant, quae tamen eo minus nobis perscrutandae videntur, quoniam proxime hoc tantum nostra interest, ut iuris inter gentes principium investigemus ac reperiamus, quam ob causam et ex systematibus post Gagern conscriptis tantummodo illa in examen vocavimus, quorum auctores omnino principia iuris inter gentes indagare studuerunt.

CAPUT II.

Examinantur sententiae de natura principiorum iuris inter gentes propositae.

Literarum praesidiis, quae in promptu sunt, adhibitis, sententias omnes attulimus, quae Gagernii auctoritate de natura principiorum iuris inter gentes in medium sunt prolatae: neque ignoramus, multas et magnas in ea re difficultates, imprimis ad linguam spectantes, nobis fuisse expediendas. Quaecumque enim a Germanicis scriptoribus philosophorum recentiorum more disputata sunt, ea iam per se difficilia sunt conversu in linguam vigentem, atque adeo in mortuam. Nonnulla vero, quae perstrinximus, scripta Hegelii⁷⁹⁾ esse disciplinae auctoritate ac forma adstricta, facile iudicabunt rerum periti.

79) Conf. e. g. Puetter, Beitr. z. Völkerrechtsg., pag. 15 seqq.

Iam vero ad examinandas sententias, de natura principiorum iuris inter gentes propositas, accedentes, quid commune illae habeant et qua in re inter se differant, expromamus, iudiciumque nostrum, cuius momenta in censendis auctorum dictis, passim dispersa, brevi erunt comprehendenda, probabilibus argumentis fulciamus.

Iam supra⁸⁰⁾ demonstravimus, subesse exitus quosdam inter se congruos, ex investigatis iuris inter gentes principiis emergentes: quam rem sententiae ipsae comparandae magis declarabunt.

Gagern, quem primum spectemus, nova quidem iuri inter gentes fundamenta paranda, aut pristina restituenda esse contendit⁸¹⁾, sed tantum abest, ea ut significet et exponat, ut uno tenore ius inter gentes cum aequitate, morum integritate, iustitia, una illa et excellentissima virtute⁸²⁾, praeterea cum practico quod dicitur iure naturae (mit dem angewandten Naturrecht), denique cum ipso naturae iure componat⁸³⁾. Notionibus hoc modo inter se aequatis, quae quantum inter se differant, vix opus erit demonstrare, nos quidem negamus, a viro illo spectatissimo principia ulla certa ac firma statuta esse; id ille quidem recte intellexit, principia quaedam certissima a nobis esse proponenda. Ceterum, quae omnino operi a Gagern edito tribuenda dignitas sit, iam supra⁸⁴⁾ diximus, et quas praeterea ipse protulit sententias, oblata occasione consideremus.

80) Conf. Prooem. pag. 3.

81) vide supra pag. 13 et Gagern, Krit. d. Völkerr. pag. 3.

82) vide supra pag. 13 et Gagern, Krit. pag. 2.

83) vide supra pag. 13 et Gagern, Krit. pag. 38 seqq.

84) vide pag. 14.

Kaltenborn, summa ope enixus, ut, quae Gagern commentatus est, acerrime exagitet, duo esse vult principia, quibus ius inter gentes fulciatur. Alterum quidem, quod prius graviusque sit, principium esse statuit obiectivum vitae communis internationalis, alterum vero, quo obiectivum terminetur, principium putat esse subiectivum supremae potestatis civitatum singularum ⁸⁵⁾.

At vita communis internationalis, quum conditio vera et certa sit fundamentum iuris inter gentes habeatur, quia, deficiente vita communi, per se non existat, sed potius in eandem ipsam transferatur; nec tamen satis apparet, quomodo fundamentum illud, quod ipsis nititur rebus, simul principium esse videatur? Concedo quidem, conditionem illam vitae communis, quae ipsis rebus nitatur, postquam eius natura cognita sit atque indoles, habendam esse eam, ex qua argumentum disciplinae iuris inter gentes repetatur, atque ideo secundum idem argumentum principium illud, quo disciplina iuris inter gentes dirigatur, manifestum fore. Verumtamen negamus, conditionem supra dictam atque principium eodem inter se loco posse haberi. Huc accedit, quod dubium esse non possit, quin principium subiectivum a Kaltenborn iuri inter gentes assignatum probari queat, nisi antea suprema potestas vel propria civitatum potestas statuatur. Sed ea ipsa de causa difficile erit probatu, supremam illam potestatem, etiamsi gradu demum altero, principium esse iuris inter gentes. Kal-

85) Vide supra p. 16 seqq. et v. Kaltenborn, Krit. d. Völkerr. p. 256 seqq.

tenborn principio supremae potestatis principium obiectivum vitae communis internationalis immutari arbitratur, quo fit, ut iuri inter gentes infinitam eius potestatem propriam eximat. Suprema potestate fieri tantummodo potest, ut ius, quod inter gentes floret, exerceatur exprimaturque. Suprema potestate illa, qualis ad ius inter gentes pertinet, externa ⁸⁶⁾ duntaxat suprema potestas civitatum liberarum continetur. Quae potestas suprema, quatenus in iure inter gentes dignitatem quandam obtinet, naturae convenienter posita est in legibus iuris inter gentes atque praeceptis. Quam ob rem ius inter gentes suprema potestate non magis determinatur, quam vita communis internationalis, quae est fundamentum eiusdem iuris; imo vero decernitur tantummodo suprema potestas iure internationali, quod proficiscitur ex vita communi internationali, in eiusque usum excolitur. Suprema potestas, qualis una sibi constans, communionis inter gentes particeps est permanetque, praecepta iuris inter gentes

86) Opinor equidem, supremam potestatem civitatis *internam*, quatenus intra civitatem vim suam exerceat, et *externam*, qualis in conditionibus internationalibus conspicua sit, discernendas esse. Qua differentia posita, neque indoles utriusque, neque consequentiae ex his notionibus manantes confundentur. Ius inter gentes corroborat quasi utramque speciem supremae potestatis, illa tamen, ut internum ius civitatis internae supremae potestati legem fundamentalem praescribat, externa vero suprema potestas, licet in libera civitatis ipsius voluntate posita sit, nihilominus eatenus, quando iuribus constitutis iure inter gentes frui velit, et obligationes hoc iure impositas observare sibi proposuisset. Utitur etiam suprema potestas interna iure inter gentes, si ordo civitatum communis hoc postulet, qua de re iam in libro nostro prius edito (cf. d. Asylr. pag. 152 seqq.) quoad traditionem maleficorum exposuimus. Etiam Puetter internam et externam supremam potestatem discernit, sed definitionem non exhibet. Cf. Zeitschr. f. d. ges. Staatsw. 1850, pag. 325.

accuratissime observat; nam neglectis iisdem certe alias civitates inducit, ut pari contra eam ratione utantur.

Kaltenborn ipse superiorem iuris ordinem, quo civitates regantur, his fere verbis comprobatur: internationali iuris communitate vinculum iuris commune firmari superioremque, cui civitates obnoxiae sint, iuris ordinem constitui, sed ita tamen, ut civitatum propria potestas agnoscat et servetur⁸⁷). Multum sane abest, quin propriam civitatum potestatem agnoscamus; verumtamen civitates eandem potestatem etiam obtinent atque conservant, quum voluntate libera ad civitatum omnium pariter atque ad suam ipsarum salutem accommodanda, ab illa non separanda, sed arctissime cum ea coniuncta, communem iuris ordinem superiorem observent. Quum vero ius, quo superior iuris ordo terminatur, illud sit, quod civitates observent, idem ius et ipsum principium ac ratio ultima civitatum inter se invicem, neque vero suprema earum potestas, aut vita earum communis necesse est habeatur.

Hinc adducimur, ut vitam communem tam internationalem, quam suprema potestate terminatam principia iuris inter gentes esse negemus; alteram quidem propterea, quod ipsa vita communis habeatur solummodo certum, quod quis facile perspexerit, fundamentum iuris inter gentes, neque id, quod demum investigetur, principium quoque iuris inter gentes spectetur, alteram vero, quod vita communis inter-

87) Vide supra pag. 18 et v. Kaltenborn in Berl. Jahrb. f. w. K. l. c. et Krit. d. Völkerr. pag. 260 seqq. et pag. 266.

nationalis, si eandem legitimam esse existimemus, principio supremae potestatis unquam immutari non possit. Etenim suprema potestas, quatenus ad res externas refertur, potestatem veram ac propriam non exhibet, nisi, observato iure inter gentes, perpetuam sibi prae illo dignitatem tueatur. Omnes enim civitates, quae sui quidem iuris, sed alienae sunt a gentibus iure internationali inter se coniunctis, utique suprema potestate, neque tamen internationali utuntur.

Omnino quidem arbitror, iam ante constitutum ius inter gentes exstitisse supremam potestatem, eiusque non modo partem internam, quae in ipsa re publica interiore valeret, sed etiam externam vel in ceteras civitates vim suam exercentem: nam de nulla unquam civitate propria cogitari potest, nisi suprema potestas statuatur⁸⁸). Verumtamen priusquam haec suprema potestas iure inter gentes agnita probataque est, et ipsa non fuit internationalis, i. e. ea, quae iure inter gentes ejusque praeceptis fulta, non modo iura exercent, sed officia etiam erga alias civitates conservet⁸⁹). Quapropter nostra quoque memoria inter civitates iure inter gentes foederatas nume-

88) Conf. Bulmerincq, d. Asylr. p. 152 seqq. ubi haec prolata sunt: „Souveraine Staaten bildeten mit der Anerkennung völkerrechtlicher Grundsätze einen völkerrechtlichen Verband. Das Völkerrecht gab ihnen diese Souveraineté nicht, es erkannte nur dieselbe allseitig an. Die Souveraineté der Staaten war eine wesentliche Vorbedingung des Abschlusses des Verbandes, denn eine solche Willensäußerung erforderte Unabhängigkeit, Selbstständigkeit.“

89) Conf. Mohl, Gesch. d. Staatsw. Vol. I. pag. 382, ubi haec agnovit: „nicht nur Forderungen, sondern auch Pflichten (sind) als Gegenstand des Völkerrechts anzuerkennen.“

rantur tantummodo eae, quae iura pariter atque officia in alias civitates colunt et exsequuntur⁹⁰).

Propter hanc, quam diximus, naturam indolemque supremam potestatis et propter locum, quem illa in iure inter gentes obtineat, nihilo magis, uti Puetter statuit, suprema potestate unum iuris inter gentes principium contineri⁹¹) arbitramur. Nec perperam Puetterum intellexisse videbimur, si statuerimus, eum ipsum commotum fuisse, ut principium supremam potestatis a se propositum severius lege quadam terminaret, quippe qui ius inter gentes non soli civitatum voluntati, sed rationali voluntati civitatum aequipararet⁹²), et positivam solummodo definitionem iuris inter gentes falsam ineptamque esse ostenderet⁹³). Praeterea Puetter quum ideae universae ethicae comprobationem causam esse censeat, cur civitates inter se invicem devinciantur, quumque

90) Vid. not. 86.

91) Vide supra pag. 22 et Puetter, Beitr. z. Völkerrechtsgesch. und Wissensch. pag. 17 seqq., in Richter's (Schneider's) krit. Jahrb. f. deutsche Rechtswissensch. 1845, pag. 773, 776, 780, 783 und in Zeitschr. f. d. ges. Staatsw. 1850, pag. 299 seqq., quo loco commentatio Puetteri sub titulo: „die Staatshere oder Souverainetät als *Princip* des practischen europäischen Völkerrechts“ invenitur.

92) Vide supra pag. 20 seqq. et Puetter, Beitr. pag. 9, ubi haec leguntur verba: „denn zuvörderst bestimmt sich der Staatswille in seinem Verhalten zu anderen Völkern und Staaten, durch das vernünftige Denken und Nachdenken der verfassungsmässigen Behörde dem Rechte und Gesetze gemäss“ cet., praeterea in Richter's Krit. Jahrb. l. c. et pag. 784, ubi Puetter strictissimis verbis declarat, se minime liberam voluntatem arbitrio aequiparare, sed solummodo de voluntate rationali agere voluisse denique; etiam in Zeitschr. f. d. ges. Staatsw. pag. 300 § 3 seqq.

93) Vide supra pag. 22 et Puetter, Beitr. pag. 14, in Richter's Jahrb. l. c. pag. 793.

munera supremam potestatis, quae et appetenda et praestanda sint, ad ideam ethicam referat, mutuumque civitatum existimationem in eadem positam esse testetur⁹⁴), — praecepta scilicet rationis et communem voluntatem ethicam leges esse concedit, quibus suprema potestas teneatur. Quae leges igitur plurimum valent in iure inter gentes, nec vero ipsa suprema potestas, quae potius diversis civitatum inter se vicissitudinibus rationem atque ideam universalem ethicam, velut conciliatrices iuris inter gentes, ad summam auctoritatem perducere debet — atque perducit. Quantum Puetter, postquam supremam potestatem principium esse iuris inter gentes demonstravit, sententiis, quas praeterea exposuit, adversatus sit, iam e supra allatis elucet⁹⁵). Sed haec speciosa contradictio nobis dirimi posse videtur. Puetter loco eo, quem supra attulimus, praeceptis positivi⁹⁶) iuris inter gentes, ex libera civitatis voluntate profectis, talem duntaxat vim ac potestatem assignat, qualis civitati debeatur, necessitate quadam rationali (nach der Vernunftnothwendigkeit) ad servanda illa praecepta obstrictae. Neque minus ille ex legibus gentium practicis, quas dicit, eas tantum idoneas esse existimat, quae ad supremam potestatem, ad mutuum civitatum observantiam et agnitionem referantur, alias vero leges, voluntatem gentium significantes, vim quidem iuris continere, gentis cuiusdam autem consensu immutari vel abrogari posse arbitratur, nisi communi iuris conscientiae respondeant. Inde colligas, sibi sumpsisse

94) Vide supra pag. 21 et Puetter, Beitr. pag. 18, 2.

95) Vid. supra pag. 21.

96) Cf. etiam Puetter in Richter's Jahrb. l. c. pag. 793 seqq.

Puetterum, rationem, qua civitates praecepta iuris inter gentes observent, ex arbitrio earum pendere. Nihilominus tamen minus auctor alio loco hanc profert sententiam: ius inter gentes fundamento iusto et origine niti, praeterea illud firmum ac perpetuum, omnique arbitrio liberum esse debere⁹⁷). Quas sententias, primo oculorum obtutu longe diversas, si quis inter se contulerit, facile statuet, virum doct. Puetter, supremam potestatem vel voluntatem civitatum modo iure inter gentes superiorem esse, modo ex legibus iuris inter gentes pendere existimasse. Sed hoc discrimen satis speciosum est; nam in explicanda sententia superiore certis verbis contendit, civitatem praeceptis iuris inter gentes eatenus teneri, quatenus necessitate rationali ad servanda illa praecepta se destinata fateatur. Quum igitur ipse Puetter rationem legem esse testetur, quam voluntas civitatis observet, ex declarationibus liberae voluntatis civitatis minime periculum oritur, ne ipsae illae cum arbitrio componantur. Pariter ex iisdem, quas attulimus, sententiis elucet, ab auctore illo non solum supremam potestatem, sed eam potius, quam ratio moderetur, iuris inter gentes principium agnoscitur. Huc accedit, quod vir doct. Puetter sententias suas, quas de legibus gentium practicis, et absolute, et non absolute obligantibus, proposuit, hac potissimum re immutavit, quod in explicanda sententia priore tum gentium leges diligenter servandas esse adiiceret, tum ea praecepta universa legesque

97) Cf. Puetter in Richter's Jahrb. l. c. p. 775.

spectaret, quas singulae civitates non modo in ipsarum usum transferrent, sed etiam in pari causa erga semet ipsas valere paterentur⁹⁸). Vitium igitur explicationis Puetterianae in eo maxime positum est, quod auctor non rationem ipsam, qualis in iure inter gentes cernitur, principium iuris inter gentes esse cognovit, sed conciliatorem huius rationis, ergo pro lege fundamentali iuris internationalis exsecutorem illius substituit. Quod vitium Puetter ex promotis atque amplificatis, quas supra commemoravimus, gentium legibus, ipse intellexisse nobis videtur. Eo magis est dolendum, quod auctor pro principio, unde leges gentium practicae sunt enatae, eas ipsas nominatim enumeravit: qua re concessisse quidem videtur, principium iuris inter gentes ad vitam communem internationalem vim habere saluberrimam, sed quum in principio supremae potestatis, antea proposito, constanter perseveraret, principium iuris internationalis id utique esse negavit, quo uno ius inter civitates statuminaretur. Ut brevi complectar omnia, Puetter exposuit quidem, quatenam ex solo iuris principio internationalis sequantur, nec tamen id ipsum iuris principium causam esse dixit, quae consequentias istas provocet, immo pro eodem iuris principio supremam potestatem reposuit, quae ipsa, quatenus internationalis habeatur, in principium iuris cadat necesse sit. Puetter⁹⁹) igitur rem non eo

98) Vide supra pag. 22 et Puetter in Zeitschr. f. d. ges. Staatsw. 1850, pag. 305 § 16. 2. 4.

99) Illis verbis iam conscriptis, a bibliopola commentationem Puetterianam de principio iuris inter gentes Europaeas practici (in Zeitschr. f. d. ges. Staatsw. 1847, pag. 535 seqq.) accepimus, qua (cf. pag. 535) opinio nostra supra expressa a Puetter vitium esse commissum, comprobatur.

perduxit, ut fundamentum reperiret ultimum ac verissimum, quo ius inter gentes inniteretur.

Buelau, vir doctissimus, quamquam ad sententiam se confert Puetterianam, eandem tamen sua ipsius explicandi ratione adeo mutatam reddidit, ut in iudicanda eius commutatione iisdem omnino, quibus adversus Puetter, argumentis uti non possimus.

Quemadmodum Puetter, ita et Stein, a suprema potestate profectus, civitates omnes suo ipsarum arbitrio ius sibi constituere contendit, sed statim, quod magni est momenti, adiicit, hoc tantummodo ab iis fieri, iuris summa idea satis comprobata¹⁰⁰⁾: unde fit, ut cum Stein, viro doctissimo (si quidem paucas eius observationes recte intellexerim) in universum consentiam, qui summam iuris ideam principium esse docuit. Sed plane dissentio ab eodem auctore, qui systema „des Staatsorganismus“ absolutum existimat esse fundamentum systematis iuris inter gentes¹⁰¹⁾. Quae analogia mihi non videtur exstare, quum singularis civitas, qualis est universa, a civitatibus in universum spectatis, maxime differat, id quod non solum ad eius originem historicam, sed etiam ad statum internum, praesertim ad iura et officia modumque pertinet, quo iuris normae constituentur atque perficiantur.

100) Vide supra pag. 23 et Stein in Hall. Allg. Lit.-Ztg. 1847, I. Col. 505 seqq.

101) Vide supra pag. 23 et Stein in Hall. Allg. Lit.-Ztg. 1845, I. Col. 124.

Haelschner¹⁰²⁾, Fallati¹⁰³⁾, Mohl contra ea, quae Kaltenborn protulit, verissime perspexerunt, communitatem internationalem modo basin, ut ita dicam, iuris inter gentes, neque vero, quod voluit Kaltenborn, illius principium esse. Haelschner et Fallati hanc basin nomine significant gentium societatis vel communitatis, Mohl eandem basin ordinem appellat rationalem, quo civitates diversae inter se iungantur¹⁰⁴⁾. Mohl simul etiam ius inter gentes positivum illud esse iudicat, quo iuris conscientia exprimitur¹⁰⁵⁾: qua in re et multi scriptores alii, ut nunc demonstrandum erit, cum eodem viro consentiunt.

Wasserschleben ius inter gentes universa quidem voluntate publica inniti statuit, sed eandem ipsam communi iuris conscientiae aequiparat¹⁰⁶⁾. Quae aequatio conscientiae cum voluntate, causae cum effectu, improbanda quidem erit, sed recte auctor ille communem iuris conscientiam fundamentum esse iuris inter gentes existimat: quod idem quoque manifeste declarat, affirmans, ius inter gentes positivum, quod per Europam obtineat, in ea positum esse iuris conscientia, qua omnes gentes Europaeae inter se consentiant¹⁰⁷⁾. Neque minus Haelschner ius Europaeum inter gentes com-

102) Vide supra pag. 25 et Haelschner in Richter's Jahrb. 1845, pag. 776 seqq.

103) Vide supra pag. 26 et Fallati in Richter's Jahrb. 1845 p. 775 seqq. atque in Mohl's Gesch. d. Staatsw. Vol. I. p. 379 seqq.

104) Vide supra pag. 26 et v. Mohl, Gesch. d. Staatsw. Vol. I. p. 381.

105) Vide supra pag. 26 et v. Mohl l. c. pag. 399.

106) Vide supra pag. 22 et Wasserschleben in Richter's Jahrb. 1845. pag. 197.

107) Vide supra pag. 23 et Wasserschleben l. c. pag. 199.

muni iuris conscientia earum gentium, quae civitatum systema constituent, munitum esse contendit¹⁰⁸). Quodsi vero idem auctor, ut supra dixi, et ipsam gentium communitatem ac societatem vel basin esse iuris inter gentes Europaeas autumat, haec quidem discrepantia aliter dirimi non poterit, nisi ut ipsa gentium communitas omnino pro iuris inter gentes fundamento necessario, conscientia autem iuris pro fonte iuris inter gentes habeatur¹⁰⁹). Ubere autem iudicio de sententia Haelschneriana ferendo eo magis supersedemus, quo minus est nobis in promptu commentatio illius auctoris¹¹⁰).

Temerius et incertius, quam Haelschner, de ea re exposuit Mueller-Jochmus¹¹¹). Is enim loco aliquo sui operis statuit, basin iuris inter gentes unicam ac stabilem gentium civitatem esse, quippe quae primitus nata, neque ficta consistat; eandem illam in ordinem redigendam atque iam redigi coeptam esse eo, quod iam ipsa natura externam quandam iuris inter gentes cohaerentiam perfecit¹¹²). Altero loco refert, ius inter gentes tum demum positivum esse factum, quum civitates quaevis Europaeae, communi inter se vinculo coniunctae, certam iniissent rationem, qua

108) Haelschner in v. Mohl, *Gesch. der Staatsw.* pag. 381.

109) Quam sententiam nostram et firmat locus e commentatione Haelschneriana, apud Puetter in *Richter's Jahrb.* 1845, pag. 777 adhibitus.

110) His verbis iam conscriptis, a bibliopola commentationem Haelschnerianam accepimus.

111) Vide supra pag. 27 seqq.

112) Vide supra pag. 27 et Mueller-Jochmus in Buelau *N. Jahrb. der Gesch. und Polit.* 1847. Vol. I. pag. 65. seqq.

et singularum et universarum iura conservarentur¹¹³). Tertio loco affirmat, naturam iuridicam earum legum, quae in iudicandis rebus externis valeant, neququam in eo, quod leges ab aliis gentibus accipiantur, verum potius in eo positam esse, quod illae apertam, quae conspicua fiat, civitatis voluntatem expriment¹¹⁴). Denique etiam Mueller-Jochmus iuris inter gentes fontem conscientiam gentium propriam esse profitetur, sed eam hactenus tantum, quatenus religionis vel morum lege publica fines sibi constitutos recipiat, quibus ad alias gentes commoveatur. Tertium demum iuris inter gentes fontem, ac sane uberrimum, Mueller-Jochmus eam comprobatur gentium conscientiam, quae vi ad illarum commercium ultro citroque habita magis magisque conformetur¹¹⁵).

Ipse quoque Oppenheim internum iuris inter gentes fontem non esse testatur, nisi communem iuris conscientiam, qualis in moribus, institutis iuris consuetudinibusque, quibus singulae civitates erga alias utantur, nec non in legibus normisque cuiuslibet, quod existat, civitatum systematis posita esse videatur¹¹⁶).

Contra ea Buelau ius inter gentes ad earum consuetudines¹¹⁷) revocat atque ideo nimirum — id quod, ante-

113) Vide supra pag. 28 et Mueller-Jochmus l. c. pag. 48.

114) Vide supra pag. 28 et Mueller-Jochmus, *das allg. Völkerr.* pag. 20. § 2.

115) Vide supra pag. 29 et Mueller-Jochmus, *d. allgem. Völkerr.* pag. 26 seqq.

116) Vide supra pag. 33 et Oppenheim *Syst. des Völkerr.* § 4.

117) Vide supra pag. 29 et Buelau in Buelau *N. Jahrb. der Gesch. u. Polit.* 1843, Vol. II, pag. 267 seqq.

quam egregium illud opus de iure consuetudinario a Puchta editum ¹¹⁸⁾ est, in tractando iure privato plerumque accidit — fontem iuris cum ipsis eius formis obviis confundit. Velut enim iuris conscientia unius populi fons est ¹¹⁹⁾, ex quo proprium eius ius privatum emanat, consuetudoque una tantum eaque externa, qua idem ius appareat, habenda est forma; ita in ipso iure inter gentes consuetudo vel mos non nisi forma spectatur externa, quam induit communis gentium iuris conscientia ¹²⁰⁾. Sed, omisso illo errore, in quem Buelau incidit, dissentimus a viro doct. Puetter, qui auctorem illum pariter ac semet ipsum contendisse affirmat, supremam potestatem principium esse iuris inter gentes ¹²¹⁾, quamvis mirandum sit, idem ab ipso Buelau revera dictum esse ¹²²⁾, nam paulo post sententiam Puette-rianam ita interpretatur, ut eam plane confundat in alienamque convertat.

Quod denique Heffter contendit, causam omnem iuris inter gentes interiorem hominum mente, cogitationum potestate, communi omnium conscientia contineri, eandemque con-

118) Puchta, d. Gewohnheitsr. Erlangen 1828—37, Vol. I. pag. 169, ubi haec inveniuntur: „die rechtliche Ueberzeugung ist es, welche die Sitte bestimmt und hervorbringt, nicht umgekehrt; denn gerade jene als Bestimmung des Willens ist es, die einer Handlung das Prädicat der Sitte verleiht. In gleichem Verhältnisse steht selbst die blosse Gewohnheit zu der Willensbestimmung.“

119) Savigny, System d. röm. Rechts. Vol. I. pag. 14.

120) Savigny, l. c. pag. 33 haec profert verba: „Indessen kann auch unter verschiedenen Völkern eine ähnliche Gemeinschaft des Rechtsbewusstseins entstehen, wie sie in einem Volk das positive Recht erzeugt.“

121) Conf. Puetter's Jahrb. 1845, pag. 776.

122) Cf. Buelau's N. Jahrb. d. Gesch. u. Polit. 1843, Vol. II, pag. 268 seqq.

scientiam commercii esse vicissitudinumque socialium conditionem, parum inde liquet, quomodo voluntas, quae ipsa est conscientiae expressio, insuper in conscientiam cadere possit ¹²³⁾. Quum enim voluntas repetenda sit a conscientia, nec ulla exstet sibi inscia voluntas; qui tandem fieri potest, ut voluntas cadat in conscientiam? Quodsi igitur forma erit improbanda, qua usus est Heffter in rebus illis explanandis, tamen nihilominus vel ipse iuris conscientiam satis spectasse videtur. At quum iuris conscientia non principium, sed tantum fons habeatur, ex quo principium sit iuris inter gentes hauriendum, non facile quisquam existimabit, ullum esse ab Heffter satis firmum principium iuris inter gentes propositum ¹²⁴⁾. Id quod tanto magis miramur, quanto minus ille ipse principia iuri inter gentes statuenda esse negavit. Quid? principiis sat probabilibus desertis, Heffter de fine potius, de sanctione, de *δράνω*, de opinione publica regulatrice, quae tribuit iuri inter gentes, de iudicio quodam ultimo, de universo rerum ordine, de aequilibrio civitatum exposuit. Sed valde dubitandum est, num his rebus omnibus principium firmum compensetur, nec magis habeatur pro *δράνω*, vel pro regulatrice iuris inter gentes publica opinio ¹²⁵⁾, quippe quae tam varia sit mutabilisque et saepe fortuita, ut vix ac ne vix quidem idonea esse videatur, qua cerni possint, quae iure inter gentes sanciantur, et qua definiri possit illius argumentum, ad ordinemque certissimum revocari. Verissimum quidem est, ius inter gentes,

123) Vide supra pag. 31 et Heffter, d. europ. Völkerr. 1848. Praef. pag. V.

124) Cf. etiam v. Kaltenborn, Krit. d. Völkerr. pag. 209 seqq.

125) Vide supra pag. 32 et Heffter, d. europ. Völkerr. 1855. pag. 3.

fluctuante gentium opinione introductum, historia, ut statuit Heffter, iudice severissime censi, nec nisi ea ratione, quum non tantum externa historiae forma, sed vis eius et mens et indoles cognoscatur.

Iam si sententias auctorum hucusque expositas brevi comprehendimus, haec elucere videntur: Haelschner, Fallati, Mohl communitatem internationalem, Mueller-Iochmus gentium civitatem, Wasserscheben et Haelschner communem iuris conscientiam basin iuris inter gentes esse statuunt. Kaltenborn, Mohl, Mueller-Iochmus, Oppenheim eandem iuris conscientiam fontem esse testantur, unde ius internationale proficiscatur. Heffter iuris conscientiam eam vult conditionem esse, qua civitatum inter se commercia metiamur. Denique Buelau externam quandam iuris formam, morem scilicet ac consuetudinem, pro fonte iuris inter gentes habendam existimat. Principia iuris inter gentes solus Kaltenborn duo protulit, alterum quidem obiectivum, communitatem internationalem, alterum vero subiectivum, supremam potestatem. Contra ea Puetter supremam potestatem unum ac solum esse principium opinatur. Wasserscheben vero supremam potestatem pro iuris conscientia, atque utramque pro fundamentis habuit, quibus ius inter gentes niteretur. A Stein denique, viro doctissimo, ideam iuris ad principia iuris inter gentes relatam esse, aliter non collegeris, nisi ex sententiis ab eo proditis; nec enim quidquam ipse de ea re certi est professus.

Iam ex hac quaestione, de diversis doctissimorum hominum sententiis instituta, haec potissimum redundasse videntur:

I. In his scriptores plus minusve consentiunt:

- 1) alii scriptores communitatem internationalem basin esse iuris inter gentes agnoscunt;
- 2) alii auctores communem iuris conscientiam fontem esse volunt, ex quo ius inter gentes derivetur.

II. Haec vero sunt, quae in eorum quaestionibus discrepant:

- 1) communitas internationalis modo basis, modo principium iuris inter gentes esse traditur;
- 2) communis iuris conscientia modo fons, unde ius inter gentes oriatur, modo eius basis, modo conditio existimatur;
- 3) suprema potestas nunc pro iuris inter gentes principio, nunc pro eius basi habetur.

III. At iisdem auctorum disquisitionibus haec sunt vitio tribuenda:

- 1) plerique auctores tantummodo basin atque fontem iuris inter gentes, nec vero eius principia enodarunt, ergo de natura iuris inter gentes disseruerunt sine ulla summi eius principii expositione;
- 2) contra ii auctores, qui principia iuris inter gentes investigare studuerunt, talia proposuerunt, qualia vera principia esse nego.

Itaque ex iis, quae in disquisitionibus modo excussis inter se congruant discrepantque, quaeve vitio sint vertenda, colligendum esse arbitror, basin quidem iuris inter gentes utique in vita communi internationali, fontem eius utique in communi iuris conscientia gentium collocandum, principium autem, quum verum ullum nondum sit indagatum, a

nobis esse uberius exponendum. Qua in re illud nimirum nobis est adiumento, quod ab aliis iam ante nos auctoribus iuris inter gentes basis atque fons verissime indicantur.

Iam in commentationis meae exordio docui¹²⁶⁾, quam via omnis et privati et publici iuris doctrina, et quam potissimum ius inter gentes progrediantur necesse sit, ut verum, quo nitantur, principium indagetur¹²⁷⁾. Tum ante omnia erit quaerendum, quaenam sint iuri inter gentes statuendae conditiones.

Hae profecto tantummodo tales sunt conditiones internationales, quales obiecta praebere possunt praeceptorum iuris. Omnes enim conditiones, quae ad mores, neque ad ius pertinent, velut amicitia, amor mutuus ac benevolentia, non possunt esse materiae praeceptorum iuris inter gentes.

126) Vide supra pag. 7.

127) Principia, quibus rerum publicarum disciplinae nitantur, ex conditionibus exstantibus ducenda esse, et in ipso libro paulo ante, quam commentatio nostra typis est excusa, nobis allato, quem Eisenhart composuit atque inscripsit: „Die gegenwärtige Staatenwelt in ihrer natürlichen Gliederung und ihren leitenden Grossmächten,“ Leipzig 1856, his verbis comprobatum legimus: „Wie die Historienmalerei, wie das historische Drama den mannfleischen Geschmack der Kunst bezeichnen, so beginnt die reife Zeit auch auf den Gebieten des praktischen Lebens der philosophischen Ideale mit jedem Tage müder zu werden, mit welchen man so lange den Geist des Zeitalters verwirrt und in Aufregung erhalten hat, und neigt sich immer mehr der *geschichtlichen* Erforschung des Lebens und dem *praktischen* Ausbau seiner gegebenen und eingeborenen Formen zu. Nicht zwar, als ob man die Bedeutung der philosophirenden Staatswissenschaft und das Mass der Ideen, das sie der Wirklichkeit aufzuerlegen bestimmt ist, irgend verkennen dürfe; aber man ist doch nunmehr ziemlich allgemein zu der Ueberzeugung gelangt, dass es ein verderblicher Irrthum war, wenn man jene leitenden Ideen und Regeln der Staatskunst bisher zumeist aus reiner Vernunft schöpfen zu können meinte, anstatt dieselben angesichts einer mehr als 300jährigen Geschichte der menschlichen Verbindungen nach allen Regeln einer Erfahrungswissenschaft abzuleiten.“

Iamque Gagern¹²⁸⁾, Kaltenborn¹²⁹⁾, Stein, Oppenheim¹³⁰⁾, Mueller-Iochmus¹³¹⁾ et Mohl¹³²⁾ bene demonstrarunt, proprium illud esse ac peculiare iuri inter gentes, quod gentium inter se conditiones varie immutentur, et magis magisque extendantur. Sed accuratius non possunt definiri propriae illae gentium conditiones; quae modo attulimus momenta, ea maxime universa habeantur. Alterum enim, quod spectat ad iuris naturam, partem esse indicat ius inter gentes totius iuris scientiae¹³³⁾, alterum, ex quo ius inter gentes mutabilitas emergit, documento est, ius inter gentes ex historia prodire¹³⁴⁾; quumque ipsa historia novas semper res, nova

128) Vide supra pag. 12 seqq. et Gagern, Crit. d. Völkerr. pag. 2 et 17.

129) Vide supra pag. 23 et Stein in Hall. Allg. Lit.-Zeit. 1845, col. 140 seqq. Cf. Berl. Jahrb. f. w. Krit. 1846, col. 885 et Kaltenborn, Krit. d. Völkerrechts, pag. 211.

130) Vide supra pag. 90 et Oppenheim, pag. 5.

131) Vide supra pag. 27 et Mueller-Iochmus in Bülow's Jahrb. d. Gesch. u. Polit. 1847, Vol. II. pag. 43, ubi haec leguntur verba: „In seinem Wesen überall dasselbe, ist es (sc. das Völkerrecht) in seiner Erscheinungsform ungleich und wechselnd.“

132) Vide supra pag. 25 et v. Mohl, Gesch. d. Staatsw., pag. 341.

133) Alii contenderunt doctrinam iuris inter gentes partem esse iuris scientiae (vide supra pag. 27 et Mueller-Iochmus l. c. pag. 42, conf. etiam Puetter in Richter's Krit. Jahrb. f. d. R. pag. 771, v. Kaltenborn, Krit. d. Völkerr. pag. 238, Stein in Hall. Allg. Lit.-Zeit. 1845, Vol. I. Col. 121, qui recte monuit hucusque sententiam non firmatam esse, cui nam disciplinae generali adnumerandum esse doctrinam iuris inter gentes.) alii eam adnumeraverunt rerum publicarum scientiae (cf. e. g. v. Mohl, Gesch. d. Staatsw. Vol. I. pag. 126 et Bülow, Encyclopädie der Staatsw. 1856, pag. 13). Assentio ego sententiae prius enuntiatae, quum iam ex appellatione: *ius inter gentes* fluat, scientiam huius iuris et scientiae iuris omnis adnumerandam esse.

134) Quam ob causam et Mueller-Iochmus doctrinam iuris inter gentes doctrinam historicam significat. Vide supra pag. 27 et Mueller-Iochmus l. c. pag. 49 ubi haec profert „die Wissenschaft des Völkerrechts ist wesentlich Geschichtswissenschaft.“ Hinc patet, a viro doctissimo doctrinam iuris inter gentes et iurisprudentiae et doctrinae historicae adnumerari; in quibus sententiis diversis contradictio non inveniendae est, quum scientiam iurisprudentiae ipsam scientiae historicae adnumeremus.

facta et eventus afferat, — conditiones quoque mutantur internationales, neque umquam possunt in aeternum constitui.

Forma duntaxat iuris positivi inter gentes, vis et effectus esse videtur historiae universae. Disciplina iuris inter gentes, quae momenta internationalia complectitur, ex nostra certe opinione, gentium illas conditiones, quatenus ad iuris praecepta revocantur, ad suam ipsius materiam redigere debet. Hanc quidem materiam iuris disciplinae pariter ac gentium conditiones et ius ipsum facile mutari posse, per se patet ex conditionum iurisque ratione varia commutabilique. Ex iisdem conditionibus, quum temporis progressu mutatae sint, formam pendere disciplinae iuris inter gentes, imprimis etiam Stein testatur, qui affirmat, crescente in dies gentium commercio, ius internationale privatum (das internationale Privatrecht), consociationes ad exigenda portoria constitutas, congressus deliberationesque publicas exstitisse, atque inde limites iuris inter gentes ideoque disciplinae eiusdem prolatos esse ¹³⁵). Eandem fere sententiam et Kaltenborn protulit ¹³⁶).

Iam vero quaestio illa, quomodo tandem reperiatur principium, quo variae gentium conditiones ad universum certumque in iuris inter gentes disciplina ordinem redigantur, dissolvi tum demum poterit, quum rursus quaeretur, quanam vi interna conditiones sint internationales enatae. Quod momentum principale non aliud fuisse, nisi

¹³⁵) Vide supra pag. 23 in fine et Stein in Hall. Allg. Lit.-Zeit. 1845, col. 144.

¹³⁶) v. Kaltenborn in Berl. Jahrb. f. wissenschaftl. Krit. 1846, col. 885.

iuris principium, id historia docet aliique perspexerunt auctores ¹³⁷), alioquin nobiscum omnino non consentientes. Illud ipsum autem semper fuit principium iuris, dum ius aliquod inter gentes vigeret; neque enim ullum exstabat ius inter gentes, quum conditiones gentium internationales iuris principio carerent. Quoad autem iuris principium processerit, et quonam nunc stadio versetur, hoc idem ex historia cognoscitur ¹³⁸).

Ut vero intelligamus, qualem nunc formam iuris principium induerit, de rebus ipsis, quas historia proponit, — ad aperiendam hanc iuris principii formam — exponamus.

¹³⁷) Vide supra pag. 16 et 19, et v. Kaltenborn in Berl. Jahrb. f. w. Krit. l. c. col. 868 et Krit. d. Völkerr. pag. 12. Quum iam Kaltenborn iterum ac saepius strictissimis verbis enuntiaverit, principium iuris per vitam hodiernam inter gentes quotidie ad maiorem ascendere auctoritatem, non intelligo, cur non idem auctor principium illud, ex historia proficiscens, etiam principium iuris inter gentes esse agnoverit. Quum praeterea Kaltenborn statuit postulari, erit priusquam principia iuris inter gentes positivi disquirantur, ut qualem formam ipsa notio huius iuris inter temporum vicissitudines et populorum commercium induerit, explicetur, auctoris, ut mihi videtur, erat, aut sola deductione hac historica antegressa, hanc notionem deducere, aut, si principium in tali deductione omitta ponat, illud tantum ponere, quod iam ipse ex historia deduxit. Hoc quidem eo magis a nobis postulandum est, quod Kaltenborn ipse (Krit. d. Völkerr. pag. 243) haec protulit: „Das positive System (sc. des Völkerrechts) hält ein gewisses positives Stadium der geschichtlichen Entwicklung der Rechts- und besonders Völkerrechtsideen bei einem bestimmten Volke fest.“ Cf. etiam Stein in Hall. Allg. Lit.-Zeit. 1847, col. 508.

¹³⁸) Historiam talem principii iuris inter gentes Kaltenborn, ut iam supra (pag. 17) monui, promisit et eiusdem adumbrationem in libro suo saepissime laudato (pag. 269 in fine) iam nobis proposuit. Expositionem similem et viro doct. Stein debemus (cf. Hall. Allg. Lit.-Zeit. 1845, col. 124), quae vero magis ad disciplinam iuris inter gentes, quam ad ius ipsum spectat, et quum auctor ex argumento nobis iam renuntiato proficiscitur, argumentum gravissimum iuris inter gentes esse civitatum, cuius fundamentum organismus civitatis habeatur (vide supra pag. 23), et ex hac sententia etiam historiam iuris inter gentes diudicat, ea, mihi minime apta ad explicandam historiam ideae iuris inter gentes esse videtur.

Principium iuris haud dubie ex iuris conscientia proficiscitur: quamobrem, si indolem ac naturam iuris principii, quo nititur ius inter gentes, cognoscere velimus, quaerendum nobis erit, quamam via facta historica iuris conscientiam, quae gentibus inest, excitaverint atque excoluerint¹³⁹). Quum primum iuris conscientiam, quod attinet ad indolem eius historicam, indagaverimus, tum profecto, — si inductionis rationem sequimur ita, ut ex rebus singulis de universis iudicemus atque res universas, quid iis contineatur, ex singulis metiamur, — principium iuris inter gentes, quoad per tempora processerit, nobis erit manifestum.

Historiam vero iuris conscientiae gentium, velut fontem, ex quo conditiones internationales oriantur, unicam et necessariam esse viam, qua ius internationale, ideoque, ut equidem arbitror, et argumentum disciplinae principiumque iuris inter gentes reperiri possit, iam alii doctissimique viri comprobaverunt¹⁴⁰). Quodsi vero disquisitiones historicae, de iure inter gentes adhuc institutae, finem propositum non attige-

139) Quum vero Mohl statuit (vide supra pag. 26 et v. Mohl, *Gesch. d. Staatsw.* Vol. I. pag. 399) ius inter gentes documentum esse debere argumentis historicis fultum conscientiae iuris, iam ex hac sententia elucet, historiam iuris inter gentes non nisi probatione effectorum factorum historiae in conscientiam adhibita exponi posse. Quam sententiam et ipse Mohl verbis (l. c.) approbat: „Wie sollte da aber der Beweis dieses (sc. des gemeinsamen Rechtsbewusstseins der christlichen Völker der Neuzeit über das Rechtsverhalten unabhängiger Staaten zu einander) und der Inhalt desselben gegeben werden durch die Aufstellung irgend welcher beliebiger rechtsphilosophischer Sätze und eine eben so willkürliche Beifügung von einzelnen Thatsachen.“

140) Vide supra p. 26 et v. Mohl (*Gesch. d. Staatsw.* Vol. I. pag. 399) haec verba profert: „Ein practisch zuverlässiges positives Völkerrecht kann nur der geschichtlich nachweisbare Ausdruck des gemeinsamen Rechtsbewusstseins der christlichen Völker der Neuzeit über das Rechtsverhalten unabhängiger Staaten zu einander sein.“

rint, causa huius rei in eo posita videtur, quod auctores non id egerunt, ut, iuris natura spectata, conscientiam iuris investigarent, sed potius quibuslibet gentium inter se rationibus, et passim in conditionibus iis, quae ad ius externum civitatis referuntur, momenta internationalia subesse viderunt, neque omnino in explorandis rebus a principio universo profecti sunt. Huc accedit, quod nulla iuris inter gentes historia, vel ad omnes vel ad Europaeas saltem ab antiquissima inde aetate usque ad nostram memoriam spectant, ab uno eodemque auctore composita exstat¹⁴¹): unde factum est, ut diversi gradus procedentis iuris inter gentes, diversa sane ratione, ab alio aliter tractarentur exponerenturque.

Quodsi hac ratione historica ad investigandam iuris conscientiam gentium a nobis ineunda eo perducimur, ut inde patere videamus, conscientiam iuris re vera iam adesse, eandemque ius inter gentes provocasse, — fieri non potest, quin conditiones via historica repertae, quibus iuris conscientia declaratur, iuri positivo inter gentes iudicandae subiiciantur — propterea quod ipsam historiae fidem sibi vindicant — atque materiam constituent disciplinae iuris positivi inter gentes, quippe quae, ne ab omni vitae usu removeatur, a paranda qualibet materia abstinere, immo eandem ex veritate historica petere debeat, quo facilius possit ad vitam accommodari.

Quaecunque ad hoc usque tempus de historia iuris inter gentes conscripta sunt, ea nuperrime Mohl uberius exposuit iudicioque critico perlustravit¹⁴²). Idem testatur, praecepta iuris

141) Cf. v. Mohl, *Gesch. d. Staatsw.* Vol. I. pag. 340 seqq.

142) Cf. *Gesch. d. Staatsw.* Vol. I. pag. 341 seqq.

inter gentes, nisi consideratis tam theoreticorum sententiis, quam rebus ipsis in orbe civili gestis, ratione plane historica explicari non posse, nec nisi ex mutuo ipsarum appulsu emanare ¹⁴³). Elucet ex illo conspectu, duo adhuc edita esse opera, alterum a Wheaton ¹⁴⁴), alterum a Laurent ¹⁴⁵), quibus praecepta iuris inter gentes atque res ipsae continentur. In universum cum iis, quae Mohl de hisce operibus protulit ¹⁴⁶), consentiens, iudicium uberius in commentatione propria posthac edenda feram, in eaque de studiis historicis hucusque susceptis eo consilio explicabo, ut demonstrarem, quantum illae adiumenti attulerint cognitioni iuris conscientiae, gentibus insitae, ex qua velut e fonte principium iuris inter gentes hauriendum videatur.

Adstipulor omnino Mohl, viro clarissimo, qui sententias theoreticorum ad progressum iuris inter gentes vim habuisse magnam contendit ¹⁴⁷); at censeo, eandem vim ad ius inter gentes, via historica indagandum, eatenus tantum spectare, quatenus res vere historicae obiciantur, quibus vis illa probari aut ex quibus deduci possit. Solae enim theoreticorum opiniones, quae omni carent argumento, — unde pateat, easdem ad momenta historica iuris inter gentes valuisse, ideoque in constituendo iure positivo inter gentes aliquas subiisse partes, — nullius sane pretii sunt, neque, deficiente argumento, ad explicationem disciplinae iuris inter

143) v. Mohl, *Gesch. d. Staatsw.* Vol. I. pag. 339.

144) Wheaton, *histoire des progrès du droit des gens*, Leipzig 1853.

145) Laurent, *histoire du droit des gens*, Paris 1851.

146) v. Mohl, *Gesch. d. Staatsw.* Vol. I. pag. 373 seqq.

147) v. Mohl, *l. c.* pag. 373.

gentes referri possunt. Persuasum igitur mihi habeo, non solum fieri posse, sed etiam necessarium esse, ut vis, quam res inter gentes actae in ius positivum inter gentes habeant, atque praecepta theoreticorum separatim explicentur, neque minus, futurum esse, ut mutuo demum rerum praeceptorumque appulsu tertium quoddam efficiatur, quod praecipue acta internationalia comprehendat, praeceptaque iuris inter gentes tantummodo ita exponat, ut vim historica ratione probandam ad acta internationalia consequantur.

Audeo contendere, systemata iuris positivi inter gentes hucusque proposita ob eam potissimum rem parum obtinuisse neque in communem omnium usum conversa esse, quod maximam partem fundamentis historicis carent et plerumque theoreticorum opinionibus nituntur, quas historia aut re factisque nondum confirmavit, aut quae omnino ad facta non sunt referendae. Hac igitur sententia probata quaestiones propositae tum demum satis expediuntur, quum primum id agetur, ut historica iuris inter gentes disciplinae materia constituatur, deinde materia vere constituta reducatur ad proprium disciplinae argumentum, ex eodemque, secundum inductionis viam, principium iuris inter gentes eruatur. Hoc quidem, identidem fateor, non aliud esse potest, nisi principium iuris internationale, quoniam principium illud est unicum iuris principium, cuius natura propriis, quae ad historiam pertinent, gentium conditionibus est adstricta. Verum priusquam, id quod hucusque a nemine factum est, continuatio seriesque illarum conditionum, quas historia testatur, plane intellecta sit, et, quantum alia ex alio nexa et omnes inter se aptae

colligataeque videantur, uno iure duce satis sit demonstratum, — qua in re imprimis Laurent peccasse mihi videtur, cuius iuris inter gentes historia magis speciem praebet historiae populorum conditionum universae, quam historiae iuris inter gentes, — priusquam denique vis illa, quam theoreticorum opiniones ad ius positivum inter gentes habuerint, iustis, quos supra dixi, limitibus sit circumscripta: fieri non potest, ut de natura iuris inter gentes principii certae probabilesque normae proponantur. Quamdiu vero non id egimus, ut naturam iuris inter gentes principii ad historicam veritatem revocaverimus, tamdiu deerit nobis iuris inter gentes systema bene compositum, eo tandem producendum, ut materia disciplinae iuris inter gentes idonea, vel ex ipsis gentium conditionibus hausta principioque certo ac rebus gestis confirmato exponatur uberiusque describatur.

Itaque, ut equidem arbitror, systema iuris inter gentes, priusquam ad vitae usum plane transferatur, multis magnisque operibus poliatur necesse est. Quae, quamvis altioris indaginis sint, utique sunt praeparanda, nec ideo tantum, ut disciplina iuris inter gentes, id quod sua ipsius causa intendit, specie vere historica ac positiva sibi sumpta, certam quandam vim in vitam apiscatur, sed etiam, ut gentes civitatesque systema iuris inter gentes obtineant, quo, uti certa testantur historiae documenta, ius aperiatur, quod iis ipsis viam modumque factorum omnium praescribat, quae quidem maxime ex eorum voluntate, tum ex fonte uberrimo, ex quo legitima acta omnia prodeunt, hoc est ex iuris conscientia,

gentibus insita, oriuntur. Tum demum, quum fuerit gentibus civitatibusque persuasum, ius inter gentes ab iis ipsis emanasse decretumque esse, revera illud vigebit, neque amplius, an omnino existat, quoniam historiae fide comprobatum est, a gentibus in dubium vocabitur.

Sententiis hucusque expositis rationem et viam indicavi, qua ius positivum inter gentes ad argumentum, quo opus sit, ad principium, quod inde emergat, nec non ad systema, quod ex principio, argumentum comprehendente, petendum sit, pervenire queat. Neque ideo tamen infitior, sententias cogitataque magnam habere vim in iure inter gentes conformando.

Propter discrimen, quod subest inter solas ideas a priori valentes, atque inter ideas positivas, quibus historia auctoritatem attulit, ipsam iuris inter gentes positivi et philosophici commixtionem, qualis non raro est proposita, plane falsam existimo, quum systema iuris positivi inter gentes minime pia philosophorum desideria, sed potius voluntatem gentium quoad ius inter easdem valens certissime expressam complectatur necesse sit. Dispositione materiae internationalis logica etiam in ipso positivi iuris inter gentes systemate opus esse, non est dubitandum, verumtamen aliud esse arbitror, si quis dispositionem logicam, velut legem universam adsciscat, cui systematica commentandi ratio inserviat, aliud omnino, si methodum philosophicam, quam in rebus diiudicandis sequatur, ad materiam historicam, proprie positivam, transformandam vel etiam procreandam, quale sit ius positivum inter gentes, referre velit.

Quantum momenti philosophia in iure inter gentes habeat, — id quod hoc loco per transennam quasi tetigi, alio vero accuratius explicabo — ita statuo: demonstrandum est philosophiae, an ius positivum inter gentes, quale exstet ac vigeat, rerum humanarum ordini respondeat. Hic ordo vero non orditur solis ex ideis, sed nititur ideis e factis historicis profluentibus¹⁴⁸). Nimirum maxime necesse est, seiungi ius positivum, quod obtinet, a iure philosophico, quod exoptandum est¹⁴⁹). — Quum vero ius philosophicum materiam eandem, qualem ius positivum, amplectatur, et principium idem in utroque systemate valet. Quod principium non aliud est, nisi iuris internationale, quod supra est a me propositum. Ex iuris inter gentes positivi institutionibus ad systematis ordinem redactis intelligitur iuris inter gentes forma temporalis, ius philosophicum vero demonstrat, quem iuris principium gradum in iure inter gentes consequi possit.

148) Consentio cum viro cl. Hegel, qui rectissime dixit (Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1840, pag. 16) „— dass die Philosophie, weil sie das Ergründen des Vernünftigen ist, eben damit das Erfassen des Gegenwärtigen und Wirklichen, nicht das Aufstellen eines Jenseitigen ist, das Gott weiss wo sein sollte —“.

149) Dissentio igitur a viro doct. Puetter, qui ius philosophicum et positivum iuris inter gentes in uno eodemque systemate coniungendum esse contendit (vide supra pag. 21) neque magis concedo, quae vir doct. Mohl docuit (vide supra pag. 26) — sententis mere philosophicis ibi utendum esse, ubi nulla iuris positivi praecepta exstent. Opinor equidem praeterea, virum doct. Mueller-Jochmus, qui ius positivum sic definit (d. allgem. Völkerr. § 6): „Positiv ist nicht das äusserlich Bestehende und Gesetzte im Gegensatz zu dem, welches der natürliche Sinn der Völker noch zu erschliessen hat, sondern das innerlich Nothwendige, welches ihnen die Wege für ihre Entwicklung vorzeichnet. Das Vernünftige wahrhaft Historische ist das Positive und die Forschung, welche den wahren historischen Sinn der That-sachen an der Hand der Philosophie auszulegen weiss, die rechte Wissenschaft des Völkerrechts,“ — in errorem magnum incidisse, quum ea, quae ius philosophicum contineat, iuris positivi appellatione significaverit.

Iure internationali positivo aut omnes gentes, aut singulae uti possunt, nostra aetate illud esse proprium singularum solummodo gentium, in aperto est. Optandum quidem erit, ut aliquando omnes orbis terrarum gentes profiteantur ius inter gentes; verumtamen, quoad tempora illa non inciderint, plane nullum exstabit universum ius inter gentes positivum¹⁵⁰).

Modus agendi, quo olim Graeci atque Romani, neque minus aliae gentes utebantur, quove nostris etiam temporibus gentes nonnullae utuntur, tantummodo ius ipsius civitatis externum appellari potest, minime vero iuri inter gentes adnumerandus est. Imo modus laudatus non recte appellatur *ius*, nisi firmis principiis iuris innitatur. Ius *inter gentes* vero singularum gentium non exstare, iam ex notione eiusque significatione quis perspiciet, nam ius *unius cuiusvis* gentis non est ius inter gentes. Denique ius inter gentes non exstat deficiente agnitione plurium gentium, ideoque ius ab una tantum gente positum non apud alias gentes valet: qua de causa et errorem commiserunt auctores, qui de

150) Recte Mueller-Jochmus (l. c.) monuit, ius inter gentes Europaeae solummodo ius singulare esse; quum vero praeterea contenderit, exstare etiam ius inter gentes universale, maxime dolendum est, quod auctor definitionem huius iuris non exhibuerit. Neque nisi ex inscriptione libri sui „das allgemeine Völkerrecht“ et tractatione iuris inter gentes diversarum gentium colligere possumus, omnem agendi modum, quo gentes in alias gentes uterentur, pro institutionibus iuris inter gentes illum accepisse, sed iam Kaltenborna recte monuit: „Ein positives internationales Leben unter den Völkern hat es von den frühesten Zeiten an gegeben. Aber die *Rechtsbasis* hat bis in die modernen Zeiten hinein dem internationalen Verkehr gefehlt. Das *internationale Leben* ist alt, das *Völkerrecht* ist ein Product der Neuzeit.“ Qua cum sententia omnino consentiens, iam addo: et nostra memoria apud eas tantum gentes ius inter gentes valere, a quibus iuris basis supra laudata agnita sit.

iure inter gentes singularis civitatis vel gentis tractarent¹⁵¹⁾
 et tali modo notiones diversas iuris *civitatis* externi et iuris
civitatum externi confunderent.

151) Non recte dixit Mueller-Jochmus: „Unter den Begriff des
 besonderen Völkerrechts muss sowol das äussere Recht mehrerer Staaten als
 auch des einzelnen Staates fallen, da wir es in letzterer Beziehung nicht
 mehr ungereimt finden, von dem Völkerrecht des einzelnen Staates, wie von
 dem Völkerrecht Athens, dem Seerecht Carthagos, Venedigs, zu sprechen.“

THESES.

- 1) Disciplina omnis, et prae ceteris quidem iuris scientia,
 vitae, neque vita disciplinae causa existit.
- 2) Ubi haustum fuerit disciplinae alicuius argumentum ex
 vitae usu ac rerum natura, ibi summa eius principia
 facile patebunt.
- 3) Opus ab Hugone Grotio compositum atque de iure
 belli ac pacis inscriptum hominum animos sibi magis
 conciliavit, quam ingenii acumen incitavit.
- 4) Systemata de iure inter gentes adhuc edita certo firmo-
 que principio non nituntur.
- 5) Principium iuris inter gentes sola historia duce inda-
 gandum est.
- 6) Nulla adhuc conscripta est historia iuris inter gentes
 ab antiquissimis temporibus usque ad nostram aetatem.
- 7) Praecepta iuris inter gentes positivi et philosophici in
 uno eodemque systemate non sunt coniungenda.
- 8) Ut processus civilis iuri privato respondet, ita et diplo-
 matia vel processus inter gentes habeatur.

Corrigenda.

P. 2. l. l. priore — priori

P. 7. l. l. principium iuris internationalis — pr. iur. internationale

P. 55 not. 137 l. l. statuit postulari, erit priusquam — statuerit postu-
 lari, priusquam