

# De positie en verdiensten van Gustav Hugo in de vernieuwingen van de (Duitse) rechtswetenschap tussen 1757 en 1815

*Jan-Baptist Lemaire*

Onder wetenschappelijke begeleiding van Prof. Dr. Laurent Waelkens en Dhr. Wouter Druwé

## 1. INLEIDING

*“Von Allem was ich je geschrieben  
Ist einst vielleicht nur dies geblieben!”<sup>1</sup>*

In dit citaat van Gustav HUGO (1764-1844) uit een lofschrift van Karl HALTAUS (1811-1848) aan alle Duitse auteurs met naam en faam in het Duitsland van de jaren 1840 zadelt hij ons op met een manifeste onwaarheid. Immers, niet slechts deze twee zinnen zijn ons van hem overgeleverd, integendeel. Gelukkig maar, want hoewel we deze professor aan de universiteit van Göttingen nog amper kennen, heeft hij veel voor de (Duitse) rechtswetenschap betekend.

Zijn leven en werk markeren namelijk de overgang tussen twee periodes in de rechtswetenschap, het natuurrecht en het rechtspositivisme. Van de zeventiende tot de negentiende eeuw trachten filosofen, in reactie op de opkomende absolute monarchieën, te zoeken naar de principes die aan de basis van elke menselijke regel liggen. Deze traditie wordt gevolgd door een tweede: de opkomst van de positieve wetenschappen. De bijhorende wetenschappelijke, systematische methode gaan filosofen toepassen op het natuurrecht, om zo tot een sluitend rechtssysteem te komen. Meer en meer komt er echter kritiek op deze ontwikkelingen. Het recht laat zich niet volledig en systematisch doorgronden, laat staan dat het overal hetzelfde is. Hoewel het natuurrecht als stroming dus steeds meer op het voorplan treedt, verliest het in academische kringen gestaag haar invloed. Evenwel laten ook de talrijke voorstanders van de natuurrechtstraditie van zich horen, met als bekendste (en

---

<sup>1</sup> H. EISENHARDT, *Zur Erinnerung an Gustav Hugo: Beitrag zur Geschichte der Rechts-Wissenschaft*. Berlijn, Decker, 1845, 17, citaat uit een lofschrift aan Duitse auteurs van Karl HALTAUS (1811-1848): K. HALTAUS, *Album deutscher Schriftsteller zur vierten Säcularfeier der Buchdruckerkunst durch Dr. Karl Haltaus*, Leipzig, Fest, 1840, 162.

tevens laatste grote) wapenfeit het werk *De l'esprit des lois* (1748) van Charles de MONTESQUIEU (1689-1755).

Nadat MONTESQUIEU zijn *De l'esprit des lois* heeft geschreven, begint het bij de meeste rechtsgeleerden en filosofen te dagen dat iedere samenleving verschillend is en er dus geen onvervreembare rechten zijn. Het startschot voor de echte 'aanval' op het natuurrecht situeren we echter iets later, meer bepaald in 1757 wanneer Johann Stephan PÜTTER (1725–1807) de eerste uitgave van zijn *Juristischen Encyclopaedie*<sup>2</sup> publiceert. Hij is de eerste die voluit kritiek uitte op de School van het Natuurrecht van de achttiende eeuw. De omwenteling in de rechtswetenschap komt tot een einde in 1815, wanneer Carl Friedrich VON SAVIGNY (1779-1861) de eerste editie van het *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* publiceert en daarmee het begin van de Historische (Rechts)school aankondigt<sup>3</sup>, de stroming die in de Duitse rechtswetenschap een eeuw lang de heersende opvattingen (zij het verdeeld onder romanisten en germanisten) zal vertolken. Het valt wel op te merken dat bijvoorbeeld in Engeland deze stroming geen vaste voet aan de grond krijgt, maar daarentegen zal aanknopen met het rabiante rechtspositivisme van John AUSTIN (1790-1859), die in 1832 zijn toonaangevende *The Province of Jurisprudence determined* uitgeeft, waarmee hij komaf maakt met het natuurrecht van onder andere William BLACKSTONE (1723-1780). Ons interesseren echter vooral de ontwikkelingen in de Duitse rechtswetenschap.

Het is immers voor die rechtswetenschap dat HUGO's ideeën van onschatbare waarde waren (en zijn). Zo rekent SAVIGNY zelf hem tot zijn belangrijkste voorloper.<sup>4</sup> De hoogleraar aan de universiteit van Göttingen deed echter meer dan dat. Hij betekent ook veel voor de vernieuwde aanpak van het Romeinse recht en is daarenboven een zeer begenadigd docent. In dit werk beperken we ons echter tot HUGO's ideeën over de rechtswetenschap en het recht in het algemeen.<sup>5</sup>

Eerst schetsen we kort het leven van HUGO (2). Daarna kijken we naar zijn inspiratiebronnen (3), MONTESQUIEU en KANT, maar vooral zijn voorgangers in Göttingen, om vervolgens HUGO's eigen ideeën uiteen te zetten (4). We

<sup>2</sup> J.S. PÜTTER, *Entwurf einer juristischen Encyclopaedie, nebst etlichen Zugaben*, Göttingen, Wittve Vandenhoeck, 1757, 184 p.

<sup>3</sup> SAVIGNY spreekt in het eerste artikel, waarin hij het doel van het tijdschrift uitlegt, van twee scholen in de rechtswetenschap, een *geschichtliche* en een *ungeschichtliche*: C. F. VON SAVIGNY, "Ueber den Zweck dieser Zeitschrift", *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* 1815, afl. 1, 2.

<sup>4</sup> H.U. STÜHLER, *Die Diskussion um die Erneuerung der Rechtswissenschaft von 1780-1815*" in *Schriften zur Rechtsgeschichte*, Berlin, Duncker und Humblot, 1978, 55-56 (hierna geciteerd als 'H.U. STÜHLER, *Diskussion*, 1978') met verwijzing naar C.F. VON SAVIGNY, *Vermischte Schriften*, V, Berlijn, Veit & Co., 1850, 2-3. (SAVIGNY zegt dit in een recensie van HUGO's *Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts*, een werk dat hij ook in zijn *Marburger Methodenlehre* 'de hemel in prijst'.)

<sup>5</sup> Voor wie meer wil weten over zijn ideeën over het Romeins recht, is het zeer interessant zijn *Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts* te lezen.

bestuderen achtereenvolgens wat zijn kritiek is op de toenmalige rechtswetenschap (4.1), hoe hij zelf het recht definieert (4.2), hoe hij de rechtswetenschap in zijn geheel ziet (4.3) en wat hij er daarom aan wil toevoegen, namelijk een *Philosophie des positiven Rechts* (4.4) met als uitgangspunt zijn Juridische antropologie (4.5). Afsluiten doen we met een evaluatie van zijn opvattingen en verwezenlijkingen. Dit doen we niet alleen door te kijken naar wat andere en latere denkers over hem hebben gezegd, maar ook beoordelen we hem in het licht van de latere evolutie(s) in de rechtswetenschap en de rechtsfilosofie (5).

## 2. VOORAF: LEVEN VAN GUSTAV HUGO<sup>6</sup>

Op een graf in het stadskerkhof van Göttingen staat te lezen: “*Dubitare et aliquid nescire ausi sumus*” (wij durfden te twijfelen en iets niet te weten). Dit aforisme is het levensmotto van de man die er begraven ligt, Gustav HUGO. HUGO leeft in een periode waarin geen enkel fundament van wat we dachten te weten nog volledig op z'n plaats staat. De Franse Revolutie ondermijnt het gezag van monarchen in heel Europa, de positieve wetenschappen hebben al lang een aantal fundamenten van ons geloof en wereldbeeld onderuit gehaald en in het zog van dit alles moet ons doen en laten een nieuwe grondslag krijgen: de rede. Logischerwijs kan ook het recht aan deze (r)evolutie niet ontsnappen.

Het is in dit tijdperk dus niet verwonderlijk dat één van HUGO's meest gebruikte woorden ‘*vielleicht*’ is. Hij gaat er van uit dat niets vaststaat en probeert overal zelf een antwoord op te vinden. Het is door deze ‘methodiek’ dat we HUGO nu kennen (of, jammer genoeg, eerder: niet kennen) als hervormer van de Duitse rechtswetenschap in de achttiende eeuw.

De in 1764 geboren Gustav HUGO gaat op twaalfjarige leeftijd voor twee jaar naar Montbéliard om er Frans te leren (de *lingua franca* op dat ogenblik). Daarna studeert hij aan de middelbare school van Karlsruhe, waar hij in contact komt met het werk *De l'esprit des lois* van MONTESQUIEU, een werk dat hem blijvend beïnvloedt. Ondertussen geeft zijn vader, ministerieel ambtenaar en bijzitter in het gerechtshof te Karlsruhe, hem ook lessen thuis. Daaraan houdt hij vooral zijn ‘afkeer’ over voor het toen gezaghebbende standaardwerk van Johann Gottlieb HEINECCIUS (1681-1741), *Elementa iuris civilis secundum ordinem institutionum*. Het recht wordt hierin voorgesteld als een rationele wetenschap die niet empirisch tot stand komt. HUGO zal in zijn leven alles in het werk stellen om deze these te falsifiëren. In de tweede helft

---

<sup>6</sup> Dit stuk is gebaseerd op volgende boeken: W. EBEL,, *Gustav Hugo, Professor in Göttingen*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1964, 37 p., H. EYSENHARDT, *Zur Erinnerung an Gustav Hugo. Beitrag zur Geschichte der Rechts-Wissenschaft*, Berlijn, Verlag Decker, 1945, 17 p. en C.F. VON SAVIGNY, *Der zehente Mai 1788. Beitrag zur Geschichte der Rechts-Wissenschaft*, Berlijn, A.W. Schade, 1838, 16 p.

van 1782 gaat HUGO naar de universiteit van Göttingen waar hij voor drie jaar rechten studeert. Eén van zijn belangrijkste mentors daar is Johann Stephan PÜTTER. Hoewel PÜTTER aan HUGO staatsrecht en -geschiedenis doceert, zijn het diens ideeën over Romeins privaatrecht en over het recht zelf die HUGO het meest bijblijven. Het gaat vooral over methodologie, namelijk het scheiden van de bestanddelen uit het Duitse recht van de *usus modernus Pandectarum*<sup>7</sup>, opdelen van het voor- en na-Justiniaanse recht, enz. HUGO voltooit niet alleen deze ideeën, hij voegt er ook enkele aan toe.<sup>8</sup> Hier in Göttingen worden bij HUGO de kiemen gelegd van de zogenaamde *Göttinger Geist*. Dit houdt in dat je ieder studieobject van een wetenschappelijke discipline (bijvoorbeeld het recht bij de rechtswetenschap) niet benadert door te kijken wat er al over geschreven is (dus bevooroordeeld door andere meningen) maar dat je aandacht hebt voor de menselijke gebeurtenissen in die discipline. Je kijkt naar ‘wat de natuur geschapen heeft’. Hieruit komt ook die speciale aandacht in Göttingen voor de geschiedenis in iedere wetenschap. Van deze *Göttinger Geist* is HUGO in het recht de voornaamste bezieler.

Maar laten we terugkeren naar de academische loopbaan van HUGO. Na drie jaar ijverig rechten studeren in Göttingen, sluit hij z’n studies af met de eerste prijs voor de prijsvraag van de rechtsfaculteit. Deze heeft als thema ‘*De fundamento successionis ab intestato ex iure Romano antiquo et novo*’. De universiteit is zo onder de indruk van HUGO dat hij op 10 mei 1788 kan promoveren tot buitengewoon hoogleraar met het proefschrift *De bonorum possessionibus* (waarvan de gelijkenis met Savigny’s *Recht des Besizes* opvallend zou zijn<sup>9</sup>). In de zesenvijftig jaren die hij als professor in Göttingen doorbrengt, wordt hij nog gewoon hoogleraar, ridder in verschillende kroonordes, lid van enkele wetgevingscommissies en van de *Hofrat* en de *Geheimer Justizrat*. Eén en ander toont aan dat hij, niet alleen academisch, een enorm aanzien geniet in zijn tijd.<sup>10</sup> Hoewel bijvoorbeeld SAVIGNY (die kort in Göttingen studeert) slechts één keer diens colleges bezoekt<sup>11</sup>, weerhoudt dit hem niet om een grote bewondering voor HUGO te koesteren. SAVIGNY laat zelfs in het *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* een lofredre over

<sup>7</sup> Deze methode om het Romeinse recht op een ‘moderne’ manier te lezen is in Duitsland in de zestiende eeuw ontstaan uit de inzichten en methoden van de glossatoren en commentatoren van het *Corpus Iuris Iustiniani*, met dewelke men de bedoeling had *ratio et aequitas* of *Vernunft* en *Billigkeit* in het gefragmenteerde positieve recht te brengen. De *usus modernus* werd beoefend in Duitsland van de zestiende tot negentiende eeuw. Uit: COING, H. *Europäisches Privatrecht, I, Älteres gemeines Recht (1500 bis 1800)*, München, Beck, 1985, 4 en 13.

<sup>8</sup> Zie hiervoor zijn *Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts*, Berlijn, Mylius, 1799, 412 p., in het bijzonder p. 10.

<sup>9</sup> W. EBEL, *Gustav Hugo, Professor in Göttingen*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1964, 13.

<sup>10</sup> P. BECCHI, “German legal science: the crisis of natural law theory, the historicisms, and ‘conceptual jurisprudence’” in P. RILEY, “Vol. 10: The Philosophers’ Philosophy of Law from the Seventeenth Century to Our Days” in E. PATTARO (ed.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, s.l., Springer, 2009, 186 (hierna: E. PATTARO (ed.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, Vol. 10).

<sup>11</sup> Zelf zegt hij dat hij helaas niet één van HUGO’S toehoorders is geweest.

HUGO publiceren.<sup>12</sup> Daarin somt hij op wat volgens hem de *Eigentümlichkeit seines Verdienstes* is. Maar vooral zegt hij op het einde van zijn artikel dat de geschriften van HUGO hem beïnvloed hebben zoals geen enkel ander werk dat gedaan heeft.

De verdiensten van HUGO zijn talrijk. In de twee deeldisciplines van het recht waarin hij actief was, rechtsgeschiedenis (Romeins recht) en rechtsfilosofie, breekt hij met de vroegere methodes en uitgangspunten. Beide probeert hij die specifieke *Göttinger Geist* bij te brengen. Door aandachtig te kijken naar het studieobject zelf, en niet naar wat erover geschreven is, probeert hij zowel het Romeins recht als ons rechtsbegrip tot z'n werkelijke proporties te herleiden. Dit probeert hij onder andere met de begrippen uit het Romeinse recht, de indeling in categorieën van het privaatrecht en wat nu eigenlijk geldt als positief recht. Enkele van deze veranderingen zullen, via SAVIGNY, in het *Bürgerliches Gesetzbuch* belanden. Het bekendste gevolg echter van deze verwezenlijkingen is wat we nu allen kennen als de 'Historische School'.

Maar wat is nu die *Eigentümlichkeit seines Verdienstes* waarover SAVIGNY het heeft? Dit karakteristieke is vervat in de manier waarop hij zijn hervormingen wilt bereiken. Het is niet door iedereen te overtuigen in gezaghebbende werken (hij bestrijdt immers zelf de autoriteit van werken en auteurs), maar wel door het object van alle wetenschap zelf te hervormen: de mens. Zoals gezegd legt hij enorm de nadruk op goede colleges en cursussen (dus geen boeken).<sup>13</sup> Door middel van een goede vorming van de toekomstige klasse van juristen (zoals HUGO dit zelf noemt) hervormt de rechtswetenschap zichzelf. Het is ook net omdat HUGO er niet geïnteresseerd in is boeken voor het grote publiek te schrijven, zelfs niet om boeken *sensu stricto* te schrijven, dat zijn naam bij de meeste hedendaagse juristen niet meer bekend in de oren klinkt.

Tot zijn dood in 1844 blijft HUGO in Göttingen. Hij leefde in een tijd waar het natuurrecht heerste en sterft op het moment dat het natuurrecht onherroepelijk van zijn troon verdreven is, in niet geringe mate door HUGO's toedoen. Hetzelfde geldt voor de beoefening van het Romeinse recht. Bij zijn overlijden op tachtigjarige leeftijd heeft hij aan zowat alles getwijfeld, maar in tegenstelling tot loutere sceptici is hij er in geslaagd om alles wat hij zonder blikken of blozen van tafel heeft geveegd op zijn beurt te voorzien van een nieuw fundament.

---

<sup>12</sup> Met als titel 'Der zehente Mai 1788' een verwijzing naar de datum waarop HUGO promoveert aan de universiteit van Göttingen.

<sup>13</sup> Een goed college is zowel voor publiek als voor de docent nuttig, G. HUGO, *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*, Berlijn, Mylius, 1820, 56 e.v.

### 3. HUGO'S THEORIEËN ALS VERTOLKING VAN DE HEERSENDE TIJDSGEEST<sup>14</sup>

#### 3.1. VAN NATUURRECHT NAAR RECHTSPOSITIVISME?

HUGO leefde en schreef in de achttiende en negentiende eeuw, een tijdperk waarin zoals we weten de overstap gemaakt werd van het natuurrecht naar het rechtspositivisme. Door de tegenwerking van enkele natuurrechtsdenkers ging dit echter niet zonder slag of stoot.

In de zestiende en zeventiende eeuw vierde het natuurrecht, een reactie op de opkomende absolute monarchieën, hoogtij. Tijdens de zogenaamde *Controversia de Valladolid*<sup>15</sup> waren de Spaanse iusnaturalisten de eersten om dergelijke rechten te (h)erkennen. Door onder andere Hugo DE GROOT is deze School van het Natuurrecht tot in de achttiende eeuw de meest invloedrijke stroming geweest in de studie van het recht. Ook het rationele denken van René DESCARTES (1596-1650), alle kennis komt uit het verstand en wordt daaruit verder afgeleid, en de opkomst van de positieve wetenschappen oefenden een niet te overschatten invloed uit op dit (natuur)rechtsdenken. Volgens de theorieën van DESCARTES moest ook het geldende recht in vraag gesteld worden (*cfr.* DESCARTES' methodische twijfel) en moesten we van de grond af het recht op een logische manier opbouwen. Daarbij begon hij met principes die zo rudimentair mogelijk waren (meestal samen met het bestaan van een bepaalde natuurtoestand) omdat deze als enige zeker zijn (vergelijk met Descartes' enige zekerheid, *dubito ergo cogito ergo sum*). Deze in de natuurtoestand geldende normen waren universeel geldende natuurrechtelijke principes. Van daaruit leiden we al het ander logisch af en komen we tot één coherent en logisch systeem. De bekendste voortrekkers van dit rationele systeemdenken, het *Vernunftrecht*, waren wellicht Gottfried Wilhelm LEIBNIZ (1646-1716) en Christian WOLFF (1679-1754).

Meer en meer werd echter getwijfeld aan de mogelijkheid van zulke universeel geldende principes. In deze discussie speelde MONTESQUIEU een beslissende rol. Met zijn *De l'esprit des lois* trachtte hij het natuurrecht een hand toe te steken. Ondanks de grote invloed van zijn werken, bewerkstelligde hij net het tegenovergestelde. Door met zijn klimaattheorie te erkennen dat iedere samenleving zijn eigen karakteristieken heeft die tot verschillende rechtsregels leiden, bewees hij volgens de critici van het natuurrecht dat er niet zoiets bestaat als een universele wet. Ook de grondlegger van de moderne filosofie,

<sup>14</sup> Dit stuk (2. Uitgezonderd) is gebaseerd op H. COING, *Europäisches Privatrecht, I, Älteres gemeines Recht (1500 bis 1800)*, München, Beck, 1985, 67-83; H.U. STÜHLER, *Diskussion*, 1978, 64-70 en 114-151 en M. HETTICHE, "Christian Wolff" in E. N. ZALTA (ed.) *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2014, s.l., <http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/wolff-christian/>.

<sup>15</sup> Een bijeenkomst van theologen en en juristen georganiseerd door Karel V naar aanleiding van de vermeende misbruiken op de inheemse bevolking van Latijns-Amerika door de kolonisten: L. WAELKENS, *Civium Causa. Handboek Romeins recht*, Acco, Leuven, 2008, 132.

Immanuel KANT (1724-1804), leverde hieraan een bijdrage. Rationalisten als DESCARTES stelden dat alle kennis uit het verstand komt, terwijl empiristen als HUME net volhielden dat de mens als onbeschreven blad alles uit de ervaring haalt. KANT toonde in zijn *Kritik der reinen Vernunft* aan dat zoals altijd de waarheid in het midden ligt. Er zijn in de mens *a priori* kenbare structuren, maar zij bepalen slechts de vorm van alle kennis. De inhoud moeten we halen uit de ervaring. De natuurrechten van de nieuwe en nieuwste tijd<sup>16</sup>, de erfenis van Hugo DE GROOT (1583-1645), werden door iedereen begraven (althans voorlopig) en zullen pas weer opgang vinden in de twintigste eeuw, alweer in een nieuw jasje, als mensenrechten.

Een tweede gelijklopende evolutie die we in de achttiende en negentiende eeuw vinden, is de emancipatie van het recht als autonome wetenschap. Vele rechtswetenschappers zien hun kans schoon om met de ‘ondergang’ van het natuurrecht het positieve recht daarvan te onderscheiden. Ook HUGO levert hieraan een bijdrage. Een idee komt echter nooit vanzelf, iedereen heeft wel een inspiratiebron waar hij z’n ideeën vandaan haalt, zo ook bij Gustav HUGO. Zijn invloeden konden we al deels ontdekken bij zijn beknopte levensbeschrijving hierboven, maar we zetten ze hier nog even op een rijtje. HUGO werd sterk beïnvloed door zowel MONTESQUIEU en KANT maar het meest door zijn collega’s in Göttingen met als uitbinker Johann Stephan PÜTTER.

### 3.2. MONTESQUIEU EN KANT<sup>17</sup>

HUGO kwam tijdens zijn studies in aanraking met de filosofie van zowel MONTESQUIEU als van KANT, en beiden hebben een enorme invloed gehad op zijn ideeën. De invloed die MONTESQUIEU gehad heeft op HUGO, is hierboven al grotendeels uiteengezet. We kunnen dan ook kort zijn hierover. HUGO nam van MONTESQUIEU vooral diens ideeën over de eigenheid van iedere samenleving over. Naast natuurwetten zijn er positieve wetten en deze moeten voldoen aan de *esprit général*, die ‘ziel’ wordt gevormd door allerhande factoren die verschillen naar tijd en ruimte. De belangrijkste is bij MONTESQUIEU het klimaat. HUGO neemt van hem de verscheidenheid naar tijd en plaats over van iedere rechtsregel, net omdat zij gevormd is binnen een bepaald maatschappelijk verband.

---

<sup>16</sup> Zoals onder andere ook Hugo zegt, bestaan natuurrechten natuurlijk al langer dan toen, maar zij kennen steeds een andere vorm of zelfs invulling (*cf. infra*).

<sup>17</sup> Dit stuk is voornamelijk gebaseerd op J. G. MURPHY, “Kant: Philosophy of Right” in *Philosophers in Perspective*, London, Macmillan, 1970, 186 p. (hierna geciteerd als MURPHY, *Kant: Philosophy of Right*, 1970) en integreert verder zaken uit, J. BLÜHDORN, “‘Kantianer’ und Kant. Die Wende von der Rechtsmetaphysik zur ‘Wissenschaft’ vom positiven Recht”, *Kant-Studien* 1973, afl. 1-4, 363-394 (hierna geciteerd als BLÜHDORN, *Kantianer und Kant*) en J. WALDRON, “Kant’s Legal Positivism”, *Harvard Law Review* 1996, afl. 7, 1535-1566 (hierna geciteerd als WALDRON, *Kant’s Legal Positivism*).

KANT heeft HUGO zo mogelijk nog meer beïnvloed, het is dan ook aangewezen om een kort overzicht te geven van diens theorieën.<sup>18</sup> Ten eerste bekijken we KANTS *Erkenntnistheorie* in zijn *Kritik der reinen Vernunft*. Hiermee wilde hij reageren op zowel de school van de rationalisten als deze van de empiristen. Erg vereenvoudigd zeiden rationalisten dat alle kennis uit het verstand komt (cfr. Descartes, het enige wat we zeker weten, is dat we denken, en dus zijn), waartegen de empiristen inbrachten dat dit niet mogelijk is, we weten enkel zeker wat we ervaren. De eersten gingen uit van *a priori* mogelijke kennis, de laatsten van slechts *a posteriori* mogelijk kennis. KANT onderwierp daarom de manier waarop we kennis verwerven via de ‘zuivere rede’ aan een kritisch onderzoek (op zijn beurt door middel van de zuivere rede). De inzet van KANTS *Kritik der reinen Vernunft* begin dan ook veelbelovend:

“Dass alle unsere Erkenntniß mit der Erfahrung anfangt, daran ist gar kein Zweifel; (...) Wenn aber gleich alle unsere Erkenntniß mit der Erfahrung anhebt, so entspringt sie darum doch nicht eben alle aus der Erfahrung.”<sup>19</sup>

KANT zijn *Erkenntnistheorie* (hoe kennen we?) gaat als volgt. Hij zegt dat we alle ervaring structuren naar tijd en ruimte, dit zijn *Anschauungen*. Vervolgens worden zij gestructureerd, ‘gevormd’ door het verstand. Zonder deze laatste stap zouden we immers geen geheel kunnen waarnemen, maar slechts een hoop afzonderlijke indrukken. Kennis is dus zowel *a priori* als *a posteriori*, immers: “Gedanken ohne Inhalt sind leer, Anschauungen ohne Begriffe sind blind.”<sup>20</sup> Transcendent denken is dus mogelijk, maar slechts als we dit doen over de ervaring. Metafysica moet er één zijn van de ervaring.<sup>21</sup> Als zij verder gaat dan wat de ervaring ons aanreikt, dan is zij volgens KANT ‘leeg’ en leidt niet tot rationele kennis.

Het tweede belangrijke deel van KANTS theorieën voor de ideeën van HUGO is zijn rechtsbegrip. Om dit volledig te begrijpen, moeten we evenwel eerst een

---

<sup>18</sup> De ideeën KANT laten zich niet in enkele bladzijden uitleggen, toch is dit door het beperkte bereik van dit werk noodzakelijk. Daardoor zijn er ongetwijfeld kleinere en grotere nuances die niet meegenomen zijn. Voor een beter uiteenzetting van de inzichten van KANT, zie: N. K. SMITH, *A Commentary to Kant's 'Critique of Pure Reason'*, Basingstoke, Macmillan, 1918, 651 p.; BLÜHDORN, *Kantianer und Kant*; MURPHY, *Kant: Philosophy of Right*, 1970 en WALDRON, *Kant's Legal Positivism*. Daarnaast is het belangrijk te vermelden dat HUGO's interpretatie van KANT waarschijnlijk heel erg werd beïnvloed door de werken die hij schreef in zijn voorkritische periode.

<sup>19</sup> *Kritik der reinen Vernunft* (1787), Akademie-Ausgabe, III, 1, <http://www.korpora.org/kant/aa21/161.html> (alle verwijzingen naar de werken van KANT hebben betrekking op de *Akademie-Ausgabe* van de *Königlich-Preussische Akademie*, voor online *full-text* zie <http://www.korpora.org/kant/verzeichnis-gesamt.html>).

<sup>20</sup> *Kritik der reinen Vernunft* (1787), Akademie-Ausgabe, III, 75, <http://www.korpora.org/kant/aa03/075.html>.

<sup>21</sup> “*Metaphysics of experience, not beyond experience*” MURPHY, *Kant: Philosophy of Right*, 1970, 30. Lees ook de bijzonder interessante uiteenzetting over KANTS antwoord op HUME over de zin ‘iedere gebeurtenis heeft een oorzaak’, bladzijde 30-33.



blik werpen op KANTS ethiek. De centrale vraag is hier: Wat veronderstellen we noodzakelijk als we praten over morele handelingen? Allereerst lichten we kort even toe waar morele handelingen zich volgens KANT manifesteren. KANT maakt het onderscheid tussen legaal handelen (de handeling is *in externo* ‘juist’ verlopen) en werkelijk moreel handelen (de handeling is ook *in interno* ‘juist’). KANT sluit zo aan bij een intentionalistische visie. Dit in tegenstelling tot het consequentialisme van de utilitaristen, waar slechts de (uiterlijke) gevolgen van de handeling tellen.

Moreel handelen is volgens KANT noodzakelijk rationeel handelen.<sup>22</sup> Als we waarden ontwikkelen die we als leidraad nemen bij ons handelen, moeten zij dus uit de rede komen. Moreel handelen is wat we onszelf door onze rede opleggen te doen bij iedere handeling, los van enig verlangen. Het is met andere woorden categorisch (we moeten het altijd volgen, los van een bepaalde ‘hypothese’) en imperatief (we leggen het onszelf op door middel van de rede). Deze Categorische Imperatief kunnen we op drie manieren formuleren. De eerste formulering stelt dat onze maxime, de leidraad waarnaar we handelen, universaliseerbaar moet zijn.

*“Der kategorische Imperativ ist also nur ein einziger und zwar dieser: handle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, dass sie ein allgemeines Gesetz werde.”*<sup>23</sup>

KANT houdt zijn criterium voor moreel handelen hier als louter formeel, dus zonder te verwijzen naar de concrete materiële doelen die mensen nastreven. Hoe kunnen we echter weten of een maxime universeel kan zijn? Hiervoor kijken we naar de tweede formulering:

*“Handle so, dass du die Menschheit sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden andern jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloss als Mittel brauchst.”*<sup>24</sup>

Het enige objectieve doel dat de mens kan nastreven is de verstandelijke natuur op zich, een doel dat uit de rede zelf voortkomt. Zo vermijdt KANT dat hij toch normatieve inhoud binnensmokkelt. Wat KANT hier dus zegt is dat de maxime slechts universeel kan zijn als zij ieder rationeel wezen de vrijheid laat diens eigen doelen na te streven. Hier is het sleutelbegrip gevallen: vrijheid. We kunnen immers pas moreel handelen als we vrij zijn (moeten impliceert

---

<sup>22</sup> Zijn redenering gaat als volgt: we kunnen slechts moreel handelen als we vrij zijn (moeten impliceert kunnen), vrijheid is net de mogelijkheid te handelen met een reden, een ratio (volgens een bepaalde maxime); dus de moraliteit is gestoeld op rationaliteit.

<sup>23</sup> *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (1785), Akademie-Ausgabe, IV, 421, <http://www.korpora.org/kant/aa04/421.html>.

<sup>24</sup> *Ibidem*, Akademie-Ausgabe, IV, 429, <http://www.korpora.org/kant/aa04/429.html>.

kunnen). Vrijheid is de *ratio essendi* voor moraliteit.<sup>25</sup> Dit vinden we ook terug in de derde formulering van de Categorische Imperatief:

“[Handle so.] daß der Wille durch seine Maxime sich selbst zugleich als allgemein gesetzgebend betrachten könne.”<sup>26</sup>

Slechts als een rationeel wezen, de mens, zichzelf wetgeeft, kan hij moreel handelen, pas dan handelt hij autonoom (in tegenstelling tot heteronoom handelen). Moreel handelen moet er toe leiden dat iedereen in een harmonie leeft met elkaar, dat iedereen op dezelfde manier vrij kan zijn. Echter, als niet volledig redelijke wezens zullen er steeds conflicten opduiken. Hoe weten we dan dat de vrijheid van de ene beknót wordt door de handelingen van de andere? We moeten een criterium hebben dat ons toelaat te bepalen welke doelen ‘lovenswaardiger’ zijn en dus de vrijheid van de ander beknóten. Hier smokkelt KANT in zekere zin toch normatieve inhoud binnen. We moeten wel voor ogen zien dat het onderwerp van zijn onderzoek hier is veranderd. Hij kijkt niet langer naar wat we noodzakelijk veronderstellen als we het hebben over moreel handelen, maar wel hoe we handelingen concreet kunnen beoordelen. We schakelen zo over van het systeem naar het concrete, een overgang die niet zonder problemen is (*cf. infra*). De doelen die KANT vooropstelt als ‘essentieel’ zijn geluk en perfectie.<sup>27</sup> Het criterium dat ons toelaat te zeggen of een handeling geoorloofd is of niet wordt dan: “Een maxime is moreel juist indien zij, als ze een universele wet zou zijn, niet de vrijheid verhindert van een ander rationeel wezen om diens eigen doelen na te streven, zo lang deze doelen op hun beurt niet de verhinderende inhoudt van de vrijheid van anderen om geluk en perfectie na te streven.”<sup>28</sup>

Dan is er nog de vraag wat we doen als deze vrijheid weggenomen wordt en wie daar vervolgens tegen mag optreden. Hier komt KANTs rechtsbegrip om de hoek kijken. KANT stelt dat het gebruik van dwang geoorloofd is om uiterlijke handelingen te verhinderen die de vrijheid van anderen beknóten. In de zin van ‘de vijand van mijn vijand is mijn vriend’ argumenteert KANT dat een obstakel voor de vrijheid, i.e. dwang, mogelijk is als dit zelf een obstakel voor de vrijheid wegneemt, i.e. de handeling (*‘Verhinderung eines Hindernisses der Freiheit’*). Belangrijk is ook dat KANT het slechts heeft over uiterlijke handelingen (*cf. het verschil tussen legaliteit en moraliteit*), want ook al gebeurt de handeling onbedoeld<sup>29</sup>, toch is het nodig dat ze verhinderd wordt. De enige manier om de volkomen harmonie te benaderen, is door te leven in

<sup>25</sup> *Kritik der Praktischen Vernunft* (1788), Akademie-Ausgabe, V, 4, <http://www.korpora.org/kant/aa05/004.html>.

<sup>26</sup> *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (1785), Akademie-Ausgabe, IV, 434, <http://www.korpora.org/kant/aa04/434.html>.

<sup>27</sup> Voor meer uitleg over deze noties, zie MURPHY, *Kant: Philosophy of Right*, 1970, 94-102.

<sup>28</sup> MURPHY, *Kant: Philosophy of Right*, 1970, 103.

<sup>29</sup> Dit wil zeggen dat zij niet gebaseerd is op een maxime, dus moreel af immoreel kan zijn.

een staatsverband. KANT definieert het recht (of misschien beter: rechtvaardigheid) als:

*“Das Recht ist also der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des andern nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann.”<sup>30</sup>*

De maximes die hiermee in strijd zijn, zijn dan onrechtmatig. Het valt ook op te merken dat KANT hier de vraag *Quod ius?* (Wat is recht?, *cfr. infra* bij HUGO) beantwoordt, waarmee we kunnen weten wat recht en onrecht is (*iustum atque iniustum scientia*). Deze vraag kunnen we niet beantwoorden zonder abstractie te maken van de ervaring en te graven in het verstand. Een louter empirische rechtsleer is leeg. De vraag *Quod iuris?* (Wat kan recht zijn?) daarentegen valt volgens hem wel te beantwoorden door zich uitsluitend op de ervaring te beroepen.

De enige die geweld en dwang mag gebruiken, is dus de staat. Zelf hebben we geen recht om anderen te straffen. Immers, de enige reden waarom dwang gebruikt mag worden, is om onze vrijheid (die volgens KANT aangeboren is) te verzekeren. De staat is de enige entiteit die ervoor kan zorgen dat ieders vrijheid op een gelijke manier gerespecteerd wordt. In een natuurtoestand “ben ik [immers] niet gebonden om wat van iemand anders is onaangeroerd te laten als alle anderen niet exact hetzelfde doen met betrekking tot wat van mij is.”<sup>31</sup> De (rechts)staat kan onze vrijheid door middel van dwang zelfs vergroten. Het is dus rationeel om van een natuurtoestand weg te gaan en de rechtsstaat te introduceren. Recht(en) in een natuurtoestand kunnen alleen maar provisorisch zijn. Met zijn ideeën over de rechtsstaat toont KANT een zijde die we nu als positivistisch zouden bestempelen. Volgens KANT is het nodig dat we de wet volgen, zelfs al lijkt hij ons op een bepaald punt onrechtvaardig. Onze vrijheid zou immers minder groot zijn in een natuurtoestand.<sup>32</sup> Om de overgang van natuurtoestand naar rechtsstaat te markeren, maakt ook KANT gebruik van Jean-Jacques ROUSSEAU’s (1712-1778) notie van het ‘sociaal contract’. Hij ziet dit niet als historische realiteit maar wel als een ‘louter idee van de rede’.

Ten slotte is volgende vraag van KANT niet onbelangrijk:

*“Es ist nur die Frage ob man sich von jener zu dieser nur unmittelbar wenden dürfe (von Principien a priori zu empirischen) oder ob der Übergang*

---

<sup>30</sup> *Metaphysik der Sitten*, Akademie-Ausgabe, VI, 230, <http://www.korpora.org/kant/aa06/230.html>.

<sup>31</sup> *“Ich bin also nicht verbunden, das äussere Seine des Anderen unangetastet zu lassen, wenn mich nicht jeder Andere dagegen auch sicher stellt, er werde in Ansehung des Meinigen sich nach ebendenselben Princip verhalten.”* uit *Metaphysik der Sitten*, Akademie-Ausgabe, VI, 255-56, <http://www.korpora.org/kant/aa06/255.html>.

<sup>32</sup> Zie voor een uitgebreid argument over KANT’s positivism: WALDRON, *Kant’s Legal Positivism*.

*(transitus) noch einer besonderen philosophischen a priori begründeten Vorarbeit bedürfe um eine Verknüpfung zwischen beyden zu vermitteln (...)*<sup>33</sup>

KANT haalt hier een bijzonder probleem aan. Het betreft meer bepaald de moeilijke (onmogelijke?) overgang van systeem naar ervaring, zeg maar, van theorie naar praktijk. KANT zelf zag niet meteen een antwoord. We zullen later zien hoe HUGO dit specifieke probleem zal aanpakken.

### 3.3. DE GÖTTINGER RECHTSSCHULE

Zoals gezegd, plaatsen we HUGO in het kamp dat streed tegen een *a priori* afleidbaar natuurrechtssysteem. Daarbinnen is hij te situeren bij degenen die ook voor de geschiedenis en filosofie een grote rol weggelegd zien in de rechtswetenschap. Hij hoort meer bepaald thuis in de zogenaamde *Göttinger Rechtsschule*, niet toevallig genoemd naar de universiteitsstad waar alle vertegenwoordigers van dit denken doceerden.

In deze *Göttinger Rechtsschule* zijn een viertal uitgangspunten te onderscheiden. Eerst en vooral waren hun ideeën een uiting van kritiek tegen de ideeën van Christian WOLFF. Daartegen reageerde ten eerste PÜTTER met zijn inductieve natuurrechtstheorie. Daarnaast stonden ook de emancipatie van de rechtswetenschap als autonome wetenschap, met name het onderscheid tussen natuurrecht en het positieve recht, en het samen horen van recht, filosofie en geschiedenis centraal. Eerst doen we de ideeën van WOLFF uit de doeken om daarna de reactie uit de universiteit van *Göttingen* te beschrijven.

#### 3.3.1. Het denken van Christian Wolff

De filosoof en wiskundige Christian WOLFF wordt nog steeds gezien als één van de grootste verlichte denkers van de achttiende eeuw, samen met zijn voorganger LEIBNIZ en Immanuel KANT. WOLFF was een systematisch natuurrechtsdenker die in zijn theorieën invloeden van LEIBNIZ en DESCARTES laat voelen. Aan de hand van zijn zogenaamde ‘demonstratieve methode’ creëerde hij een statisch systeem van het positieve recht en het natuurrecht. Als we deze deductie volgen, komen we uit op een kant en klaar systeem dat voor ons alle twijfel over het positieve recht wegneemt. In zijn (natuur)recht is er geen plaats voor geschiedenis, alles valt *a priori* af te leiden uit het natuurrecht, dat we vervolgens kunnen terugvinden in de normen van het positieve recht. Als dat laatste gaten vertoont, hoeven we niet naar het verleden te kijken maar kunnen we terugvallen op het natuurrecht en het recht *de lege lata* aanvullen. Met deze conservatieve idee over recht wilde WOLFF niets anders dan het toen geldende recht rechtvaardigen. Ondanks de jarenlange invloed van zijn theorieën (zijn volgers worden ‘Wolffianen’ genoemd), waren ze verre van onbetwist. Vooral in *Göttingen* liepen de gemoederen hoog op.

---

<sup>33</sup> *Opus postumum. Zweites Convolut*, Akademie-Ausgabe, XXI, 163, <http://www.korpora.org/kant/aa21/163.html>.

### 3.3.2. *Het antwoord uit Göttingen: Pütter, Reitemeier, Hufeland en Hugo*

#### a. Johann Stephan Pütter

De eerste aanval op het deductieve systeemdenken kwam van Johann Stephan PÜTTER, de beroemdste staatsrechtprofessor van zijn tijd. Volgens hem was het verkeerd “dat sommigen dergelijke waarheden, die eigenlijk uit volledig andere bronnen moeten gehaald worden, louter filosofisch willen verklaren en uiteindelijk meestal slechts uit een aantal veronderstelde begrippen en zinsneden halen.”<sup>34</sup> Zodra zij iets de uiterlijke schijn van een bewijs kunnen geven, is dat voor hen genoeg om dat proces het label van ‘wetenschap’ op te plakken. PÜTTER wijst ook op de gevaren van dit systeemdenken voor de Duitse wetenschap in het algemeen, omdat we zo de disciplines dreigen te vergeten die niet openstaan voor zo’n denken. Zo zegt hij dat, “als we deze denkrant onderschrijven, Duitsland in een echte Barbarij dreigt te vervallen.”<sup>35</sup> Als reactie hiertegen ontwikkelt PÜTTER een eigen theorie, die van de ‘*allgemeine Grundsätzen*’. Hiermee zette hij zich af van de Wolffiaanse idee die het recht beschouwde als gesloten en onveranderbaar systeem. De algemene principes waarover PÜTTER het heeft kunnen we volgens hem vinden in iedere positieve wet of in gewoonterecht. Zijn methode is dus niet langer deductief, maar wel inductief. Zijn methode is daarenboven empirisch.<sup>36</sup>

PÜTTER beschouwt het natuurrecht wel nog als volwaardige bron van het positieve recht en samen vormen zij volgens hem de rechtswetenschap. Ook krijgt de rechtsgeschiedenis in zijn theorie nog niet de plaats die het bij HUGO krijgt (we kunnen alles immers afleiden uit het positieve recht). Zijn verdiensten zijn dan ook vooral dat hij het begin aankondigt van een andere manier van kijken naar het recht en zijn bronnen, hij voegt er de ervaring aan toe.

#### b. Johann Friedrich Reitemeier

Johann Friedrich REITEMEIER (1755-1839) had net zoals zijn leermeester PÜTTER, kritiek op de stand van de (rechts)wetenschap en de tot dan gebruikte methoden. De rechtswetenschap was volgens hem te zeer versnipperd ontwikkeld (*‘bruchstückhaft entwickelt’*) en niet bruikbaar. De zuiver systematische methode “is niet zomaar geschikt voor de rechtswetenschap; zij blijven te zeer in het algemene, hun onderzoek dringt niet diep genoeg in de

---

<sup>34</sup> “...dass manche jetzt solche Wahrheiten, die man aus ganz anderen Quellen schöpfen muss, bloss philosophisch und am Ende meist nur aus angenommen Begriffen und Sätzen demonstrieren wollte...” uit H.U. STÜHLER, *Diskussion*, 1978, 115-116 met een verwijzing naar J.S. PÜTTER, *Literatur des deutschen Staatsrecht*, I, s.l., 1776, 444-445.

<sup>35</sup> “...dass Teutschland allerdings Gefahr lief, in eine wahre Barbarey zurückzufallen, wenn dieser Geschmack noch allgemeiner geworden wäre.” uit H.U. STÜHLER, *Diskussion*, 1978, 115-116 met een verwijzing naar J.S. PÜTTER, *Literatur des deutschen Staatsrecht*, I, s.l., 1776, 444-445.

<sup>36</sup> H.U. STÜHLER, *Diskussion*, 1978, 118 met een verwijzing naar J.S. PÜTTER, *Neuer Versuch einer juristischen Encyclopädie und Methodologie*, I, s.l., 1767, §§ 107, 123, 129 en 148.

afzonderlijke wetgeving van de verschillende volkeren en hun bevindingen zijn meestal gebaseerd op hypothesen (...).<sup>37</sup> Door het volledige recht te baseren op het natuurrecht wordt hier volgens REITEMEIER buiten de grenzen van dat natuurrecht (dat hij nog steeds erkent als bron van recht) zelf getreden. Ook hij ontwikkelt daarom een eigen theorie over het recht.

REITEMEIER erkent dat de rechtswetenschap bestaat uit algemene en onveranderlijke principes (die hij ook *allgemeine Grundsätze* noemt) uit het natuurrecht. Dit volstaat echter voor de vorming van de rechtswetenschap. Er is namelijk een tweede luik, het positieve recht dat handelt over het individuele (de concrete wetten en regels zoals we ze kennen). Ook uit dit individuele luik kunnen we echter *allgemeine Grundsätze* distilleren, maar hier doen we dit niet aan de hand van de filosofie en de rede, maar wel door middel van de geschiedenis van de volkeren. Geschiedenis van het recht (en de wetgeving) is voor REITEMEIER net zoals voor PÜTTER te kennen via de geschiedenis van de staat. Volgens REITEMEIER is “geschiedenis de algemene cultuurgeschiedenis der volkeren, en moet het de grondslag van een filosofische geschiedenis van het positieve recht zijn.”<sup>38</sup>

Het laatste verschil tussen beide delen van de rechtswetenschap is dat het eerste (natuurrechtelijke) deel onveranderlijke principes bevat (te verstaan zoals bij PÜTTER), terwijl het tweede (positiefrechtelijke) deel “naar plaats, tijd, en andere eigenschappen veranderlijke stellingen”<sup>39</sup> omvat. REITEMEIER sluit zo zeer nauw aan bij het gedachtengoed van MONTESQUIEU. Hij is ook de eerste die zijn methode gebruikt in de rechtswetenschap.

Hier zien we al duidelijk de vereniging tussen recht, geschiedenis en filosofie die we ook bij HUGO aantreffen. Toch verschillen hun opvattingen over het recht nog fundamenteel. Hij ziet, in tegenstelling tot HUGO, het natuurrecht nog als volwaardig onderdeel van de rechtswetenschap en ook zijn (pragmatisch) geschiedenisbegrip verschilt nog sterk van dat van HUGO.

---

<sup>37</sup> “...liess sich nicht geradezu ein Gebrauch in der Jurisprudenz machen; da sie zu sehr bei dem Allgemeinen stehen blieben, ihre Forschungen drangen nicht tief genug in die einzeln Gesetzgebungen der Völker ein und ihre Beobachtungen waren nicht selten eine Folge von Hypothesen...” uit H.U. STÜHLER, *Diskussion*, 1978, 120 met een verwijzing naar J.F. REITEMEIER, *Encyclopädie und Geschichte der Rechte in Deutschland*, Göttingen, 1785, voorwoord, xx.

<sup>38</sup> “Geschichte ist die allgemeine Kulturgeschichte der Völker, die Grundlage einer philosophischen Geschichte des positiven Rechts sein muss.” uit H.U. STÜHLER, *Diskussion*, 1978, 124 met een verwijzing naar J.F. REITEMEIER, *Encyclopädie und Geschichte der Rechte in Deutschland*, Göttingen, 1785, 20.

<sup>39</sup> “...nach Ort, Zeit und andern Eigenschaften veränderlichen Sätze.” uit H.U. STÜHLER, *Diskussion*, 1978, 120 met een verwijzing naar J.F. REITEMEIER, *Encyclopädie und Geschichte der Rechte in Deutschland*, Göttingen, 1785, voorwoord, xvii.

### c. Gottlieb Hufeland

Over Gottlieb HUFELAND (1760-1817) ten slotte, kunnen we kort zijn. HUFELAND is sterk beïnvloed door REITEMEIER maar sluit niet volledig bij hem aan. Hij ziet geschiedenis en filosofie als hulpwetenschappen voor de rechtswetenschap, maar maakt wel een duidelijk onderscheid tussen geschiedenis als zelfstandige wetenschap en rechtsgeschiedenis. Deze beschouwt hij wel als onontbeerlijk voor de rechtswetenschap (hij rekent dit ook niet bij de geschiedenis maar bij de studie van het recht). Daarnaast ziet hij voor het recht een rol weggelegd los van het natuurrecht. Hij ziet het recht als formeel systeem, los van inhoudelijke kenmerken. Hiermee loopt hij, in tegenstelling tot zijn andere ideeën, wel vooruit op de heersende tijdsgeest.

### d. Gustav Hugo: op naar een zelfstandige formele wetenschap

De vertegenwoordigers van de *Göttinger Rechtsschule* zijn de eersten die de handschoen durven opnemen tegen het heersende natuurrechtsdenken. PÜTTER en REITEMEIER zweren het natuurrecht nog niet af, maar geven het positieve recht nadrukkelijker een plaats naast het natuurrecht (vergelijk dit met MONTESQUIEU, die dit in zekere zin ook doet). HUFELAND houdt ook nog rekening met het natuurrecht als deel van de rechtswetenschap, maar ziet het positieve recht als een formeel systeem los daarvan. Andere themata die de *Göttinger Rechtsschule* prominent aan bod laat komen en die medio negentiende eeuw grote weerklank zullen vinden, onder andere bij SAVIGNY, zijn hun pogingen om de rechtswetenschap als volwaardige wetenschap te positioneren en hun stelling (hoewel ze die niet allemaal evenveel ondersteunen) dat filosofie en rechtsgeschiedenis volwaardig deel uitmaken van de rechtswetenschap.

De kritiek op het *a priori* systeemdenken van natuurrechtsdenkers en ook de andere themata van de *Göttinger Rechtsschule* komt bij HUGO tot een hoogtepunt. Hij noemt deze stroming een ‘pest’ voor Göttingen, zijn universiteitsstad. Niet alleen is het Wolffsche natuurrecht te omvattend en laat het daardoor geen ruimte meer aan het positieve recht, maar vooral bewijzen WOLFF en zijn aanhangers (die hij *Sektierer*, sekteleiden, noemt) met hun theorie alles en niets, omdat zij in een kring redeneren (*cfr. infra*). Daarnaast laat zo’n *a priori* af te leiden systeem geen ruimte meer voor discussie, alles is immers logisch te beredeneren. Daardoor kunnen we met een dergelijk systeem “in een rechtbank evenveel (...) aanvangen als met metafysische lichaamsleer in een fabriek.”<sup>40</sup> HUGO’s leven duidt de overgang aan van het natuurrecht naar het rechtspositivisme. Zijn ideeën zullen vervolgens opgepikt worden door onder andere AUSTIN en SAVIGNY, die zijn ideeën zelf verder zullen uitwerken,

---

<sup>40</sup> “...in den Gerichtshöfen so wenig angeführt werden, als die metaphysische Körperlehre in den Fabriken.” G. HUGO, *Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts*, Berlijn, Mylius, 1819, 35, citaat uit een boek van G.J.R. SCHMALZ.

waarbij HUGO's aandeel jammer genoeg echter meer en meer in de vergetelheid geraakt is. Op de theorie die HUGO in reactie hierop uitwerkte, gaan we in het volgende deel uitvoerig in.

## 4. GUSTAV HUGO'S POSITIE IN DE VERNIEUWING VAN DE RECHTSWETENSCHAP<sup>41</sup>

### 4.1. KRITIEK OP DE RECHTSWETENSCHAP EN HET NATUURRECHT VAN DE ACHTTIENDE EEUW

#### 4.1.1. *Het natuurrecht als maatstaf voor het positieve recht*

Gustav HUGO was één van de scherpste critici van het systematische natuurrechtsdenken van zijn tijd. Hoewel het natuurrecht ook zonder HUGO meer en meer onder vuur kwam te liggen, brak met HUGO's komst in de rechtswetenschap een nieuw tijdperk aan.<sup>42</sup> HUGO vertrok vanuit een hervorming van de lezing van het Romeinse recht<sup>43</sup>, maar beoogde al gauw een hervorming van de volledige rechtswetenschap in Duitsland.<sup>44</sup> Ten eerste wilde hij de filosofie met het positieve recht verbinden, waarbij hij de rechtswetenschap als discipline tussen de geschiedenis en de filosofie ziet staan.<sup>45</sup> Ten tweede wilt hij weg van het *a priori* systeemdenken van het natuurrecht en gaan naar een rechtsfilosofie (*avant la lettre*) die vertrekt vanuit de ervaring en de geschiedenis. Zo benadert hij het recht vervolgens behulp van filosofische begrippen en een zowel kritische als apologetische houding.<sup>46</sup> Deze wetenschap, deze filosofie van het positieve recht, houdt zich bezig met de vraag 'Quod iuris?'. Ze beoogt te achterhalen wat 'Rechtens sein kann', wat het recht kan zijn op verschillende plaatsen en tijdstippen, eerder dan dat ze

---

<sup>41</sup> Deze tekst is voornamelijk gebaseerd op J. BLÜHDORN, "Natuurrechtskritik Und 'Philosophie Des Positiven Rechts', Zur Begründung Der Jurisprudenz Als Positiver Fachwissenschaft Durch Gustav Hugo", *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis* 1973, afl. 41,1, 3-17 en integreert verder zaken van H.U. STÜHLER, *Diskussion*, 1978, 134-151; W. EBEL, *Gustav Hugo, Professor in Göttingen*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1964, 37 p. en L. FRITZ (ed.), *Rechtswissenschaft in Göttingen. Göttinger Juristen aus 250 Jahren*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1987, 146-166.

<sup>42</sup> E. PATTARO (ed.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, Vol. 10, 186 en 189. en H. EISSENHARDT, *Zur Erinnerung an Gustav Hugo: Beitrag zur Geschichte der Rechts-Wissenschaft*. Berlijn, Decker, 1845, 6.

<sup>43</sup> Hij bekritiseerde de exegetische manier van lezen van Romeinsrechtelijke begrippen door de *usus modernus*. In plaats daarvan stelde hij voor terug te gaan naar de bron van de begrippen, hij wilde weten hoe ze bedoeld werden toen ze opgesteld werden, niet wat ze betekenen 'bevuild' door meer dan anderhalve eeuw rechtsgeschiedenis.

<sup>44</sup> H. EISSENHARDT, *Zur Erinnerung an Gustav Hugo: Beitrag zur Geschichte der Rechts-Wissenschaft*. Berlijn, Decker, 1845, 9.

<sup>45</sup> G. HUGO, *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*, Berlijn, Mylius, 1820, 45.

<sup>46</sup> Zie onder andere G. HUGO, *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*, Berlijn, Mylius, 1799, 88 en G. HUGO, *Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts*, Berlijn, Mylius, 1799, 52.



probeert te ontdekken wat het recht is op zich, los van alle concrete wetten (*quod ius?*).<sup>47</sup> Hierin verschilt HUGO'S opzet dus van die van KANT, hij wil niet beoordelen hoe we recht van onrecht kunnen onderscheiden (*cf. supra* KANT). Dit sluit evenwel niet uit dat HUGO meermaals zijn mosterd haalt bij KANT. HUGO'S kritiek op het systeemdenken van onder andere WOLFF en Daniel NETTELBLADT (1719-1791) is tweeledig. Enerzijds bekritiseert hij de idee dat het natuurrecht een absoluut criterium is waaraan alle positieve recht moet voldoen. Anderzijds weerlegt hij de opvatting dat er iets kan bestaan als een onveranderlijk en eeuwigdurend recht, zowel inhoudelijk als methodisch.

Op de vraag of het natuurrecht de maatstaf is van alle (positieve) recht antwoordt HUGO met de vraag of een rechter dan eenvoudigweg de wet van het positieve recht, die volgens die ene rechter de toets met het natuurrecht niet doorstaan heeft, opzij moet schuiven? Volgens hem bestaat er immers "geen gevaarlijkere wetenschap dan die volgens dewelke de rechter het door zijn oversten bevolen en door zijn volk aangenomen recht naast zich neer moet leggen." Dit neemt evenwel niet weg dat een wet "in strijd kan zijn met de denkwijze van een volk en daarom geen positief recht is of ophoudt het te zijn. Hieraan kan de rechter beslist wel zijn steentje bijdragen."<sup>48</sup> We zien hier al dat HUGO afwijkt van de later heersende visie bij positivisten dat recht niets meer is dan bevelen van een soeverein waar een sanctie aan vasthangt (*cf. infra*).<sup>49</sup> Niet alleen is een wetenschap die voorschrijft dat de rechter wetten naast zich kan neerleggen gevaarlijk, ook is zij complete onzin. Wat doet een rechter die de natuurrechtstoets doorvoert immers bij een negatief resultaat? "Moet hij de ongebreidelde grondwet beperken? De verboden geloofsgemeenschappen toestaan? De lijfeigenen zomaar vrijlaten?"<sup>50</sup> In de praktijk gebeurt dit niet en mag dit ook niet gebeuren, aldus HUGO. Wat HUGO zegt, krijgt later navolging bij bekende positivisten als AUSTIN:

*"Now to say that human laws which conflict with the divine laws are not binding, that is to say, are not laws, is to talk stark nonsense. The most*

---

<sup>47</sup> E. PATTARO (ed.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, vol. 10, 188.

<sup>48</sup> "kann man sich keine gefährlichere Wissenschaft denken, als eine, nach deren Lehren des Richter das ihm von seinem Obren vorgeschriebene, von seinem Volke angenommene Recht hintanzusetzen müsste. (...) dass eine einzelne Verordnung der Denkart eines Volkes zuwidersein kann, und um deswillen nicht positives Recht wird oder doch aufhört, es zu sein, wozu allerdings der Richter auch das Seinige beitragen kann." uit G. HUGO, *Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts*, Berlijn, August Mylius, 1819, 37-38.

<sup>49</sup> Met als bekendste vertegenwoordiger John AUSTIN die tijdens een kort verblijf in Bonn waarschijnlijk in aanraking kwam met het gedachtegoed van SAVIGNY en HUGO: B. BRIAN, "John Austin" in E. N. ZALTA (ed.) *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2014, s.l., <http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/austin-john/> en J. AUSTIN, S. AUSTIN en R. CAMPBELL (ed.), *Lectures on Jurisprudence. Or, The Philosophy of Positive Law*, I, London, John Murray, 1873, 33.

<sup>50</sup> HUGO antwoordt hier op kritiek gegeven door Karl Leonhard REINHOLD (1757-1823) op de vorige versie van zijn *Lehrbuch*. REINHOLD beschuldigt positivisten ervan ook "willekeurig overheidsop treden, intolerantie en slaverij" als recht te erkennen.

*pernicious laws, and therefore those which are most opposed to the will of God, have been and are continually enforced as laws by judicial tribunals*<sup>51</sup>.

Als dit in de praktijk toch niet gebeurt, “[w]aarvoor dient zo’n toets aan het dan natuurrecht dan nog?”, vraagt HUGO zich vervolgens af.<sup>52</sup>

Breder stelt HUGO de vraag of een principe dat niet duidelijk vervat ligt in een rechtsinstrument louter door z’n inhoudelijke waarde juridische geldingskracht kan hebben. Daarom maakt hij een onderscheid tussen het normatieve en het descriptieve, of nog: tussen redeneren *de lege ferenda* en *de lege lata*.<sup>53</sup> Natuurrechtsdenkers maken de categoriefout dat zij ‘zijn’ met ‘moeten’ vermengen. Zoals AUSTIN later ook zal zeggen: “*The existence of law is one thing; its merit or demerit is another*”<sup>54</sup>. Ofwel beschrijven zij hoe het recht is, en dan is het onzin wat ze zeggen. Heeft iemand een rechter immers ooit al weten zeggen: “Ik leg deze regel naast me neer, want ik vind hem moreel verwerpelijk”? En als dat wel het geval is, dan is wat deze rechter doet geen recht toepassen maar zijn persoonlijke waarden laten prevaleren. Ofwel proberen zij uit de doeken te doen hoe het recht er zou moeten uitzien *de lege ferenda*, en dan kan het wel nuttig zijn.<sup>55</sup> Maar natuurrecht kan nooit louter door z’n inhoud positief recht zijn.<sup>56</sup> De morele waarden die in dergelijke principes vervat liggen, zijn geen afdoende criteria om vast te stellen wat recht is. Over zo’n criterium kan steeds getwist worden (wat is moreel goed en wat niet?). Dat was volgens HUGO het gevolg van het feit dat recht een toegepaste wetenschap is; daarin zullen altijd verschillende meningen zijn.<sup>57</sup>

HUGO leert ons dat, indien rechters het natuurrecht werkelijk als positief recht beschouwen, zonder dat zij ook echt in wetten of een ander rechtsinstrument gegoten zijn, dit tot rechterlijke willekeur zou leiden.<sup>58</sup> Het natuurrecht is niet

<sup>51</sup> J. AUSTIN en W.E. RUMBLE (ed.), “The Province of Jurisprudence Determined” in *Cambridge texts in the history of political thought*, Cambridge, Cambridge University press, 1995, 158.

<sup>52</sup> G. HUGO, *Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts*, Berlijn, Mylius, 1799, 55-56.

<sup>53</sup> G. HUGO, *Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts*, Berlijn, Mylius, 1799, 20 en 55. Zie ook E. PATTARO (ed.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, vol. 10, 188.

<sup>54</sup> J. AUSTIN en W.E. RUMBLE (ed.), “The Province of Jurisprudence Determined” in *Cambridge texts in the history of political thought*, Cambridge, Cambridge University press, 1995, 157.

<sup>55</sup> G. HUGO, *Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts*, Berlijn, Mylius, 1799, 21 en 55.

<sup>56</sup> Merk hier het verschil op met wat later in deze tekst gezegd wordt over natuurrecht als ‘*ius completum*’, dus een natuurrecht ter aanvulling van het positieve recht. De context waarin dit begrip gebruikt wordt, is er een van redeneren *de lege lata*; het natuurrecht vult het positieve recht hier en nu aan, wat Hugo verwerpt.

<sup>57</sup> *Ibidem*, 1799, 21.

<sup>58</sup> Hiermee wil ik niet betogen dat Hugo de rechter louter als een *Subsumptionsautomat* ziet en de wet dus letterlijk toepast. Hugo laat de rechter integendeel een grote vrijheid in het toepassen van de wet (zie E. PATTARO (ed.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, vol. 10, 191 met verwijzing naar G. HUGO *Beiträge zur civilistischen Bucherkenntnis der letzten vierzig*

de hogere norm van het (eigenlijke) positieve recht zoals de (formele) grondwet dat is voor een (formele) wet. Wat is nu het verschil? Zoals hoger al uiteengezet, levert het natuurrecht uit zichzelf geen afdoende criteria om vast te stellen of het nu bindend is of niet (wat is moreel goed en wat niet?), terwijl we bij de wet wél empirisch vaststelbare criteria hebben die ons vertellen dat de wet (en alle andere positieve recht) bindend is. Daarom is natuurrecht geen recht ‘in eigenlijke zin’<sup>59</sup>. Iemand kan immers wel argumenteren dat een bepaalde handeling in strijd is met het natuurrecht<sup>60</sup> maar in de werkelijkheid zal deze handeling toch onbestraft blijven als er geen strafsancie voorzien is. We hebben immers adagia als *nullum crimen, nulla poena, sine lege* die ons leren dat, om recht in eigenlijke zin te kunnen zijn, we nood hebben aan empirisch vaststelbare criteria, en niet de overtuiging van de rechter of van een handvol filosofen over wat natuurrecht is. Hoewel we sommige gewetensplichten, of nog, ethiek, soms wel bij het recht *sensu lato* durven in te delen, is dit laatste volgens HUGO veeleer een deel van de loutere filosofie dan van de rechtswetenschap (waartoe hij ook de rechtsfilosofie rekent).<sup>61</sup> Het criterium dat ons toelaat het juridisch recht van oneigenlijk recht te onderscheiden was volgens hem de afdwingbaarheid door een rechter.<sup>62</sup> HUGO gebruikt dus een tweevoudig criterium. Ten eerste worden positieve rechten gekenmerkt door dwang.<sup>63</sup> Ook dit zal later onder andere AUSTIN (al dan niet onbewust) overnemen: “*A law is a command which obliges a person or persons (...) [and is] said to proceed from superiors.*”<sup>64</sup> Ten tweede is het noodzakelijk dat deze dwang afgedwongen kan worden door een overheid of rechter.<sup>65</sup> We zien hier duidelijk de invloed van KANT (*cf. supra*). HUGO verplaatst daarmee het begrip ‘geldigheid’ van het metafysische (we kunnen a

---

*Jahre*, I, Berlijn, Mylius, 1820, 114) maar eerder zegt Hugo dat de rechter daarom nog niet de overheid of het volk mag vervangen als wetgever.

<sup>59</sup> G. HUGO, *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*, Berlijn, Mylius, 1820, 9.

<sup>60</sup> Het natuurrecht wordt hier dan *de lege ferenda* gebruikt, als richting of ideaal waarnaar het recht moet evolueren. Zoals hoger al aangetoond, is het natuurrecht in een descriptieve betekenis gebruiken ‘onzin’.

<sup>61</sup> G. HUGO, *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*, Berlijn, Mylius, 1820, 8-10.

<sup>62</sup> G. HUGO, *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*, Berlijn, Mylius, 1820, 25 en *ibidem*, 1823, 19.

<sup>63</sup> G. HUGO, *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*, Berlijn, Mylius, 1792, 2; G. HUGO, *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*, Berlijn, Mylius, 1820, 8 en L. FRITZ (ed.), *Rechtswissenschaft in Göttingen. Göttinger Juristen aus 250 Jahren*, Göttingen, Vandenoort & Ruprecht, 1987, 149, met verwijzing naar G. HUGO, *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*, Berlijn, Mylius, 1799, §2.

<sup>64</sup> J. AUSTIN en W.E. RUMBLE (ed.), “The Province of Jurisprudence Determined” in *Cambridge texts in the history of political thought*, Cambridge, Cambridge University press, 1995, 29. Hoewel Austin de woorden ‘law’ en ‘superior’ hier nog in een brede betekenis gebruikt, zal hij later in zijn boek aantonen dat als we die ‘superior’ zien als de soeverein van een natie (of nog: de overheid) het woord ‘law’ dan noodzakelijk op positief recht slaat. Zie daarvoor met name pagina 164.

<sup>65</sup> Ook hier kan de analogie gemaakt worden met AUSTINS ‘sovereign’. Op het eerste gezicht komt AUSTINS opvatting over het recht als ‘bevel van een soeverein’ niet *per se* volledig overeen met wat HUGO bedoelt als hij het heeft over een ‘regel die afgedwongen wordt door een rechter’. Hij zwijgt immers in eerste instantie over wie die regel heeft uitgevaardigd. Toch spreekt HUGO zich ook hier over uit. Hij heeft het in *Lehrbuch* al over regels die door de overheid voorgeschreven zijn of door het volk aangenomen zijn. Ook dit valt onder AUSTINS definitie van een soeverein. G. HUGO, *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*, Berlijn, Mylius, 1823, 10.

*priori* vaststellen of een regel geldig is of niet) naar het feitelijke niveau (de regel is afdwingbaar door een rechter). BLÜHDORN heeft het hier over *Entscheidbarkeit* en *Durchsetzbarkeit*.<sup>66</sup> Elke vorm van dwang gaat noodzakelijk met een overheidsoptreden gepaard. Natuurrechtsdenkers als Christian THOMASIVS (1655-1728) spreken ook over dwang als zij het hebben over natuurrechten, “[Z]ij vergeten [echter] dat deze dwang, als zij werkelijk wil zijn, zoals bij positieve rechten steeds gepaard gaat met een juridische toestand, namelijk de staat (of overheid)”<sup>67</sup>, “*ein juristischer Zustand*”. In het natuurrecht (en zelfs bij het volkerenrecht) is er niet zoiets als een rechter, en dus als positief recht.<sup>68</sup> HUGO sluit zich hier aan bij KANTS ideeën over het recht, waarin positiviteit en een door de staat opgelegde dwang kenmerken van het recht *tout court* zijn.<sup>69</sup>

#### 4.1.2. De (on)mogelijkheid van het bestaan van natuurrechten

HUGO stopt niet bij deze kritiek, hij zegt onomwonden dat een onveranderlijk, *a priori* vaststaand en dus logisch af te leiden natuurrecht niet bestaat. Integendeel wordt alle recht gestoeld op de ervaring, waardoor het per definitie veranderlijk is (*cf. infra* ‘juridische antropologie’). Het natuurrecht mag dan wel zeer invloedrijk geweest zijn, telkens weer wordt, om uit te dokteren wat die natuurrechtelijke normen zijn, gebruik gemaakt van een cirkelredenering. Immers, natuurrechtsdenkers gingen ervan uit dat deze principes in de natuur ‘voor het grijpen liggen’ maar in werkelijkheid zijn het principes die we uit het positieve recht filteren.<sup>70</sup> Een (eigen) voorbeeld illustreert dit; hoe kan het anders dat gelijkheid tussen man en vrouw hier ten volle onderschreven wordt, terwijl dat elders niet zo is, of zelfs meer, dat dit ook bij ons vroeger niet zo was. Of hoe kan het anders dat bij ons het individu centraal staat terwijl in Oosterse culturen de gemeenschap prevaleert? Kunnen we hieruit één principe afleiden? “Er is geen enkel juridisch principe dat niet vatbaar is voor discussie.”<sup>71</sup> HUGO geeft zelf ook een voorbeeld van het feit dat we niet los van ons positief recht kunnen denken. Hij verwijst naar een boek van Ephraim GERHARD (1682-1718) waarin GERHARD, ‘geabstraheerd’ van alle menselijke principes, nagaat in welke situaties een mens iemand anders mag doodslaan. Maar HUGO wijst er op dat hij in het heetst van de strijd over dit ‘Eerste

<sup>66</sup> J. BLÜHDORN, “Natuurrechtskritik Und "Philosophie Des Positiven Rechts", Zur Begründung Der Jurisprudenz Als Positiver Fachwissenschaft Durch Gustav Hugo”, *Tijdschrift voor rechtsge-schiedenis* 1973, afl. 41, 5.

<sup>67</sup> “*Daran dachte aber niemand, dass zu diesem Zwange, wenn er fest stehen sollte, durchaus so wie beim positiven Rechte ein juristischer Zustand, nämlich der Staat, gehöre.*” uit G. HUGO, *Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts*, Berlijn, Mylius, 1799, 18.

<sup>68</sup> G. HUGO, *Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts*, Berlijn, Mylius, 1799, 22.

<sup>69</sup> L. FRITZ (ed.), *Rechtswissenschaft in Göttingen. Göttinger Juristen aus 250 Jahren*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1987, 152.

<sup>70</sup> Zie ook E. PATTARO (ed.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, vol. 10, 187.

<sup>71</sup> H.U. STÜHLER, *Diskussion*, 1978, 143 met verwijzing naar G. HUGO, *Beyträge zur civilistischen Bücherkenntnis der letzten vierzig Jahre*, I, Berlijn, Mylius, 1829, 376.

Principe' steeds terug bij het positieve recht komt.<sup>72</sup> Dit komt doordat we het recht slechts leren kennen door ervaring (en niet *a priori*).<sup>73</sup> Daarenboven is het ook onmogelijk het recht *niet* te leren kennen, we hebben er allemaal constant mee te maken.<sup>74</sup> Het is dan ook normaal dat we steeds terugkeren naar wat we kennen, zelfs als we los van al deze inzichten trachten te redeneren. Een dergelijk natuurrecht voegt dus niks toe aan het positieve recht, laat staan dat het een '*ius completum*', een recht ter aanvulling van het positieve recht, kan zijn, zoals onder andere NETTELBADT voorstelde.<sup>75</sup> HUGO maakt zich hier in zeker zin wel schuldig aan een *argumentum ad ignorantiam*. Dat we niet in staat zijn het natuurrecht te ontdekken (omdat we niet los van het geldende recht kunnen denken), wil immers nog niet zeggen dat het niet bestaat.

Naast dit formeel argument heeft HUGO echter ook nog een inhoudelijk argument op basis waarvan hij weerlegt dat *a priori* af te leiden en onveranderlijke natuurrechten niet bestaan. In dit argument zien we duidelijk de invloed die onder andere de werken *De l'esprit des lois* en *Lettres Persanes* van MONTESQUIEU op hem gehad hebben.<sup>76</sup> De redenering gaat als volgt. Als we het recht willen bestuderen, is het enige waarop we ons kunnen baseren het recht zoals het zich nu bij ons voordoet.<sup>77</sup> De ervaring toont ons dan dat de kenmerken van het nu geldende recht afwijken van de eisen die we met de rede stellen aan een universeel natuurrecht.<sup>78</sup> HUGO stelt daarom (en ziet zijn stelling bevestigd in de werkelijkheid) dat alle recht "*nach Zeit und Ort verschieden ist.*" Meer zelfs, het recht is bij uitstek empirisch en slechts *a posteriori* kenbaar door de ervaringen met het recht van jezelf en anderen.<sup>79</sup> Als we naar de geschiedenis kijken, kunnen we de relativiteit van ons (huidige) recht vaststellen. Het recht past zich aan, en moet zich aanpassen, aan de noden en verzuchtingen van z'n tijd.<sup>80</sup> Een rechtssysteem dat *a priori* kenbaar en dus onveranderlijk is, is niet bestand tegen de tand des tijds en zal zelfs hoe langer hoe meer als onbillijk aanzien worden.<sup>81</sup> Daarom is ook een gesloten

---

<sup>72</sup> G. HUGO, *Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts*, Berlijn, Mylius, 1799, 21.

<sup>73</sup> G. HUGO, *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*, Berlijn, Mylius, 1820, 31 en E. PATTARO (ed.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, vol. 10, 190.

<sup>74</sup> G. HUGO, *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*, Berlijn, Mylius, 1823, 32-33.

<sup>75</sup> G. HUGO, *Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts*, Berlijn, Mylius, 1799, 23.

<sup>76</sup> Hugo toont zelf ook grote bewondering voor MONTESQUIEU in zijn *Lehrbuch des Naturrechts*, G. HUGO, *Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts*, Berlijn, Mylius, 1799, 28.

<sup>77</sup> G. HUGO, *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*, Berlijn, Mylius, 1799, 2.

<sup>78</sup> *Ibidem*, 1823, 19.

<sup>79</sup> G. HUGO, *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*, Berlijn, Mylius, 1820, 31. Zie ook *ibidem*, 11-12 en *ibidem*, 1823, 38-39.

<sup>80</sup> G. HUGO, *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*, Berlijn, Mylius, 1820, 62 en E. JASPAERT, S. MATKOSKI en G. VERVAEKE, "Procedurale rechtvaardigheid en congruentie: tijdelijke buffer tegen verdere verzuring?" in *Recht en vrede: over juridische conflictregeling in Ad Vocare: interdisciplinair cahier*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2009, 6.

<sup>81</sup> G. HUGO, *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*, Berlijn, Mylius, 1823, 55.

rechtssysteem niet mogelijk en zelfs niet wenselijk.<sup>82</sup> Deze mening, de inherente onvolledigheid van een rechtsstelsel, en vooral de onmogelijkheid van het tegenovergestelde, deelt hij met denkers als H.L.A. HART (1907 - 1992). Onder andere om deze reden geeft HUGO bijvoorbeeld de voorkeur aan, tegen de later dominante *Begriffsjurisprudenz* in, een rechter die een zekere bewegingsvrijheid heeft, zodat het recht mee kan evolueren volgens de maatschappelijke noden.<sup>83</sup> Hierop verdergaan zou ons evenwel te ver leiden. Met deze argumenten bewijst HUGO dat rechtsregels met een onveranderlijke inhoud, zeg maar natuurrechten, niet bestaan. De inhoud van het recht is bij uitstek willekeurig (ook hier zien we de invloed van KANT).<sup>84</sup> Hierbij mogen we niet uit het oog verliezen dat HUGO de filosofie zeker in verband brengt met de rechtswetenschap, maar hij vindt ze ongeschikt om de inhoud van het recht te kennen, omdat de metafysica zelf inhoudelijk leeg is.<sup>85</sup> We komen hier straks uitvoerig op terug.

HUGO betwist ten slotte niet alleen de inhoudelijke onmogelijkheid van het bestaan van natuurrechtelijke principes, hij is ook een groot tegenstander van de methode die WOLFF en zijn aanhangers gebruiken. Zij vertrekken vanuit deze onveranderlijke principes en leiden dan via een mathematische deductieve methode alle meer concrete normen af om zo tot een volledig en gesloten systeem te komen.<sup>86</sup> Hiermee toont HUGO zich een belangrijke vertegenwoordiger van de *Göttinger rechtsschule* (cfr. *supra*). Zoals al gezegd, steunt de studie van het recht op menselijke inzichten (die steeds verschillend zijn, cfr. *supra*) over een levend en veranderlijk object. Als we vervolgens een strikt wetenschappelijke methode hierop willen toepassen, kunnen we nooit zeker zijn van de waarheid van onze conclusie. Immers, zelfs als de redenering geldig is (ware premissen zullen door middel van die redenering steeds tot een ware conclusie leiden), weten we nooit zeker of al onze premissen altijd waar zijn, wat de waarheid van de conclusie vervolgens ondermijnt.<sup>87</sup> Die waarheid van de premissen is volgens HUGO steeds onzeker en de studie van het recht is hier in het bijzonder gevoelig aan, omdat recht over de menselijke werkelijkheid gaat. Deze werkelijkheid is enorm veelzijdig, en zelf zien we er maar enkele. Als we vervolgens die toestand abstraheren, zoveel mogelijk vereenvoudigen, kan het zijn dat we enkel de zijden die we zien voor mogelijk houden. Vertrekkend vanuit deze onware premisse (er zijn maar x aantal te

---

<sup>82</sup> *Ibidem*, 1799, 8 en *ibidem*, 1820, 62-63.

<sup>83</sup> E. PATTARO (ed.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, vol. 10, 191.

<sup>84</sup> *Argumentum ex* G. HUGO, *Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts*, Berlijn, Mylius, 1799, 75; G. HUGO, *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*, Berlijn, Mylius, 1799, 6; G. HUGO, *Civilistisches Magazin*, IV, Berlijn, Mylius, 1839, 90 (over wetten) en 127 en H.U. STÜHLER, *Diskussion*, 1978, 143 met verwijzing naar G. HUGO, *Beyträge zur civilistischen Bücherkenntnis der letzten vierzig Jahre*, I, Berlijn, Mylius, 1829, 376.

<sup>85</sup> G. HUGO, *Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts*, Berlijn, Mylius, 1799, 52.

<sup>86</sup> Zie onder andere G. HUGO, *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*, Berlijn, Mylius, 1820, 321 en E. PATTARO (ed.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, vol. 10, 190.

<sup>87</sup> G. HUGO, *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*, Berlijn, Mylius, 1820, 63.

kennen zijden) is het onmogelijk om, zelfs via een geldige redenering, tot een ware conclusie te komen.<sup>88</sup> Dat we de werkelijkheid eenzijdig bekijken, en dat in onze redeneringen fouten sluipen, is onvermijdelijk, want mensen zijn nu eenmaal niet gemaakt om alles met een mathematische scherpte te bekijken.<sup>89</sup> Dat we, om het recht vorm te geven, gebruik maken van bepaalde begrippen, is haast onvermijdelijk. Maar daarbij moeten we altijd met de juiste ogen kijken naar die begrippen. We mogen er niet naïef van uitgaan dat zij sinds hun ontstaan steeds hetzelfde betekenden, of erger, er zelf betekenis aan geven en ervan uitgaan dat dit steeds de enige betekenisinhoud was, een fout die volgens HUGO bij de receptie van het Romeinse recht via de *usus modernus* veel gemaakt is.<sup>90</sup> De inhoud van het recht is, net zoals bij vergelijkbare studieobjecten zoals de taal, afhankelijk van tijd en plaats.<sup>91</sup> Beter is om via de geschiedenis en de ervaring op zoek gaan naar de verschillende inhouden van het begrip (dus: empirisch, niet systematisch), en op die manier de afweging maken wat *de lege ferenda* de beste invulling zou kunnen zijn.<sup>92</sup>

De conclusie die HUGO uit al deze vaststellingen trekt, is dat, ten eerste, het natuurrecht niet kan en mag dienen als maatstaf voor het positieve recht. Het natuurrecht kent geen afdoende (lees: empirisch waarneembare) criteria om uit te maken welke normen er nu precies toe behoren. Dit in tegenstelling tot het positieve recht, dat gekenmerkt wordt door z'n dwingend karakter; het wordt afgedwongen door een rechter. Ten tweede betwist HUGO dat natuurrecht *überhaupt* bestaat, aangezien het recht overal verschillend is. Ten slotte wijst hij de filosofie af als graadmeter voor de inhoud van het recht. De inhoud van het recht kunnen we niet meten *a priori*, we kunnen enkel ervaren wat het is. Wat we wel kunnen, is al die verschillende rechtsinhouden vergelijken (HUGO, na MONTESQUIEU, legt hiermee ook de basis voor de rechtsvergelijking)<sup>93</sup> en vervolgens besluiten dat we bepaalde inhouden beter vinden dan andere.<sup>94</sup> Hierbij houden we er steeds rekening mee dat we in dit geval niet redeneren *de lege lata* maar wel *de lege ferenda*. Wil dit alles zeggen dat de filosofie voor HUGO geen plaats meer heeft in de rechtswetenschap? Zeker niet, de filosofie is onontbeerlijk als we goed willen nadenken over het recht, maar het moet daarbij tot de juiste proporties herleid worden.

---

<sup>88</sup> G. HUGO, *Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts*, Berlijn, Mylius, 1798, voorwoord, viii-ix.

<sup>89</sup> *Ibidem*, 1798, voorwoord, ix. Zie ook G. HUGO, *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*, Berlijn, Mylius, 1820, 63.

<sup>90</sup> G. HUGO, *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*, Berlijn, Mylius, 1820, 41; *ibidem*, 1823, 49-52 en *ibidem*, 1799, 86.

<sup>91</sup> *Ibidem*, 1820, 63.

<sup>92</sup> *Ibidem*, 1820, 47.

<sup>93</sup> G. HUGO, *Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts*, Berlijn, Mylius, 1799, 2. Zie ook G. HUGO, *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*, Berlijn, Mylius, 1799, 7-8 en 87.

<sup>94</sup> G. HUGO, *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*, Berlijn, Mylius, 1820, 47.

## 4.2. HUGO'S RECHTSBEGRIP

Voor we ingaan op HUGO'S opvattingen over de rechtswetenschap en de hervormingen die hij daarin beoogt, is het nuttig even stil te staan bij zijn rechtsbegrip. Een tipje van de sluier hebben we al gelicht in het vorige deel, zijn criterium om de geldigheid van een regel te beoordelen, namelijk de afdwingbaarheid door een rechter. Maar wat zijn nu precies de regels die een rechter afdwingt? Het antwoord daarop formuleren we hier.

HUGO omschrijft het (objectieve) recht (in het Engels: *law*) als:

*“die Lehre von der äusseren Zwangsverhältnissen als solchen – von der Einschränkung der äusseren Freiheit durch die Freiheit anderer – von der juristischen Möglichkeit.”*<sup>95</sup>

In deze sterk door KANT beïnvloede definitie<sup>96</sup> ziet HUGO het recht als een uiterlijke dwang uitgeoefend door de juridische ‘mogelijkheid’. Belangrijk is te zien dat HUGO hieronder niet alleen het objectieve recht zoals wij dat verstaan (de regels *an sich*, de formele bronnen van ons recht), plaatst, maar hiermee ook doelt op het recht als leer, als wetenschap.<sup>97</sup> Subjectieve rechten (in het Engels: *right*) daarentegen, vloeien voort uit deze definitie, dus uit het objectieve recht. Een subjectief recht is:

*“[d]as Verhältnis, vermöge welches nicht nur kein widerstehender Zwang zu befürchten, sondern selbst ein begünstigender Zwang von anderen zu hoffen ist (...).”*<sup>98</sup>

Met een subjectief recht in de hand, kan de houder ervan dus aanspraak maken op een handeling (wij zouden zeggen, *facere, non facere* of *dare*) van een ander. Hij kan hem met andere woorden ‘dwingen’. Maar nu focussen we ons op de omschrijving die HUGO geeft aan het recht *an sich*, het objectieve recht. HUGO begint met de woorden *“die Lehre von äusseren Zwangsverhältnissen als solchen (...).”* Hiermee wil hij het recht onderscheiden van de gewetensplichten. Dat is oneigenlijk recht net omdat het niet opgelegd wordt van buitenaf, maar van onszelf komt (ik ga niet liegen omdat ik dat niet juist vind).<sup>99</sup> Hoogstens kan het gepaard gaan met een zekere vorm van maatschappelijke afkeuring (de persoon tegen wie je gelogen hebt, vertrouwt je niet meer). Het kan echter geen positief recht zijn, omdat er geen (geïnstitutionaliseerde) rechter is die het algemeen kan afdwingen. De ‘sanctie’

<sup>95</sup> G. HUGO, *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*, Berlijn, Mylius, 1799, 2.

<sup>96</sup> L. FRITZ (ed.), *Rechtswissenschaft in Göttingen. Göttinger Juristen aus 250 Jahren*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1987, 149.

<sup>97</sup> G. HUGO, *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*, Berlijn, Mylius, 1799, 2 en G. HUGO, *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*, Berlijn, Mylius, 1820, 5.

<sup>98</sup> G. HUGO, *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*, Berlijn, Mylius, 1799, 2.

<sup>99</sup> *Ibidem*, 1820, 9.



valt en staat met de maatschappelijke reactie en houding tegenover de actie. Zo omschreven is het wat AUSTIN later *'positive morality improperly so called'* zal noemen. Naar AUSTIN'S benadering kunnen het eventueel ook *'divine laws set by God'* zijn, omdat we over sommige gevoelens die we hebben over bepaalde handelingen geloven dat ze ons bijgebracht zijn door God.<sup>100</sup> Beide categorieën ontberen de noodzakelijk externe dwang.

De definitie gaat verder met de woorden “ (...) – von der Einschränkung der äusseren Freiheit durch die Freiheit anderer – (...) “. De invloed van KANT laat zich hier enorm voelen. We kunnen dit zien als een vroege uiting van het nu zeer bekende adagium *“my freedom to swing my fist ends where your nose begins”*.

Zoals bij alles, zit het venijn hem echter in de staart. HUGO sluit af met de woorden “(...) von der juristischen Möglichkeit.” Wat bedoelt hij hiermee? Wat is die ‘mogelijkheid’? Het antwoord hierop valt te lezen meteen na de definitie, “die mogelijkheid, en de onmogelijkheid van de ander die daarmee gepaard gaat, is hier niet fysiek maar moreel, maar niet moreel in eigenlijke zin, [ethisch] (...), maar wel juridisch, dus bepaald door de inachtneming van anderen en de [juridische] dwang die we van hen verwachten.”<sup>101</sup> Met die laatste zinsnede doelt HUGO op de subjectieve rechten die anderen ‘tegen’ ons kunnen uitoefenen.

Wat hebben we tot hier? Het objectieve recht omvat ‘de externe dwangverhoudingen voortvloeiend uit subjectieve rechten van anderen die afgedwongen kunnen worden door een rechter’. Dit volstaat echter nog niet. Tot dusver hebben we al de moraal in eigenlijke zin (de ethiek) en het volkenrecht (dat slechts een *“wilden Sprössling”* kan zijn)<sup>102</sup> onderscheiden van het eigenlijke positieve recht, maar wat doen we bijvoorbeeld met regels die gelden in een vereniging, bedrijf...? Zij zijn zeker afdwingbaar en op basis van die regels kunnen subjecten ervan aanspraak maken op handelingen (lees: dwang uitoefenen) van andere subjecten van die regels. AUSTIN lost dit probleem op door te stellen dat zij niet ingesteld zijn door een soeverein die zelf niet aan een ander gezag beantwoordt.<sup>103</sup> HUGO is hier iets milder, waardoor hij dan ook de kritiek die AUSTIN op zijn opvatting kreeg, door onder

---

<sup>100</sup> J. AUSTIN en W.E. RUMBLE (ed.), “The Province of Jurisprudence Determined” in *Cambridge texts in the history of political thought*, Cambridge, Cambridge University press, 1995, 20, 40-41 en 123-24.

<sup>101</sup> “Die Möglichkeit und die ihr entgegenstehende Unmöglichkeit und Notwendigkeit ist hier nicht physisch, sondern moralisch, aber nicht moralisch im eigentlichen Sinne, d.h., nicht wie in der Ethik durch das Sittengesetz jedes einzelnen vernünftigen Wesens, sondern juristisch, d.h., durch die Rücksicht auf andere und den von ihnen zu erwartenden Zwang bestimmt.” uit G. HUGO, *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*, Berlijn, Mylius, 1799, 2.

<sup>102</sup> G. HUGO, *Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts*, Berlijn, Mylius, 1799, 404.

<sup>103</sup> J. AUSTIN en W.E. RUMBLE (ed.), “The Province of Jurisprudence Determined” in *Cambridge texts in the history of political thought*, Cambridge, Cambridge University press, 1995, 120-22.

andere HART, kan ontwijken. HUGO zegt dat regels, als zij positief recht willen zijn, noodzakelijk ontwikkeld worden binnen een juridische gemeenschap, waarvan HUGO de staat als enige voorbeeld opsomt. Buiten de staat kan er volgens hem dus geen recht (in eigenlijke zin) zijn.<sup>104</sup> Op hoe HUGO een staat omschrijft, gaan we hier niet verder in.<sup>105</sup> Wel valt op te merken dat hij stelt dat een staat weliswaar ontstaat uit feitelijkheden (*Thatsachen*), maar dat dit niet gelijk te stellen valt met een contract dat vrije mensen sluiten om aan een natuurtoestand te ontsnappen. Zo'n contract is immers "*nie wirklich gewesen*," niet mogelijk en zelfs onnodig om een staat te legitimeren.<sup>106</sup> Hier wijkt hij af van KANT.

HUGO vat het recht dus op als '*de externe dwangverhoudingen voortvloeiend uit subjectieve rechten van anderen waaraan een reële juridische toestand (de staat) beantwoordt, en waarin zij kunnen worden afgedwongen door een rechter*'. Maar hoe kunnen we dit recht nu kennen? Niet door louter te redeneren *a priori*, zoveel is reeds duidelijk. Kunnen we het dan wel kennen door ermee bezig te zijn in de praktijk, door het recht te 'beoefenen'? Het recht is zeker een *praxis*, zegt HUGO<sup>107</sup>, maar door enkel zo naar het recht te kijken, wordt nog niet eens de helft ervan onthuld. Daarenboven loopt de loutere rechtspracticus zo het risico om het recht (historisch) verkeerd te interpreteren of het in strijd te vinden met het gezond verstand en het misschien ongeoorloofd aan de kant te schuiven (*cfr. infra*). Als we een volledig beeld van het recht, ook bedoeld als rechtswetenschap, willen hebben, is daarom meer nodig dan een praktische kennis van het recht.

### 4.3. HUGO'S OPVATTING OVER DE RECHTSWETENSCHAP

In het eerste deel toonden we dat het natuurrecht, zoals het zich in de achttiende en negentiende eeuw voordeed, in de ideeën van HUGO geen plaats meer heeft. Door het natuurrecht zijn we het recht met te filosofische ogen (lees: te veel *a priori*) gaan bekijken.<sup>108</sup> Dit heeft ervoor gezorgd dat het rechtsbegrip meer en meer vervreemd is geraakt van hoe we het recht werkelijk ervaren. Daarom is het nodig dat we het recht als wetenschap autonoom maken en uit de filosofie lichten. Maar zoals we toen ook zeiden, betekent dit niet dat de filosofie geen plaats meer krijgt in de rechtswetenschap. Integendeel, het is HUGO'S uitdrukkelijke bedoeling als leerling van PÜTTER (*cfr. supra*) de filosofie met de rechtswetenschap 'te verbinden'.<sup>109</sup> Naast de ervaring en de geschiedenis, rekent HUGO de

<sup>104</sup> G. HUGO, *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*, Berlijn, Mylius, 1799, 2-3; *ibidem*, 1823, 10-11; G. HUGO, *Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts*, Berlijn, Mylius, 1799, 18, 125 en 403.

<sup>105</sup> Zie hiervoor G. HUGO, *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*, Berlijn, Mylius, 1799, 3-6.

<sup>106</sup> G. HUGO, *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*, Berlijn, Mylius, 1799, 5-6.

<sup>107</sup> *Ibidem*, 1799, 12 en *ibidem*, 1820, 49.

<sup>108</sup> G. HUGO, *Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts*, Berlijn, Mylius, 1799, 23.

<sup>109</sup> G. HUGO, *Civilistisches Magazin*, III, Berlijn, Mylius, 1829, 97-98.

filosofie/metafysica uitdrukkelijk tot de bronnen van het recht.<sup>110</sup> In tegenstelling tot wat vroeger het geval was, wordt het tijd dat we niet alleen de rechtspraktijk (het geheel van rechtsregels), maar ook net de rechtsfilosofie (wat is recht?) en de rechtsgeschiedenis (waarmee we het recht uit vroegere tijden leren kennen) inlijven bij de rechtswetenschap en vooral, hen op de juiste plaats zetten. Enkel zo kunnen we het recht met al zijn aspecten in kaart brengen. Hierbij staat het recht als wetenschap tussen de filosofie en de geschiedenis.<sup>111</sup> De filosofie heeft volgens HUGO op twee manieren nut voor de rechtswetenschap. Ten eerste kan het ons de *a priori* bestaande begrippen aanreiken die het recht vormgeven.<sup>112</sup> De filosofie kan dus dienstig zijn voor de 'vorm' van het recht. Ten tweede doet de filosofie ons *de lege ferenda* nadenken over de mogelijkheid en wenselijkheid van de bestaande rechtsregels. De filosofie geeft ons zo'n kritische houding ten aanzien van het positieve recht, zonder het daarom meteen als irrationeel van de hand te doen.<sup>113</sup> Tegelijk doet de filosofie ons inzien dat alle positieve recht mogelijk moet zijn, en in die mate is het dan weer apologetisch, zij rechtvaardigt het bestaan van alle positieve recht.<sup>114</sup> Daarnaast ziet HUGO ook de rechtsgeschiedenis een uitdrukkelijke plaats innemen in de wetenschappelijke studie van het recht. Waar de filosofie ons de lege hulzen levert in dewelke het recht 'vorm krijgt', daar levert de rechtsgeschiedenis (en de ervaring) ons via de studie van vroeger recht ons de inhoud van die begrippen.<sup>115</sup> KANT is hier alweer overduidelijk aanwezig.

HUGO wil het recht emanciperen als autonome wetenschap, onder andere via de wetenschappelijke vorming van toekomstige rechtsgeleerden.<sup>116</sup> Zo beperkt hij de filosofie tot z'n juiste plaats<sup>117</sup> en voegt daar de geschiedenis aan toe. Op die manier komen we tot HUGO'S kijk op de rechtswetenschap. Deze bestaat volgens hem uit drie takken, die telkens het antwoord zijn op een specifieke vraag:<sup>118</sup>

---

<sup>110</sup> G. HUGO, *Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts*, Berlijn, Mylius, 1799, 61.

<sup>111</sup> G. HUGO, *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*, Berlijn, Mylius, 1820, 45. Zie ook *ibidem*, 1799, 16.

<sup>112</sup> G. HUGO, *Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts*, Berlijn, Mylius, 1799, 52.

<sup>113</sup> G. HUGO, *Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts*, Berlijn, Mylius, 1799, 56-57.

<sup>114</sup> G. HUGO, *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*, Berlijn, Mylius, 1799, 88.

<sup>115</sup> G. HUGO, *Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts*, Berlijn, Mylius, 1799, 52.

<sup>116</sup> G. HUGO, *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*, Berlijn, Mylius, 1820, 44-45.

<sup>117</sup> Merk dus op, het recht heeft niet langer een plaats in de filosofie (zoals vroeger) maar integendeel heeft de (rechts)filosofie een plaats in het recht. Dit geldt evenzeer voor de geschiedenis, die nu rechtsgeschiedenis wordt: G. HUGO, *Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts*, Berlijn, Mylius, 1799, 1-2.

<sup>118</sup> G. HUGO, *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*, Berlijn, Mylius, 1820, 45.

- *Was ist Rechtens?* (Wat is recht?)<sup>119</sup> Dit kunnen we ontdekken via de rechtsdogmatiek; dit is het geheel van rechtsregels in de maatschappij. Dit is het enige niet-wetenschappelijke deel van het recht dat we leren kennen door loutere aanraking (lees: ervaring) ermee. Zowel rechtsgeleerden en rechtspractici als rechtsonderhorigen leren het (onvermijdelijk) kennen.<sup>120</sup>

- *Ist es vernünftig, das etwas Rechtens sei?* (Is het verstandig, dat iets recht is?) Hierop krijgen we het antwoord door te kijken naar HUGO'S *Philosophie des positiven Rechts*, kortweg, zijn rechtsfilosofie<sup>121</sup>.

- *Wie ist etwas Rechtens geworden?* (Hoe is iets recht geworden?) Deze laatste vraag wordt beantwoord door de rechtsgeschiedenis.

Zoals gezegd, komt iedereen in aanraking met de eerste vraag en het antwoord daarop. Dit noemt HUGO de praktische kant van de rechtswetenschap. Maar de rechtsgeleerde verlangt meer, hij is niet alleen geïnteresseerd in 'wat?' maar ook in 'waarom?' en 'hoe?', immers "het positieve recht zonder geschiedenis en filosofie is en blijft een louter handwerk waarin een knappe kop geen heil zal zien."<sup>122</sup> De rechtsgeleerde interesseert zich ook in de grond van het recht, die bestaat uit filosofie en geschiedenis.<sup>123</sup> De indeling die HUGO voorstelt, verenigt ervaring, filosofie en geschiedenis in één rechtswetenschap door middel van respectievelijk de eerste, de tweede en de derde vraag. De rechtswetenschap beperkt zich zo tot het toepassen van filosofie op historische gegevens. Op deze manier maakt HUGO een einde aan de 'barbarij' (cfr. *supra* bij PÜTTER) waarin de rechtswetenschap tot dan verzeild was.<sup>124</sup>

Laten we deze bestanddelen even van naderbij bekijken. Over de rechtsdogmatiek, het geheel van rechtsregels hebben we het reeds hierboven gehad. Wel belangrijk is nog op te merken dat HUGO tot de bestaande rechtsregels niet louter de wetten rekent, als volksbesluit of overheidsbevel<sup>125</sup>, met als criterium voor de geldigheid bekendmaking, maar daarenboven ook het gewoonterecht of zelfs andere vormen van ongeschreven recht, met als

<sup>119</sup> Hugo gebruikt hier het woord *Rechtens* en niet *Recht*. Eigenlijk is de vertaling dus 'rechtmatig' en niet 'recht'. Toch vertaal ik het woord zo, enerzijds omdat dit vlotter leest, maar anderzijds, en vooral, omdat Hugo wel het geheel van rechtsregels bedoelt, maar hij wijst door zijn woordkeuze mijns inziens op het samenvallen van rechtmatigheid (inhoud) en gelding (vorm). Dit valt te rijmen met zijn positivistische kijk op het recht.

<sup>120</sup> G. HUGO, *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*, Berlijn, Mylius, 1820, 43 en 49.

<sup>121</sup> Hij is hiermee de eerste die dit woord gebruikt, zie E. PATTARO (ed.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, vol. 10, 187.

<sup>122</sup> "Das positive Recht ohne Geschichte oder Philosophie ist und bleibt ein blosses Handwerk, und ein guterer Kopf wird daran nie Geschmack finden." Uit G. HUGO, *Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts*, Berlijn, Mylius, 1799, 13.

<sup>123</sup> G. HUGO, *Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts*, Berlijn, Mylius, 1799, 1.

<sup>124</sup> H.U. STÜHLER, *Diskussion*, 1978, 139 met verwijzing naar G. HUGO, *Beyträge zur civilistischen Bücherkenntnis der letzten vierzig Jahre*, I, Berlijn, Mylius, 1829, 391 en 215.

<sup>125</sup> G. HUGO, *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*, Berlijn, Mylius, 1820, 31-32.

geldigheids criterium de aanname door het volk (HUGO plaatst dit niet onder de noemer van regels (stilzwijgend) afgekondigd door de overheid<sup>126</sup>, hier wijkt hij af van onder andere AUSTIN).<sup>127</sup> Hij distantieert zich hiermee uitdrukkelijk van een zogenaamde legistische rechtsopvatting. Hij wijst zelfs op de onvolkomenheden die deze vorm van recht (wettenrecht) met zich meebrengt, meer bepaald dat de bekendmaking van de wetten in de werkelijkheid een loutere fictie is, omdat slechts weinigen echt op de hoogte zijn van de nieuwe wet (*cfr.* het enorme aantal pagina's van het Belgisch Staatsblad dat we dezer dagen in België over ons heen krijgen).<sup>128</sup> Natuurlijk moeten ook deze vormen van recht voldoen aan het criterium van afdwingbaarheid door een rechter en gevormd zijn binnen een juridische toestand (waarmee HUGO de staat mee bedoelt).

Daarnaast is er de vraag hoe iets recht geworden is. Dit kunnen we achterhalen door te kijken naar de rechtsgeschiedenis. Deze is onontbeerlijk als we een goede notie van het recht willen hebben. Het voorwerp van het recht is immers het recht waar we hier en nu mee te maken hebben, maar dit recht is niet vreemd van invloeden van buitenaf en is daarenboven ontstaan in een andere tijd.<sup>129</sup> HUGO merkt op dat we met het begrip rechtsgeschiedenis vaak doelen op de geschiedenis van de bronnen van het recht (wat heeft geleid tot diens ontstaan) en de verdere evolutie van die oorzaken. Dit noemt HUGO de uiterlijke of externe rechtsgeschiedenis (*äussere Rechtsgeschichte*), die te vergelijken valt met de politieke geschiedenis van een staat of gemeenschap. Daarnaast is er de interne of innerlijke rechtsgeschiedenis (*innere Rechtsgeschichte*), ook wel chronologische jurisprudentie, die evenzeer tot de rechtsgeschiedenis behoort. Deze houdt zich volgens HUGO bezig met de principes van het recht zelf. Het volgt de evoluties en de invloeden van andere rechtsprincipes die het ondergaat. Beide zijn onontbeerlijk voor een goed inzicht, aldus HUGO.<sup>130</sup> De rechtsgeschiedenis (*sensu lato*) toont ons zo wat de verschillende inhouden kunnen zijn van begrippen die al altijd hetzelfde gebleven zijn.

Ten slotte is er de vraag of het rationeel is dat iets recht is. Dit is natuurlijk een lastige vraag, natuurrechtsdenkers zullen hier hun kans schoon zien om met de 'hoogste eisen van de rede' (*höchste Förderungen der Vernunft*) het door de mens ingestelde recht in vraag te stellen door het aan deze eisen te toetsen. HUGO heeft deze opvatting duidelijk verlaten. De filosofie reikt ons inderdaad

---

<sup>126</sup> *Ibidem*, 1799, 7 en G. HUGO, *Civilistisches Magazin*, IV, Berlijn, Mylius, 1815, 128-30.

<sup>127</sup> G. HUGO, *Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts*, Berlijn, Mylius, 1819, 196-97; G. HUGO, *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*, Berlijn, Mylius, 1823, 24-28; *ibidem* 1799, 7 en G. HUGO, *Civilistisches Magazin*, IV, Berlijn, Mylius, 1839, 89-134.

<sup>128</sup> G. HUGO, *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*, Berlijn, Mylius, 1823, 25.

<sup>129</sup> *Ibidem*, 1799, 2.

<sup>130</sup> G. HUGO, *Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts*, Berlijn, Mylius, 1799, voorwoord, v; G. HUGO, *Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts*, Berlijn, Mylius, 1799, 3-4 en G. HUGO, *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*, Berlijn, Mylius, 1799, 15 en *ibidem*, 1820, 47.

begrippen aan die onveranderlijk en *a priori* kunnen zijn, maar dit kan niet meer zijn dan een leeg omhulsel dat noodzakelijk inhoud behoeft. Daarnaast geeft de filosofie ons ten eerste in de vorm van metafysica de middelen om de loutere mogelijkheid (waarmee HUGO een materiële/ fysieke mogelijkheid bedoelt, *cfr. infra*) van een rechtsregel na te gaan en ten tweede reikt het ons in de vorm van de politiek (in filosofische zin) de mogelijkheid aan om de wenselijkheid van een rechtsregel te onderzoeken. De filosofie laat ons kortweg toe de *Vernunftgemässheit* (begrip van BLÜHDORN) van het recht vast te stellen.<sup>131</sup> HUGO giet deze hervorming van de rechtswetenschap, deze overgang in zowel inhoud als methode, van een theorie gebaseerd op *a priori* kenbare begrippen die concreter worden door middel van systematische redeneringen naar een theorie gebaseerd op geschiedenis en ervaring waar we vertrekken vanuit de ervaring, om in een concreet programma: zijn *Philosophie des positiven Rechts*.<sup>132</sup>

Eerst is het echter nuttig nog een opmerking te maken over de samenhang van (rechts)geschiedenis en (rechts)filosofie die volgens HUGO onlosmakelijk verbonden zijn. De geschiedenis beoordelen we aan de hand van de filosofie, maar de filosofie beroept zich noodzakelijkerwijs ook op de geschiedenis, wil zij zich behoeden voor wereldvreemde speculatie. Dit doet ze door haar voorbeelden te halen uit de overgeleverde ervaring (de geschiedenis).<sup>133</sup> Samen met het nu bestaande geheel van regels, die we bekijken met filosofische en historische ogen, zijn dit de pijlers waarop HUGO het recht gebouwd wil zien.

#### 4.4. PHILOSOPHIE DES POSITIVEN RECHTS

De filosofie heeft in HUGO'S opvattingen een duidelijke plaats gekregen binnen de studie van het recht, het is er zelfs onontbeerlijk voor. Toch zegt HUGO in zijn werken dat een systeem ‘*in strengen filosofischen Sinne nie sein kann.*’<sup>134</sup> Het recht kan nooit sluitend zijn<sup>135</sup>, al is het maar omdat het beroep doet op de taal, die vaak dubbelzinnig is<sup>136</sup> of omdat mensen nu eenmaal niet

---

<sup>131</sup> J. BLÜHDORN, “Nurrechtskritik Und 'Philosophie Des Positiven Rechts', Zur Begründung Der Jurisprudenz Als Positiver Fachwissenschaft Durch Gustav Hugo”, *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis* 1973, afl. 41, 10 met verwijzing naar G. HUGO, *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*, Berlijn, Mylius, 1799, 7.

<sup>132</sup> Hij is hiermee de eerste die het woord ‘rechtsfilosofie’ (weliswaar in een ietwat andere vorm) in de mond neemt (E. PATTARO (ed.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, vol. 10, 187).

<sup>133</sup> H.U. STÜHLER, *Diskussion*, 1978, 138 met verwijzing naar naar G. HUGO, , *Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts*, Berlijn, Mylius, 1809, 4 en 36-7 en *ibidem*, 1810, 4-5. Zie ook G. HUGO, *Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts*, Berlijn, Mylius, 1799, 11.

<sup>134</sup> G. HUGO, *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*, Berlijn, Mylius, 1799, 81.

<sup>135</sup> *Ibidem*, 1799, 8.

<sup>136</sup> Dit zegt Hugo niet uitdrukkelijk (hoewel hij wel vaak naar de taal verwijst als gelijkaardige wetenschap) maar wel HART: H.L.A. HART, *The Concept of Law in Clarendon law series*, Oxford, Clarendon, 124-25.

gemaakt zijn voor een metafysische volledigheid (vergissen is menselijk)<sup>137</sup>. Omwille van dit probleem onderscheidt HUGO de vorm van het recht, waar de filosofie van nut kan zijn, van z'n inhoud, waar de filosofie niks te zoeken heeft, althans wat de invulling betreft. Wel kan de filosofie bij de inhoud een rol spelen als het die inhoud test op z'n *Vernunftgemässheit*, of het strookt met het verstand. Daarbij letten we best wel op dat we niet zomaar *a priori* willen uitmaken wat het verstand dicteert en zomaar aan de kant schuiven wat daar niet mee te rijmen valt. Neen, we voeren deze test uit aan de hand van voorbeelden uit de ervaring en de geschiedenis, die we hebben beoordeeld aan de hand van hun gevolgen.<sup>138</sup> Daarnaast passen we deze test niet *de lege lata* toe (wat het verstand ons toefluistert, is geen recht) maar wel *de lege ferenda*. Zo introduceert HUGO een nieuwe stroming die de verbinding legt tussen een geëmancipeerde rechtswetenschap en de filosofie: de rechtsfilosofie. Hij gebruikt dit begrip niet zelf, maar het valt wel te lezen in de titel van één van zijn grootste werken, het *Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts*.<sup>139</sup> De titel geeft al duidelijk aan hoe HUGO het natuurrecht ziet. Hij verwerpt het niet als geleerd gezwets, maar hij ziet het als filosofische overwegingen over het recht, zonder dat het daarom zelf recht is.<sup>140</sup> Het natuurrecht lost zo volledig op in de studie van het positieve recht.

Hoe omschrijft HUGO nu die rechtsfilosofie? Volgens hem is de *Philosophie des positiven Rechts*:

“die Vernunfterkennniss aus Begriffen, von dem, was (juristisch) *Rechtens sein kann*.”<sup>141</sup>

De filosofie van het positieve recht is dus het verstandelijk/ rationeel inzicht, verkregen uit concepten, over wat (juridisch) recht<sup>142</sup> kan zijn. HUGO stelt dus niet de vraag wat recht is onafhankelijk van tijd en plaats (*quid ius?*) maar wel wat het kan zijn/ voorschrijven op verschillende tijdstippen en plaatsen (*quid*

---

<sup>137</sup> G. HUGO, *Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts*, Berlijn, Mylius, 1798, voorwoord, viii en xi.

<sup>138</sup> G. HUGO, *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*, Berlijn, Mylius, 1820, 46-47.

<sup>139</sup> Deze uitdrukking is zo goed gekozen, dat AUSTIN hem later zal overnemen in de titel van zijn werk *Lectures on Jurisprudence or, The Philosophy of Positive Law*: J. AUSTIN, S. AUSTIN en R. CAMPBELL (ed.), *Lectures on Jurisprudence. Or, The Philosophy of Positive Law*, I, London, John Murray, 1873, 33.

<sup>140</sup> E. PATTARO (ed.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, vol. 10, 187. Zie ook G. HUGO, *Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts*, Berlijn, Mylius, 1799, 20.

<sup>141</sup> G. HUGO, *Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts*, Berlijn, Mylius, 1799, 51. In de volgende editie van 1809 voegt Hugo er voor het woord ‘*Rechtens*’ nog ‘*im Staate*’ aan toe, wat hij de editie daarna (1819) weer heeft weggehaald en in plaats daarvan achteraan de woorden ‘, und zwar hauptsächlich über das Privatrechtliche, als über das eigentlich Juristische’ waarmee hij waarschijnlijk meer de nadruk op het privaatrecht wilde leggen (E. PATTARO (ed.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, vol. 10, 187).

<sup>142</sup> Zie voetnoot 100 over de vertaling van het woord *Rechtens*.

*iuris?*).<sup>143</sup> Dit staat in contrast met hoe onder andere AUSTIN later de rechtsfilosofie zal omschrijven (namelijk als *science of jurisprudence*, net wél wat het recht is).<sup>144</sup>

HUGO spreekt over een ‘*Vernunfterkenntnis*’, waarmee hij wil voorkomen dat zijn filosofie gezien wordt als slechts een historisch correcte beschrijving van hoe het recht ergens in elkaar steekt. HUGO wil meer dan dit, hij zegt dat we “natuurlijk niet louter stil kunnen blijven staan bij wat in een bepaalde tijd of in een bepaald land recht was of is.”<sup>145</sup> Hij wil wel degelijk een algemene theorie over het recht afkondigen. Daarnaast duidt hij hiermee ook op het filosofisch karakter ervan, want hoewel de methode er geen meer is van systematisch en metafysisch denken, is zij nog steeds filosofisch. Maar over de methode straks meer.

Dit rationeel inzicht wordt gehaald uit concepten (‘*aus Begriffen*’). Hiermee geeft HUGO de metafysica alsnog een plaats in de rechtsfilosofie. De metafysica kan ons de begrippen en concepten aanleveren die we nodig hebben om alles vorm te geven. Om het recht daarentegen van inhoud te voorzien is de metafysica niet geschikt, zij is zelfs zo “onbeschrijfelijk gebrekkig, dat je er [*überhaupt*] geen wetenschap uit kan maken.”<sup>146</sup> Hoewel er dus ook een ‘metafysica van de rechtsleer’ bestaat, hebben we nood aan een aantal ervaringsregels om de filosofische test op het recht door te kunnen voeren.<sup>147</sup> Dit bespreken we in het stuk over HUGO’S juridische antropologie.

Ten slotte is het de bedoeling dat we met dat rationeel inzicht uit concepten onderzoeken “*was (juristisch) sein kann.*” Dat HUGO hiermee in tegenstelling tot KANT een antwoord beoogt te geven op de vraag *quid iuris?* en niet op de vraag *quid ius?* is al gezegd. Maar wat betekent dit precies? Niet uitzoeken wat overal en altijd rechtmatig is, noch censureren van het huidige recht op basis van principes *a priori*, maar wel het bewijs van de mogelijkheid van het positieve recht en de vergelijking van die verschillende mogelijkheden om daaruit de beste te kunnen kiezen.<sup>148</sup>

In deze laatste zin kunnen we al een vleugje opvangen van het haast cynische positivisme dat HUGO nastreeft. Voor we hierop ingaan, bekijken we eerst nog

<sup>143</sup> E. PATTARO (ed.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, vol. 10, 188.

<sup>144</sup> Zie AUSTIN’S kritiek op de indeling van Hugo: J. AUSTIN, S. AUSTIN en R. CAMPBELL (ed.), *Lectures on Jurisprudence. Or, The Philosophy of Positive Law*, I, London, John Murray, 1873, 33.

<sup>145</sup> “[n]atürlich kann man nicht blos bei dem stehen bleiben, was zu irgend einer bestimmten Zeit, oder in irgend einem bestimmten Lande Rechtens war oder ist (...)” uit G. HUGO, *Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts*, Berlijn, Mylius, 1799, 52.

<sup>146</sup> “allein diese ist so unbeschreiblich dürftig, dass man keine eigene Wissenschaft daraus machen kann (...)” uit G. HUGO, *Civilistisches Magazin*, III, Berlijn, Mylius, 1829, 93-94.

<sup>147</sup> G. HUGO, *Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts*, Berlijn, Mylius, 1819, 3.

<sup>148</sup> G. HUGO, *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*, Berlijn, Mylius, 1799, 86-87.



even van naderbij wat HUGO precies bedoelt als hij spreekt over de ‘mogelijkheid van een regel’. Deze vorm van mogelijkheid is echter te onderscheiden van de mogelijkheid waarover hij het heeft bij zijn rechtsbegrip. Daar is de mogelijkheid juridisch (wat kan je doen in het recht), hier is de mogelijkheid een werkelijke, materiële mogelijkheid (leert de werkelijkheid ons dat iets mogelijk is).<sup>149</sup>

De rechtsfilosofie moet ons dus wijzen op de mogelijkheid van alle (privaat)recht.<sup>150</sup> HUGO toont zich zo een rechtspositivist *avant la lettre* en maakt hiermee de overgang van naturrecht naar rechtspositivisme in Duitsland.<sup>151</sup> De ervaring leert ons dat iedere rechtsregel verschillend is naar tijd en plaats, en er laten zich, hoewel zij vaak op elkaar lijken, geen twee dezelfde rechtsstelsels (HUGO spreekt over ‘*Verbindungen*’) tonen.<sup>152</sup> Het doel (‘*Zweck*’, wat een misschien wat ongelukkige woordkeuze is, beter was misschien het woord ‘*Ergebnis*’, resultaat, geweest) van iedere rechtsfilosofie kan daarom niks anders zijn dan “de zekerheid, de betrouwbaarheid van een regel, hoe zij ook ontstaan is, en in de meeste gevallen zelfs zonder te kijken naar haar inhoud; want de onderdelen van het (privaat)recht zijn bijna altijd goed zoals ze zijn.”<sup>153</sup> “Alles moet dus positief recht zijn, wat positief recht is.”<sup>154</sup> Door een dergelijke onkritische en positivistische en empirische theorie van de rechtswetenschap in te voeren, toont HUGO zich de vader van het rechtspositivisme.<sup>155</sup>

Het nut van de (maar ook ‘een’) *Philosophie* ligt daarom niet in een beoordeling van de geldigheid van het positieve recht of een aanvulling ervan aan de hand van de ‘hoogste eisen van de rede’, aangezien net “het resultaat van elke metafysica niks anders kan zijn dan dat alles wat de ervaring ons als werkelijk leert, mogelijk is.”<sup>156</sup> Neen, het werkelijke nut bestaat erin voor de rechtsgeleerde enerzijds, dat hij ook “filosofeert, dus zijn studiedomein niet [louter] leert als een ambacht.” Iemand die het recht immers werkelijk wil doorgronden, zal door alleen het geheel van bestaande rechtsregels te kennen,

---

<sup>149</sup> J. BLÜHDORN, “Naturrechtskritik Und 'Philosophie Des Positiven Rechts', Zur Begründung Der Jurisprudenz Als Positiver Fachwissenschaft Durch Gustav Hugo”, *Tijdschrift voor rechtsge-schiedenis* 1973, afl. 41, 13.

<sup>150</sup> G. HUGO, *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*, Berlijn, Mylius, 1799, 87.

<sup>151</sup> E. PATTARO (ed.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, vol. 10, 188.

<sup>152</sup> G. HUGO, *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*, Berlijn, Mylius, 1820, 12.

<sup>153</sup> “(...) ist kein anderer, als Gewissheit, Zuverlässigkeit einer Regel, sie sei entstanden, wie sie wolle, und in den meisten Fällen sogar ohne Rücksicht auf ihren Inhalt; denn Sätze des Privat-Rechts sind fast immer gut, so wie sie nun einmahl sind.” uit G. HUGO, *Civilistisches Magazin*, IV, Berlijn, Mylius, 1839, 127-28.

<sup>154</sup> “(...) mithin muss alles dasjenige positives Recht sein können, was positives Recht ist.” uit G. HUGO, *Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts*, Berlijn, Mylius, 1799, 55.

<sup>155</sup> H.U. STÜHLER, *Diskussion*, 1978, 144.

<sup>156</sup> “(...) denn das Resultat aller Metaphysik kann kein anderes sein, als das alles das möglich ist, was die Erfahrung als wirklich lehrt (...)” uit G. HUGO, *Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts*, Berlijn, Mylius, 1799, 55.

geen voldoening vinden. De filosofie is immers de helft van de wetenschappelijke kant van het recht (*cfr. supra*). Anderzijds is de *Philosophie* ook voor de praktijkjurist zeer nuttig. Ten eerste omdat hij zo “het bestaande recht niet verdraait”, dat hij met andere woorden weet waarover hij spreekt.<sup>157</sup> Daarnaast bestaat het nut voor hem erin dat hij, bij de toepassing in de praktijk, er niet slechts “met gewetensbezwaren gehoor aan geeft”, dat hij gewapend is tegen de bewering dat iets tegen de rede ingaat. En ten slotte dat hij, bij de verbetering van het eigen rechtssysteem, voldoende voorbeelden kan bovenhalen en daarvan de pro- en contra-argumenten kent én dat hij met een andere/ hogere blik naar het bij hem geldende recht kan kijken.<sup>158</sup> Omdat hij wil dat ook de praktijkjurist deze bagage meedraagt, benadrukt Hugo het belang van een goede vorming, zodat niet “alle kennis die uit de katheders komt, ook naar de katheders terugvloeit.”<sup>159</sup> Hijzelf heeft ook dankzij de colleges van PÜTTER geleerd niet elke rechtsregel die je voorgeschoteld krijgt in een college, zomaar voor de enige mogelijke te houden.<sup>160</sup>

De ware verdienste van de *Philosophie* is met andere woorden dat het voorbeelden aanlevert die we met het gezond verstand kunnen beoordelen naar hun nut en doelmatigheid. Het bewijst ten eerste de mogelijkheid van alle (privaat)recht om daarna deze mogelijkheden onder elkaar te kunnen vergelijken en beoordelen.<sup>161</sup> Het vertrekpunt van eender welke filosofie over het recht zijn dus feiten, zaken die de ervaring ons aanlevert en waarvan de doelmatigheid van een positieve rechtsregel afhangt.<sup>162</sup> Deze kennis van ‘niet-juridische’ zaken bundelt HUGO in zijn juridische antropologie.<sup>163</sup>

#### 4.5. UITGANGSPUNT VAN DE PHILOSOFIE: DE JURIDISCHE ANTHROPOLOGIE

Het recht is niet *a priori* kenbaar, zoveel heeft HUGO reeds duidelijk gemaakt. Het recht leren we slechts kennen door ervaring<sup>164</sup>, door er werkelijk mee

<sup>157</sup> Denk er hier aan dat, als Hugo over filosofie spreekt, dit noodzakelijk in combinatie is met de geschiedenis, waar de filosofie nu eenmaal z'n voorbeelden uit haalt.

<sup>158</sup> Citaten en tekst gehaald uit G. HUGO, *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*, Berlijn, Mylius, 1820, 55-57 en G. HUGO, *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*, Berlijn, Mylius, 1823, 37-41. Zie ook G. HUGO, *Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts*, Berlijn, Mylius, 1798, §13 en G. HUGO, *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*, Berlijn, Mylius, 1799, 10-11 en 87.

<sup>159</sup> G. HUGO, *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*, Berlijn, Mylius, 1820, 19-21 en 49-58; citaat uit: G. HUGO, *Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts*, Berlijn, Mylius, 1799, 27.

<sup>160</sup> <sup>160</sup> G. HUGO, *Civilistisches Magazin*, III, Berlijn, Mylius, 1829, 97.

<sup>161</sup> G. HUGO, *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*, Berlijn, Mylius, 1799, 87 en *ibidem*, 1820, 47.

<sup>162</sup> G. HUGO, *Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts*, Berlijn, Mylius, 1799, 53.

<sup>163</sup> *Ibidem*, 1799, 53 en *ibidem*, 1819, 49.

<sup>164</sup> G. HUGO, *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*, Berlijn, Mylius, 1820, 49.

bezig te zijn<sup>165</sup>. Maar als we dan filosoferen over de gronden van het recht, en vooral als we nadenken over wat nu ‘het beste recht’ is, waarop kunnen we ons dan baseren? Niet op de dictaten van de rede, dat leidt slechts tot een wereldvreemde kijk op iets wat inherent met mensen verbonden is. De oplossing ligt dan voor de hand, als we kennis willen hebben van het *iusti atque iniusti* moeten we *humanarum rerum notitia*, kennis krijgen van die menselijke zaken. Iedere rechtsfilosofie is bij voorkeur gestoeld op ‘niet-juridische uitgangspunten’ die hij zijn juridische antropologie noemt.<sup>166</sup> Hiermee lijkt HUGO echter alsnog te antwoorden op de vraag ‘*Quod ius?*’, ware het niet dat hij niet probeert vast te stellen welk recht recht is en welk recht onrecht (ondanks de Latijnse zinnen die hij gebruikt). Integendeel gaat hij louter de *Vernunftgemässheit* van het recht na. Als het de test niet doorstaat, wil dit niet zeggen dat het geen recht is, maar zie daarvoor *infra*.

De juridische antropologie kan opgedeeld worden in drie hoedanigheden van de mens:

- de mens als dier;
- de mens als verstandig wezen, en;
- de mens als ‘lid’ van een staat/ als burger.

Deze hoedanigheden liggen telkens ook aan de basis van een van de opdelingen van het Romeinse recht in respectievelijk *ius naturale*, *ius gentium* en *ius civile*.<sup>167</sup> De mens als dier, waar het *ius naturale* uit afgeleid is, is hier bedoeld als een natuurwet (of beter: natuurlijke noodzaak), waarbij je niet anders kan dan je ernaar te schikken omdat dit door de natuur ingegeven is.<sup>168</sup> Het *ius naturale* is dus niet het natuurrecht van de achttiende eeuw, wat een vermenging is van het begrip *ius naturale* met de inhoud van het *ius gentium* en latere invloeden van onder andere legisten, canonisten en de denkers die wilden reageren tegen de absolute monarchieën.<sup>169</sup> Wat in de negentiende eeuw natuurrecht werd genoemd, was eigenlijk een kind van z’n tijd, dat lang anders genoemd werd, zelfs een (deels) andere inhoud had en z’n wortels vindt in de tijd waarin de mens over recht en onrecht begon na te denken.<sup>170</sup> Logischerwijze zijn deze ‘dictaten van de natuur’ (waar HUGO als voorbeelden

---

<sup>165</sup> Onderscheid hier duidelijk degenen die er beroepsmatig (rechtspractici) of toevallig (rechtsonderhorigen) mee in contact komen van zij die het recht op een wetenschappelijke manier bestuderen. Deze laatsten leren zoals gezegd immers twee extra dimensies van het recht kennen, in tegenstelling tot de eersten, die louter het geldende recht onder de loep nemen.

<sup>166</sup> G. HUGO, *Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts*, Berlijn, Mylius, 1799, 53; *ibidem*, 1819, 3 en G. HUGO, *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*, Berlijn, Mylius, 1820, 321-22.

<sup>167</sup> G. HUGO, *Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts*, Berlijn, Mylius, 1799, 6-7, 53 en 69.

<sup>168</sup> G. HUGO, *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*, Berlijn, Mylius, 1820, 8.

<sup>169</sup> Zie hiervoor Hugo’s beschrijving van de geschiedenis van het woord natuurrecht: G. HUGO, *Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts*, Berlijn, Mylius, 1799, 1-51.

<sup>170</sup> G. HUGO, *Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts*, Berlijn, Mylius, 1799, 1-2.

geeft, de verschillen tussen geslachten, de voortplanting, enzovoort)<sup>171</sup> niet slechts eigen aan de mens, maar aan *omnium animalium, quae in caelo, quae in terra, quae in mari nascuntur*.

Daarnaast heeft de mens, althans alle volkeren die door wetten en zeden beheerst worden, twee andere hoedanigheden die hem onderscheiden van de dieren: de mens als verstandig wezen en als burger. Hieruit vloeien ook twee aparte sets van regels voort, de ene, het *ius gentium*, omdat hij mens (onderscheiden van de dieren) is in het algemeen, en de andere, het *ius civile*, omdat hij onderdaan is van een specifieke juridische gemeenschap (een staat). Zolang we niet in een ‘algemene rechterlijke toestand’, een ‘universele staat van eeuwige vrede’ leven, zal de mens deze twee hoedanigheden blijven kennen.<sup>172</sup> In iedere staat worden regels deels uit het ene, deels uit het andere gehaald. Of zoals de Institutentekst luidt (G. 1.1): “*Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio partim communi omnium hominum iure utuntur, nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium civitatis est vocaturque ius civile (...); quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium (...).*”

De drie hoedanigheden van de mens vinden niet alleen hun tegenhangers in het Romeinse recht, maar hebben ook betrekking op drie onderscheiden vermogens van de mens. Als dier is zij onderwerp van het verstand (in die mate dat het verstand ons zegt dat we eten willen, willen voortplanten...), als verstandig wezen van de rede en als burger van het oordeelsvermogen. Ten slotte kunnen we ze ook toewijzen aan uiterlijke handelingen (als dier), innerlijke handelingen (als verstandig wezen) of een combinatie van beide (als burger).<sup>173</sup>

Op deze regels van de ervaring baseren we onze rechtsfilosofie, en ruimer, ons recht. Maar dit is natuurlijk slechts het vertrekpunt. Nu komt het erop aan de mogelijke rechtsvormen die de ervaring ons leert te vergelijken en te voorzien van een ‘filosofische test’, teneinde een *iusti atque iniusti scientia* te bereiken, door na te gaan of ze stroken met de regels van de juridische antropologie.<sup>174</sup> HUGO kamt met deze controle het volledige recht zoals het zich in zijn tijd voordeed uit in zijn *Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts*.<sup>175</sup> Hierbij focust hij vooral op het privaatrecht, dat hij, als ware romanist (de drieledige indeling van het Romeinse recht sloeg immers ook op het privaatrecht), als eigenlijk onderwerp van de rechtsfilosofie

---

<sup>171</sup> *Ibidem*, 1799, 8.

<sup>172</sup> *Ibidem*, 1799, 105.

<sup>173</sup> *Ibidem*, 1799, 69.

<sup>174</sup> G. HUGO, *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*, Berlijn, Mylius, 1820, 322.

<sup>175</sup> G. HUGO, *Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts*, Berlijn, Mylius, 1819, 193 e.v.

beschouwt. Het hoofdstuk dat in zijn boek gewijd is aan het publiekrecht heeft dan ook de treffende titel ‘aanhangel’ (*Anhang*).<sup>176</sup>

We kunnen ons met betrekking tot deze filosofische test beperken tot een algemene opmerking, die HUGO’S beoordeling van alle toenmalige instellingen van het privaatrecht ongeveer omschrijft. We vinden deze opmerking in het werk van HUGO zelf. Net voor hij zijn juridische antropologie uiteenzet, wijst hij de geleerde die zich wil toeleggen op de rechtsfilosofie erop dat hij niet de fout mag maken die we steeds geneigd zijn te maken. Meer bepaald, “wat miljoenen mensen, en zeker ook goede en verstandige mensen, niet slechts gedaan hebben, maar zelfs zonder blikken of blozen voor recht gehouden hebben, zal wel niet zo in strijd zijn met de rede als recente auteurs (...) misschien wel denken.” Hij citeert daarvoor ook David HUME die zegt dat “ (...) *there is really no other standard [than general opinion], by which any controversy can ever be decided.*”<sup>177</sup> Zo rechtvaardigt HUGO bijvoorbeeld de slavernij uit de nieuwe en nieuwste tijd op deze wel erg merkwaardige manier: “Kan de slavernij recht<sup>178</sup> zijn? Die vraag is eigenlijk al beantwoord doordat het gedurende vele duizenden jaren bij miljoenen beschaafde mensen recht was en dat noch Socrates, noch Plato, noch Scipio, noch Christus, noch Marcus Aurelius, noch Papianus – mannen aan wier moraliteit zeker niet getwijfeld werd – noch iemand onder hun tijdgenoten (...) ooit aan de rechtmatigheid van slavernij getwijfeld hebben.”<sup>179</sup> Toch vinden we bij HUGO naast deze apologetische benadering ook een kritische. De neger-slavernij die ontstaan is na de ontdekking van het Amerikaanse continent, vind hij meedogenloos en in strijd met alle menselijke gevoel.<sup>180</sup> Maar als hij het over de slavernij heeft, laat hij net daarom deze recente vorm buiten beschouwing.<sup>181</sup> Slavernij komt niet voort uit de dierlijke (bij dier bestaat zoiets niet) of verstandelijke natuur (het is niet eigen aan alle volkeren, Duitsland heeft bijvoorbeeld nooit een vorm van onvrijheid gekend)<sup>182</sup>, maar wel uit de burgerlijke natuur van de mens. Zij is eigen aan een specifieke staat en is daarom even onnatuurlijk als de private eigendom (nu kennen wij ook voorbeelden van landen waar dit inderdaad niet bestond, bijvoorbeeld de

---

<sup>176</sup> *Ibidem*, 1819, 509.

<sup>177</sup> D. HUME, *Essays and Treatises on Several Subjects*, II, Londen, A. Millar, 1758, 261.

<sup>178</sup> Zie voetnoot 100 over de vertaling van het woord *Rechtens*.

<sup>179</sup> “*Kann die Sklaverei Rechtens sein? Diese Frage ist eigentlich schon dadurch beantwortet, dass die Sklaverei Jahrtausende hindurch bei so vielen Millionen cultivirter Menschen wirklich Rechtens war, und dass weder Socrates, noch Plato, noch Christus, noch Marc Aurel, noch Papinian, – Männer, deren moralisches Gefühl eben nicht in üblem Rufe steht – noch irgend einer ihrer Zeitgenossen (...), an der Rechtmässigkeit der Sklaverei je gezweifelt haben.*” uit G. HUGO, *Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts*, Berlijn, Mylius, 1799, 139-40.

<sup>180</sup> G. HUGO, *Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts*, Berlijn, Mylius, 1819, 242.

<sup>181</sup> *Ibidem*, 1799, 143-44.

<sup>182</sup> G. HUGO, *Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts*, Berlijn, Mylius, 1819, 242.

U.S.S.R.) of het huwelijk.<sup>183</sup> De enige reden waarom al deze zaken toch verstandig, redelijk zijn, is omdat de mensheid er nu eenmaal gewoon aan is.<sup>184</sup> Jammer genoeg stopt HUGO hier niet bij zijn beoordeling van het recht. Wanneer hij het over de slavernij heeft, kan hij niet aan de verleiding weerstaan toch een inhoudelijk criterium op te werpen en daarmee af te glijden naar de vraag ‘*Quod ius?*’. Hij herhaalt KANT en zegt dat we bij al het empirische moeten kijken naar de gevolgen als we de regel universeel maken. Als zij de mensen ongelukkig maakt, kan zij geen recht zijn, in het andere geval wel.<sup>185</sup>

#### 4.6. HUGO ALS HERVORMER VAN DE RECHTSWETENSCHAP

In het voorgaande hebben we uiteengezet wat HUGO mis vindt met de rechtswetenschap en hoe hij dit wilt veranderen en ook echt verandert. Hij weerlegt ten eerste dat het natuurrecht kan dienen als maatstaf van of aanvulling op het positieve recht. Daarvoor mist het nu eenmaal de (werkelijke) geldigheid die positieve rechten wel hebben: afdwingbaarheid door een rechter. Daarnaast betwist HUGO dat er zoiets bestaat als natuurrecht (*a priori* kenbare, onveranderlijke, universele principes), de ervaring toont ons dat er in de wereld geen twee dezelfde rechtsprincipes zijn of waren. Ook de methode van de natuurrechtsdenkers laat HUGO niet voor wat het is. Het is onmogelijk en zelfs onwenselijk om te streven naar een theorie over een volledig en gesloten rechtssysteem. Zowel het onderwerp als het middel daartoe zijn er niet voor geschikt. Daarenboven zal een dergelijk onveranderlijk systeem na verloop van tijd als zeer onrechtvaardig gevoeld worden.

HUGO veegt al het bestaande van tafel en zet er zijn eigen opvattingen voor in de plaats. Het recht, als leer en als vindplaats, dat we kunnen definiëren als ‘de externe dwangverhoudingen voortvloeiend uit subjectieve rechten van anderen waaraan een reële juridische toestand (de staat) beantwoordt, en waarin zij kunnen worden afgedwongen door een rechter’ moet uit de filosofie gelicht worden en als zelfstandige wetenschap een plaats krijgen tussen de geschiedenis en de filosofie. Aan de hand van deze drie wetenschappen krijgen we een volledig (lees: geleerd) beeld van het recht.

De filosofie is daarbij zeker nuttig, maar slechts op twee vlakken. Zij leert ons het recht zowel kritisch als apogetisch te benaderen. Het recht beoordelen we op zijn nut en doelmatigheid, maar tegelijk kan het resultaat van de rechtsfilosofie niks anders zijn dan alle recht dat ons door de ervaring kenbaar is gemaakt, als positief en dus mogelijk, recht te zien. Ook geeft zij ons de hulzen, de concepten waarmee we het recht kunnen vormgeven. Zelf is zij

---

<sup>183</sup> *Ibidem*, 1799, 142.

<sup>184</sup> *Ibidem*, 1819, 142.

<sup>185</sup> G. HUGO, *lehrbuch der juristischen Encyclopädie*, Berlijn, Mylius, 1799, 144-45.

echter leeg, de inhoud komt daarom uit de ervaring (het nu geldende recht) en de geschiedenis (het recht van vroegere tijden). Zo leren we kennen wat op verschillende tijdstippen en plaatsen mogelijk recht geweest is en kunnen we deze mogelijkheden (*de lege ferenda*) vergelijken om tot een verstandig recht te komen. De rechtsvergelijking deed zo ook z'n intrede.

Hoe we dit recht beoordelen, wat meer bepaald de criteria zijn, levert ons de juridische antropologie. Dit is wat de ervaring ons leert over hoe de mens is in verschillende hoedanigheden en wat hij daarvoor nodig heeft. Het recht levert vervolgens de juiste middelen zodat de mens zich in elk van deze hoedanigheden ten volle kan vinden. Als iedere jurist, geleerde of practicus, deze dingen is bijgebracht, is hij in staat het recht met een heldere blik te aanschouwen en te beoordelen.

De hervorming van HUGO bestaat er dus in dat hij als uitgangspunt niet langer het verstand, maar wel de ervaring en de geschiedenis neemt. Dat hij, ten tweede, niet langer beoogt het recht *de lege lata* aan te vullen of de toetsen. En, ten derde, dat hij daarvoor niet langer gebruik maakt van een gesloten, systematische methode, maar de dingen daarentegen vanuit een empirische en positivistische aanpak benadert.

Er rest ons nog de vraag die KANT al eerder opwierp met betrekking tot de overgang van systeem naar ervaring. Hoe zorg je ervoor dat je het systeem kan toepassen op de praktijk? HUGO doet hiervoor beroep op de vorming van de toekomstige jurist. Een goed gevormde jurist bezit een sterk oordeelsvermogen en kan het gat dat gaapt tussen systeem en ervaring opvullen.<sup>186</sup> HUGO's grootste hervorming is dan ook dat hij er voor zorgde dat de inzichten in het recht in Duitsland niet langer een steeds terug naar de katheders vloeiende, maar wel dat, via een goed college, iedereen, ook de spreker, aangemoedigd wordt actief na te denken over de niet-vanzelfsprekendheid van het recht, en dat zo een beter gevormde klasse van juristen is opgestaan. We herinneren HUGO niet als auteur, als *Schriftsteller*, maar als docent, als *Lehrer*.

## 5. GUSTAV HUGO/ COMPLEET PASSÉ OF VERRASSEND VERNIEUWEND?

We hebben gezien dat op het einde van de achttiende eeuw het natuurrecht plaats moest maken voor het rechtspositivisme. Vervolgens hebben we uitvoerig bestudeerd wat de bijdrage van Gustav HUGO daarin precies was. Zijn visie was positivistisch en empirisch. Zijn grote verdienste waren dan ook dat hij de geschiedenis en de ervaring introduceerde als onontbeerlijke bestanddelen voor iedereen die zich op een wetenschappelijke manier wil

---

<sup>186</sup> BLÜHDORN, *Kantianer und Kant*, 390.

bezighouden met het recht. Daarnaast wees hij als één van de eersten ook op het belang van rechtsvergelijking en emancipeerde hij het recht als zelfstandige wetenschap. Dit deed hij door het aandeel van de filosofie in de rechtswetenschap terug te dringen tot zijn noodzakelijk properties. Hij ging hierbij naar eigen zeggen consequenter tewerk met betrekking tot het Kantische onderscheid vorm/inhoud dan KANT zelf.<sup>187</sup>

Toch mogen we niet over het hoofd zien dat positivisme in het recht niet alles is. Zoals Ronald DWORKIN (1931-2013) in zijn beroemde werk *Taking Rights Seriously* aantoonde, houden rechters (en ze moeten dit volgens hem ook doen) wel degelijk rekening met morele principes. De vraag of zij dan het recht toepassen, laat zich echter niet gemakkelijk beantwoorden.<sup>188</sup> Ook HUGO's kritiek op de natuurrechtsdenkers is niet volledig juist. Hij verwijt hen enerzijds dat zij pleiten voor een zekere 'rechterlijke willekeur' aangezien de rechter moet nagaan of het natuurrecht geschonden is, maar het staat niet vast (door middel van empirisch waarneembare criteria) wat dat precies is. Anderzijds beschuldigt hij hen ervan dat zij niet in staat zijn los van hun eigen recht te denken, aangezien een jurist niks anders kent (vergelijk het met het fenomeen 'fonologische doofheid' in de taal). Daardoor spreekt HUGO zichzelf tegen. Zoals de stroming van het *Legal Realism* in de woorden van Brian LEITER (1963 -) immers stelt, beslist een rechter nooit volledig willekeurig, ook al lijkt dat soms zo.<sup>189</sup> Een rechter is namelijk ingebed in zijn juridische leefwereld en ook zijn gedachten zijn gestructureerd volgens die wereld. De oplossing die hij vervolgens aandraagt zal dus steeds een oplossing zijn binnen de grenzen van die wereld. We kunnen dit ook toepassen op het natuurrecht, dat ook zal verschillen per juridische cultuur (dit is wat MONTESQUIEU eigenlijk al aantoonde). Wat een rechter dus doet als hij de *principles* toepast waarover DWORKIN het heeft, is '*la bouche qui prononce les paroles de la loi*' zijn, zoals MONTESQUIEU het werkelijk bedoelde.<sup>190</sup> Volgens hem moet een rechter immers binnen de grenzen van het recht blijven, maar tegelijk kan hij ook niet anders aangezien een rechter werkelijk het recht 'ademt'. Hij is het sprekende recht, hij uit de *Esprit général* van een samenleving. Tegelijk moet de rechter ook binnen het recht blijven. In de woorden van Sir Edward COKE (1552-1634): "[N]o man ought to take it on himself to be wiser than the laws."<sup>191</sup> Maar hij is, als deel van het recht, het beste geplaatst om te zeggen wat het recht is, aangezien hij het meest vertrouwd is met de geschiedenis en betekenis ervan (hij breit, zoals DWORKIN het ons vertelt, een vervolg aan het verhaal van het recht). Dat is wat we dan ook onthouden van HUGO's

<sup>187</sup> H.U. STÜHLER, *Diskussion*, 1978, 146 met verwijzing naar G. HUGO, *Beyträge zur civilistischen Bücherkenntnis der letzten vierzig Jahre*, I, Berlijn, Mylius, 1829, 406.

<sup>188</sup> H.L.A. HART beweert dat dit niet het geval is.

<sup>189</sup> B. LEITER, "Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence", *Texas Law Review* 1997, 279-285.

<sup>190</sup> R. FOUQUÉ, "De rechter is het sprekende recht" in F. EVERS en P. LEFRANC, *Kiezen tussen recht en rechtvaardigheid*, Brugge, Die Keure, 2009, 80-84 en 88.

<sup>191</sup> *Ibidem*, 83.



inzichten, namelijk dat een goede jurist op een complete manier met het recht bezig is. Hij is vertrouwd met de juridische werkelijkheid, maar dient ook kritisch of apologetisch te zijn tegenover dat recht door de geschiedenis ervan te kennen.

Anderzijds onthouden we dat voor discussies over het natuurrecht en, breder, hoe het recht er uit moet zien, geen plaats is in de rechtbank, maar wel in de rechtsleer en in het parlement. Zoals ook KANT zegt, is recht steeds een vorm van willekeur. Is het geen rechterlijke willekeur, dan is het wel willekeur van de wetgever.<sup>192</sup> Deze heeft echter als eerste recht op dit prerogatief omdat het nu eenmaal verkozen is door het volk. Maar zit hierboven geen contradictie? Enerzijds is de rechter het best geplaatst om te zeggen wat het recht is, maar anderzijds mag hij niet zeggen hoe het recht moet zijn (een onderscheid dat niet altijd duidelijk zal zijn), dat is een taak voor de wetgever. Het brengt ons bij de gevleugelde woorden van Ronald DWORKIN over het positivisme van HART in zijn boek *Taking Rights Seriously*:

*“Positivism, of its own thesis, stops short of just those puzzling, hard cases that send us to look for theories of law.”*<sup>193</sup>

In deze ‘gevallen’ zijn we het meest geneigd ‘buiten’ het recht te treden. Dit is echter niet het geval. De rechter kan in dit geval niet beslissen wat hem ‘juist’ lijkt. In deze gevallen laat de wet, wat de wetgever de rechter dicteert, de rechter in de steek, maar toch behoeft de zaak een oplossing. Hier zal de rechter een beroep doen op bepaalde *principles* die hij uit het recht filtert. Hij treedt hierbij niet buiten de grenzen van het recht, hij beslist binnen de *implicit philosophy* (begrip van DWORKIN) van het recht. Hij is de mond van de wet. Net daarom moeten we zorgen voor een degelijke, en vooral, volledige juridische opleiding waarin een jurist het recht beoefent zoals hij de taal beoefent. Zo zal er nooit volledige rechterlijke willekeur zijn.

Echter, dit is slechts een oplossing *praeter legem*. Kan een rechter ook *contra legem* beslissen? Het is duidelijk dat wat de rechter zegt recht is, maar *mag* hij dat ook doen? Juridisch mag hij dat hoogstwaarschijnlijk niet, aangezien ieder rechtsstelsel normaal een zogenaamde ‘secundaire regel’ heeft die zegt dat de rechter zich moet neerleggen bij wat de wet zegt. De vraag die hier aan de orde is, is echter of de rechter dit ook moreel niet mag doen. Dit is de vraag die al eeuwen het debat tussen natuurrechtsdenkers en rechtspositivisten voedt. Het antwoord ligt in de hierboven reeds geciteerde uitspraak van Sir Edward COKE: “[N]o man ought to take it on himself to be wiser than the laws.”

---

<sup>192</sup> Ook de wetgever is immers slechts een mens en een mens kan fouten maken, WALDRON, *Kant's Legal Positivism*, 1564, met verwijzing (voetnoot 120) naar I, KANT, *Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht*.

<sup>193</sup> R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Harvard, Harvard University Press, 1978, 45.

Voorlopig lijkt het te volstaan om nogmaals de grootste filosoof van de voorbije driehonderd jaar aan te halen.

Zoals KANT zegt ligt de waarde van het recht erin dat de vrijheid van de mens erdoor vergroot wordt (*cf. supra*). Dat de normen in dat recht niet volgens de (morele) zin van iedereen zijn, is onvermijdelijk.<sup>194</sup> Want “[e]ven if men are angels, they are opinionated angels, and they hold (or there is a strong probability that they hold) conflicting views about justice for which they are prepared to fight.”<sup>195</sup> De essentie van recht en de rechtsstaat bestaat er net in “dat het recht toegepast wordt door de actoren van de staat ook al is de regel volgens hem onrechtvaardig, moreel vereerd of zelfs gewoon slecht gekozen.”<sup>196</sup> We moeten ergens de knoop doorhakken, anders betekent dit een terugkeer naar de (weliswaar fictieve) natuurstaat.

Een andere enorme verdienste van HUGO die hier niet achterwege gelaten kan worden, is wellicht dat hij een groot voorbeeld was voor SAVIGNY toen hij zijn Historische School “uitbouwde”. Of HUGO kan bestempeld worden als grondlegger of eerder als wegbereider ervan, laten we in het midden.<sup>197</sup>

Maar waarom is dan ondanks al deze verdiensten HUGO’S werk van de boekenmarkt en uit de literatuur verdwenen, wanneer “*die lebendige Stimme [Hugos] verstummt war*”?<sup>198</sup> De reden is te vinden in HUGO’S aard als wetenschapper. Volgens SAVIGNY in zijn lofrede aan HUGO ‘*Der zehente Mai 1788*’ zijn er twee soorten geleerden: auteurs en docenten. HUGO hoorde bij die tweede categorie.<sup>199</sup> Hij wilde geen lezers, hij wilde toehoorders.<sup>200</sup> Immers, een “compendium verliest één van zijn meest wezenlijke voordelen, als het tegelijk een handboek voor het brede publiek moet zijn”.<sup>201</sup> HUGO’S boeken waren dus bedoeld als lesmateriaal, per definitie iets eindig. Hun volle uitwerking krijgen ze immers pas voor de toehoorder, niet voor de lezer.<sup>202</sup>

---

<sup>194</sup> Dit lijkt vreemd want de voorwaarde voor moreel handelen volgens KANT is net de universaliseerbare karakter van de maxime. Deze discussie gaat echter buiten het bestek van dit werk, voor een argument hierover zie WALDRON, *Kant’s Legal Positivism*, 1558 e.v.

<sup>195</sup> WALDRON, *Kant’s Legal Positivism*, 1547.

<sup>196</sup> “It is the principle that an official should enforce the law even when it is in his confident opinion unjust, morally wrong, or misguided as a matter of policy.” WALDRON, *Kant’s Legal Positivism*, 1539.

<sup>197</sup> H.U. STÜHLER, *Diskussion*, 1978, 147.

<sup>198</sup> W. EBEL,, *Gustav Hugo, Professor in Göttingen*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1964, 23.

<sup>199</sup> F.C. VON SAVIGNY, “Der zehente Mai 1788” in *Beytrag zur Geschichte der Rechtswissenschaft*, Berlijn, 1838, 7.

<sup>200</sup> W. EBEL,, *Gustav Hugo, Professor in Göttingen*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1964, 22.

<sup>201</sup> Dit is bijvoorbeeld ook net zijn kritiek op ‘*De l’esprit des lois*’ van MONTESQUIEU: G. HUGO, *Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts*, Berlijn, August Mylius, 1799, 28-29.

<sup>202</sup> F.C. VON SAVIGNY, “Der zehente Mai 1788” in *Beytrag zur Geschichte der Rechtswissenschaft*, Berlijn, 1838, 8.

HUGO'S 'zwakte is echter ook zijn sterkste punt. Want hoewel theorieën steeds vergankelijk zijn en bijna meteen vervangen worden door nieuwe, is de vorming van een nieuwe generatie sterke juristen en rechtsgeleerden een verdienste die nu nog steeds zijn sporen laat voelen.