

## Bernward Gesang & Julius Schälike (Hrsg.), *Die großen Kontroversen der Rechtsphilosophie*

Jaap Zwart & Femke Storm

*Bernward Gesang & Julius Schälike (Hrsg.), Die großen Kontroversen der Rechtsphilosophie (Paderborn: Mentis Verlag, 2011), 200 p.*

Het hier besproken boek handelt, zoals de titel reeds aangeeft, over een aantal rechtsfilosofische strijdvrage. De beide redacteuren, Bernward Gesang en Julius Schälike, hebben deze controversen ondergebracht in de volgende vier thema's: (1) natuurrecht en rechtspositivisme; (2) menselijke waardigheid en mensenrechten; (3) wetten en specifieke gevallen, en (4) rechtvaardiging van de statelijke straf. Uiteraard dringt zich direct de vraag op of wij hier inderdaad met *de* vier rechtsfilosofische hoofdcontroversen te maken hebben. Helaas licht de redactie haar keuze niet toe. Verschil van mening is hier, dunkt ons, mogelijk. Het is tot op zekere hoogte wellicht een kwestie van smaak. Behoort bijvoorbeeld het tweede thema werkelijk tot de top vier?

Voordat wij inhoudelijk op de afzonderlijke bijdragen ingaan, eerst enkele opmerkingen van algemene aard. In het boek wordt een bijzonder aardige formule gehanteerd om de gekozen controversen te analyseren en reliëf te geven. Na een uitvoerige inleiding van de hand van de beide redacteuren leveren per thema steeds twee schrijvers een bijdrage, waarin óf (deels) tegengestelde, óf (deels) elkaar aanvullende standpunten worden verdedigd. Het resultaat, dat de lezer aldus wordt voorgeschoteld, ziet er als volgt uit:

1. Onder het kopje 'natuurrecht en rechtspositivisme' staan tegenover elkaar Norbert Hoerster, die het opneemt voor de rechtspositivistische scheidingshypothese, en Robert Alexy, die als natuurrechtaanhanger het rechtspositivisme onder vuur neemt. Alexy noemt zichzelf overigens niet met zoveel woorden een natuurrechtaanhanger; hij verklaart wel steeds met verve een 'niet-positivistisch' rechtsbegrip te verdedigen. Maar hij staat geheel in de natuurrechtstraditie, zoals ook de redactie signaleert – hij is een 'Natuurrechtler' (p. 10).
2. In de tweede rubriek, 'menselijke waardigheid en mensenrechten', verdedigen Dieter Birnbacher en Jörn Müller tegengestelde standpunten over de vraag of de menselijke waardigheid als grondslag voor de mensenrechten dienst kan doen.
3. De controversen 'wetten en specifieke gevallen' krijgt reliëf in een combinatie bestaande uit een oudere, uit 1929 daterende, tekst van Ernst Fuchs en een daardoor geïnspireerde studie van Bernward Gesang.

4. In de problematiek van de rechtvaardiging van het straffen, ten slotte, kiest Oliver Hallich voor preventie, Julius Schälike daarentegen voor vergelding.

Deze formule is veelbelovend: ze biedt een uitgelezen mogelijkheid voor een prikkelende behandeling van de verschillende thema's. Naar onze mening zijn echter niet alle mogelijkheden uit de formule gehaald die erin zaten. Het zou spannend zijn geweest indien men louter stukken had opgenomen – niet noodzakelijkerwijze nieuwe, zoals ook nu niet het geval is –, waarin steeds twee auteurs rechtstreeks met elkaar in debat treden. Dat is in dit boek echter niet gebeurd. Weliswaar bevatten de rubrieken 1, 2 en 4 – en in iets mindere mate ook 3 – steeds twee echte pendanten, die bovendien steeds elkaar aanvullende informatie bevatten, maar tot een rechtstreekse persoonlijke confrontatie komt het meestal niet. Uitzonderingen zijn de aanval van Alexy op Hoerster en die van Müller op Birnbacher. Een en ander houdt de bundel weliswaar heel 'beschaafd', maar ook minder uitdagend dan het geval had kunnen zijn.

Dan nu de verhandelingen zelf. In de eerste rubriek worden tegengestelde standpunten vertolkt door Norbert Hoerster en Robert Alexy. Hoerster verdedigt als overtuigd rechtspositivist in een deels uit 1990 daterende, deels nieuwe bijdrage een kernpunt van het rechtspositivisme: de scheidingshypothese, die inhoudt dat tussen recht en moraal geen enkel noodzakelijk, conceptueel verband bestaat. Hij wordt in een uit 1992 daterend geschrift bestreden door Alexy, die pleitbezorger is van de voor het natuurrechtdenken kenmerkende verbindingshypothese, inhoudend dat juist wél sprake is van een noodzakelijk, conceptueel verband tussen recht en moraal.

De natuurrechtelijke verbindingshypothese heeft volgens Hoerster absurde consequenties. Als iedere burger die van oordeel is dat een wet in strijd komt met zijn subjectieve morele opvattingen, die wet haar gelding zou kunnen ontzeggen, dan dreigt anarchie en wordt het kostbare goed van de rechtszekerheid volledig ondergraven. Hoerster ziet trouwens ook de noodzaak van een niet-positivistisch rechtsbegrip in het geheel niet in. Ook vanuit een rechtspositivistisch rechtsbegrip kan men immoreel recht bekritisieren en kan men tot verzet daartegen oproepen. De erkenning van een wet als wet wil nog niet zeggen, dat die wet ook moet worden gevolgd, stelt hij. Hier zien wij dat Hoersters betoog duidelijk aansluit bij de zachte of 'rekkelijke' variant van het rechtspositivisme die, anders dan de harde of 'strikte' variant, aan de gelding van positief recht – vastgesteld op basis van louter formele criteria – niet automatisch een gehoorzaamheidsplicht koppelt, maar de vraag of (formeel) geldend recht ook moet worden gehoorzaamd als een afzonderlijke morele vraag ziet, waarbij het antwoord afhangt van de inhoudelijke morele kwaliteit van het desbetreffende recht.

Vreemd genoeg lijkt Hoerster zich niet te realiseren dat de bezwaren van dreigende anarchie, subjectivisme en ondergraving van de rechtszekerheid, bezwaren die hij de natuurrechtaanhangers voorhoudt, zich even gemakkelijk tegen zijn eigen invulling van het rechtspositivisme kunnen richten. Voor het antwoord op de vraag of geldend recht wellicht wegens zijn twijfelachtige inhoud niet behoeft

te worden gehoorzaamd, moet men hier eveneens te rade gaan bij het subjectieve geweten. Daar komt bij dat natuurrechtaanhangers plegen te betogen dat de onwaardigheid van een wet om te worden nageleefd, duidelijker in het daglicht treedt wanneer haar gelding wordt ontkend.

Alexy tracht bovendien een objectivering in de natuurrechtelijke benadering aan te brengen door aansluiting te zoeken bij een beroemde formule van Gustav Radbruch, de 'Maßfrage': wetten verliezen hun status van geldend recht niet reeds bij de geringste vorm van onrecht, maar slechts dan wanneer de tegenspraak van de wet met de gerechtigheid onverdraaglijk groot wordt, 'ein unerträgliches Maß erreicht' (p. 62vv.). Volgens Alexy is consensus over de vraag of sprake is van onverdraaglijk onrecht gemakkelijk te bereiken door als ijkpunt het al dan niet eerbiedigen van de mensenrechten te hanteren. Zo worden naar zijn mening door de 'sterke' verbindingshypothese te vervangen door een 'zwakke(re)' de gevaren van subjectivisme en rechtsonzekerheid ondervangen. Beide hier besproken studies zijn verre van lichtvoetig geschreven. Inhoudelijk zijn zij echter evenwichtig, getuigen zij van grote kennis van zaken en bevatten zij opvallend veel informatie. Kortom: gedegen vakwerk. De overzichtelijke wijze waarop deze beide auteurs, vanuit hun eigen standpunten uiteraard, de kern van de onderhavige controversie in kaart brengen, was voor ons verhelderend.

De tweede rubriek bevat nieuwe, speciaal voor de bundel geschreven bijdragen. Müller werpt in zijn studie een kritische blik op het opstel van Birnbacher. Omgekeerd gaat Birnbacher helaas niet in op het stuk van Müller, waardoor geen discussie op gang komt. In het eerste artikel betoogt Birnbacher dat de menselijke waardigheid niet als fundament van de mensenrechten kan fungeren. Om als grondslag van de mensenrechten dienst te kunnen doen, zou de menselijke waardigheid een bepaalde inhoud moeten hebben die zich uitstrekt tot buiten die van de mensenrechten (een 'Überschussgehalt', een surplus (p. 83vv.)), want anders zou menselijke waardigheid slechts een retorische variant van de mensenrechten zijn. En dat laatste is kennelijk volgens de schrijver inderdaad het geval. Mensenrechten en menselijke waardigheid zijn naar zijn mening equivalent, en dus kunnen zij niet in een funderingsrelatie zijn opgenomen, want datgene waaruit iets wordt afgeleid, moet verschillen van het derivaat. Dit standpunt wordt door Müller bestreden. Volgens Müller kan de menselijke waardigheid wel degelijk de mensenrechten funderen. Immers, zo stelt hij, allerlei 'existentiële kenmerken' van de mens, namelijk natuurlijke bekwaamheden en gebreken (zoals rationaliteit, autonomie, socialiteit, fragiliteit en behoeftigheid), zijn als 'constitutief moment' van de *conditio humana* in het waardigheidsbegrip opgenomen (p. 118). En zij verschaffen de menselijke waardigheid het voor een funderende functie noodzakelijke conceptuele surplus, dat Birnbacher haar ontzegt (p. 119). Het artikel van Birnbacher is ons tegengevallen. De auteur formuleert wel nadrukkelijk een standpunt, maar onderbouwt het niet voldoende met argumenten en weet het daardoor niet aannemelijk te maken. Müller daarentegen komt met goede argumenten en een overtuigend betoog. Het komt ons voor dat hij in zijn aanval op Birnbacher – menselijke waardigheid is breder dan mensenrechten – het gelijk

aan zijn zijde heeft. Na bestudering van beide essays is overigens ons vermoeden dat de redactie mogelijk te veel eer geeft aan het erin behandelde vraagstuk door het tot rechtsfilosofische hoofdcontroverse te verheffen, alleen maar sterker geworden.

In de rubriek 'Gesetze und Einzelfälle' treffen wij eerst een gedeelte aan uit een geschrift van Ernst Fuchs (1859-1929), getiteld: 'Was will die Freirechtsschule?' uit 1929. Deze tekst behoort onzes inziens, ondanks zijn ouderdom, tot de meest toegankelijke onderdelen van het boek. De toonzetting doet voor moderne begrippen wellicht wat gezwollen aan, maar de inhoud spreekt nog altijd tot de verbeelding. De 'Freirechtslehrer', die in Duitsland in de eerste helft van de vorige eeuw optraden en van wie Fuchs een van de meest vooraanstaande vertegenwoordigers was, stonden uiterst kritisch en wantrouwig tegenover het wettenrecht, tegenover codificatie. Rechtspraak aan de hand van de in hun ogen starre, niet op de bijzonderheid en complexiteit van de individuele gevallen van het rechtsleven berekende wetten zou goeddeels moeten worden vervangen door een grote vrijheid van de rechter om in hoge mate los van de wet, op basis van zijn oordeelsvermogen, naar de concrete omstandigheden van het geval, 'selbstschöpferisch' (p. 128), recht te doen. Het tweede opstel in de onderhavige rubriek van de hand van Bernward Gesang – een nieuwe studie – draagt niet het karakter van een aanval op de gedachten van de 'Freirechtsschule'. Gesang is veeleer gefascineerd en geïnspireerd door het 'rechtstheoretische particularisme' (p. 135) van deze school en extrapoleert de problematiek, die door de 'Freirechtslehrer' aan de orde werd gesteld, naar de moraalfilosofie om zo tot een vergelijking van het 'juridische en morele particularisme' te komen. Ook in de ethiek speelt immers de vraag of het eigenlijk wel mogelijk is algemene regels te formuleren die probleemloos toepasbaar zijn op specifieke kwesties ('moreel particularisme'). Gesang komt tot de slotsom dat het morele particularisme nog veel radicaler is geprofileerd dan zijn juridische pendant, die ook in de variant van de 'Freirechtslehrer' gematigder zou zijn (p. 143). De tekst van Fuchs verraadt de meesterhand van een van de grotere Duitse rechtsgeleerden uit de vorige eeuw. Maar ook het door Fuchs geïnspireerde betoog van Gesang is zeer behartigenswaardig, al verwijdt het zich wellicht iets te ver van hetgeen doorgaans onder rechtsfilosofie wordt begrepen.

Ten slotte kort iets over de vierde rubriek. Daarin schrijft Oliver Hallich over preventietheorieën en Julius Schälke over vergeldingstheorieën inzake het straffen. Beide bijdragen zijn nieuw. Deze auteurs treden daarbij niet met elkaar in discussie en refereren zelfs niet aan elkanders stukken. Dat is spijtig. Hun verhandelingen vormen nu veeleer tezamen een zeer breed uitgesponnen verkenning van de omvangrijke problematiek van de rechtvaardiging van de statelijke straf. Het is binnen het kader van een korte bespreking onmogelijk recht te laten wedervaren aan alle facetten, standpunten en theorieën die in het gebodene de revue passeren. Wij volstaan met vast te stellen dat beide auteurs de belangrijkste argumenten en redeneringen vakkundig in kaart brengen en dat het duidelijk is dat de strafrechtstheorie voor hen weinig geheimen kent. Voor wie zich in het onderha-

vige onderwerp snel wenst in te werken, zijn deze twee bijdragen uiterst aanbevelenswaardig.

Tot besluit nog het volgende. Ons oordeel over dit werk is positief. Het bevat overwegend knappe, deskundige, degelijke en in ieder geval steeds informatieve bijdragen. Wij bevelen het dan ook van harte aan. Maar deze aanbeveling laten wij nog wel vergezeld gaan van twee punten van kritiek, hierboven reeds aangestipt. In de eerste plaats had de redactie de door haar gehanteerde formule, die nu al een heel aardig effect sorteert, naar onze smaak nog wel iets scherper mogen aanzetten door, meer dan nu het geval is, auteurs rechtstreeks met elkaar in debat te laten treden. Dat had het boek als geheel spannender gemaakt. In de tweede plaats detoneert het tweede thema enigszins in de sfeer van de rechtsfilosofische hoofdcontroversen. Naast drie klassieke strijdvragen, waarvan het grote belang onomstreden is en ook door hun duurzaamheid is bevestigd, figureert nu een thema dat vooralsnog vooral tamelijk modieus is, maar waarvan nog moet worden afgewacht of het de tand des tijds zal doorstaan.