

## Bijdragen

# Silete, theologi, in munere alieno? Een beschouwing over de bestendigheid van theologische leerstukken voor staat en recht in het licht van Kelsens *Allgemeine Staatslehre*

H.G. Hoogers\*

### 1 Inleiding

'Alle Prägnanten Begriffe der modernen Staatslehre sind säkularisierte theologische Begriffe', is de vermaarde openingsregel van Carl Schmitts essay *Politische Theologie* uit 1922.<sup>1</sup> Schmitt stelt in deze beschouwing dat de grote noties van het (staats)recht, zoals de soevereiniteit, de uitzonderingstoestand en het algemene karakter van de wet en haar daaraan in de klassieke idee van de rechtsstaat onmiddellijk gekoppelde onnipotentie, zowel *historisch* als ook *systematisch-conceptueel* in een relatie van continuïteit ten opzichte van de theologie staan. Historisch, omdat volgens Schmitt aantoonbaar zou zijn dat de almacht Gods, Zijn zich in het wonder openbarende soevereiniteit over de door Hem in het leven geroepen natuurlijke en morele ordening en Zijn absolute goedheid zich historisch vanuit de theologie in het recht hebben 'ingewerkt', maar ook systematisch-conceptueel, omdat deze begrippen in gesecculariseerde vorm<sup>2</sup> in het recht een aan de theologie analoge betekenis en functie hebben.<sup>3</sup> Hieraan gekoppeld stelt Schmitt dat theorieën die zich

\* H.G. Hoogers is als universitair docent verbonden aan de vakgroep Staatsrecht en Internationaal Recht van de RUG. In zijn begin 2000 verschenen proefschrift met als titel *De verbeelding van het soevereine*, waarop hij op 9 december 1999 promoveerde, onderzocht hij de theoretische grondslagen van het fenomeen politieke representatie. Deze beschouwing, geschreven op verzoek van de redactie, is een uitwerking van een aantal in dit proefschrift ontvouwde gedachten. De auteur dankt André de Hoogh, Thomas Mertens en Solke Munneke hartelijk voor hun nuttige en kritische commentaar op eerdere versies van dit artikel.

1 *Politische Theologie* verscheen als derde beschouwing in het gelijknamige boek: C. Schmitt, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, zesde druk, Berlijn 1993, p. 43.

2 'Gesecculariseerd', hier begrepen als losgemaakt uit hun theologische omgeving, niet als losgemaakt van hun theologische, of althans theologisch-gelijkaardige, inhoud.

3 'Der Ausnahmezustand hat für die Jurisprudenz eine analoge Bedeutung wie das Wunder für die Theologie', *Politische Theologie*, p. 44. 'De centrale stelling van de politieke theologie is van wetenschapstheoretische en begripshistorische aard: ze poneert namelijk de structuuridentiteit van theologische en juridische redeneerwijzen, inzichten en begrippen. Alle centrale concepten van de moderne staatstheorie zijn volgens Schmitt gesecculariseerde theologische begrippen, niet alleen historisch-genetisch, maar ook wat hun systematische structuur betreft', J.M. Piret, *Legaliteit en legitimiteit bij Carl Schmitt en Hans Kelsen*, R&R 1996/1, p. 6.

tegen deze continuïteit keren en die de zelfstandigheid van het (staats)recht en de statelijke rechtsordering ten opzichte van de theologie beklemtonen, beschouwd moeten worden als een vorm van deïsme, van op immanentie gerichte metafysica.

Schmitt staat niet alleen in zijn beklemtoning van de schatplichtigheid van juridische en politieke begrippen aan theologische noties. In verschillende publicaties, maar op pregnante wijze in zijn voor het eerst in 1981 verschenen *Permanence du théologico-politique?* stelt de Franse politiek filosoof Claude Lefort zich op een vergelijkbaar standpunt.<sup>4</sup> Specifiek verdedigt Lefort het standpunt dat alle vormen van politiek samenleven van mensen gekenmerkt worden door een symbolisch (Lefort gebruikt hier ook wel de term transcendent) verwijzen van de daarin uitgeoefende macht van zichzelf vandaan. De archetypische vorm hiervan is de erkenning van de tweevoudige lichamelijke van de vorst in het *Ancien Régime*: de vorst bezit zowel een eigen, fysiek lichaam als een spiritueel lichaam, een lichaam waarin de eenheid van de staat en de natie, van de samenleving als geheel in al haar delen, beleefd wordt en de erin uitgeoefende macht gelegitimeerd wordt. Volgens Lefort brengt dit symbolisme, dat nadrukkelijk van theologische oorsprong is,<sup>5</sup> een wegverwijzing van de statelijke eenheid en de statelijke macht naar zijn oorsprong die er buiten valt, met zich mee.<sup>6</sup> Zowel de democratie als het totalitarisme blijft in dialectieke zin verbonden met deze exterioriteit, die metafysisch van oorsprong is: de democratie omdat zij sedert de onthoofding van Lodewijk XVI (waarin het fysieke lichaam van de Koning vernietigd werd teneinde de verbondenheid met zijn metafysisch lichaam te verbreken)<sup>7</sup> de plaats van de macht leeg

4 Het gaat er hier uiteraard niet om, Lefort en Schmitt als denkers met elkaar te vereenzelvigen: Leforts denken is zelfs in bepaalde opzichten te beschouwen als een antwoord op Schmitt. Op het vlak van de politieke theologie worden beide auteurs echter door vergelijkbare uitgangspunten verbonden: beide zijn zeer gevoelig voor het zich in de geslotenheid van de staats- en rechtsordering openbarende opene, dat verwijst naar hetgeen buiten die ordening gelegen is, er transcendent aan is. Zie hierover nader Th.W.A. de Wit, *De onontkoombaarheid van de politiek. De soevereine vijand in de politieke filosofie van Carl Schmitt* (diss. KTU Utrecht), 1992, p. 480 e.v.

5 'L'image du corps du roi comme corps double, à la fois mortel et immortel, individuel et collectif, s'est d'abord étayée sur celle du Christ', C. Lefort, *L'image du corps et le totalitarisme, in: L'invention démocratique. Les limites de la domination totalitaire*, Parijs 1981, p. 171.

6 'Le pouvoir (...) manifeste une extériorité de la société à elle-même, lui assure une quasi-réflexion sur elle-même. (...) Mieux vaut dire qu'il fait signe vers un *dehors*, depuis lequel elle se définit', C. Lefort, *Permanence du théologico-politique?*, in: *Essais sur le politique. XIXe-XXe siècles*, Parijs 1986, p. 265.

7 'La révolution démocratique, longtemps souterraine, explose, quand se trouve détruit le corps du roi, quand tombe la tête du corps politique, quand, du même coup, la corporéité du social se dissout', *L'invention démocratique*, p. 172.

laat,<sup>8</sup> het totalitarisme omdat het tracht die plaats opnieuw op te vullen door een sacralisering van volk, klasse, leider of ras.<sup>9</sup>

Zowel Lefort als Schmitt beklemtoont dat staat en recht, dat elke structuur waarin het gaat om de uitoefening van dwang en bevoegdheid, niet gedacht kunnen worden buiten een verwijzing naar, of althans een zeer sterke analogie met, een metafysische of dan toch althans transcendente oorsprong van die structuur. In deze beschouwing zal een poging worden ondernomen om die claim op zijn validiteit te onderzoeken. Daartoe wordt de confrontatie gezocht met het gedachtegoed van Hans Kelsen. Kelsens theorievorming kan immers (althans op dit punt) begrepen worden als een frontale aanval op het type denken zoals dat hierboven geschetst werd: hij begreep zijn rechtsleer immers als *rein*, als wetenschappelijk-positivistisch en in die zin vrij van theologische en theologiserende resten. Kan nu in dit denken de echo van de theologie hoorbaar gemaakt worden, kan althans aannemelijk worden gemaakt dat Kelsen zijn eigen strenge opvattingen over de verhouding tussen theologie en staatsrecht niet (geheel) waar kan maken, dan is dat een belangrijke aanwijzing voor de juistheid van Schmitts en Leforts inzichten, voor de gedachte dat er een *permanence du théologico-politique* en daaraan gekoppeld *du théologico-juridique* is. Specifiek wordt een aantal paragrafen uit zijn in 1925 verschenen *Allgemeine Staatslehre* onderzocht.<sup>10</sup> Kelsen past in deze studie zijn opvattingen over het karakter van normatieve dwangordeningen (die hij later in de *Reine Rechtslehre* uit 1934 in een meer uitgewerkte vorm zal ontvouwen) op de staat toe, hetgeen hem tot belangrijke confrontaties met leerstukken als soevereiniteit en representatie brengt (en dit zijn bij uitstek leerstukken waarvan in de lijn van Schmitt en Lefort gezegd kan worden dat zij bijzondere theologische betekenis hebben). Maar bovendien geeft hij zich (zoals overigens op wel meer plaatsen in zijn oeuvre) in de *Allgemeine Staatslehre* expliciet rekenschap van de relatie tussen theologie, (staats)recht en rechtswetenschap: hij verwerpt die relatie echter ten gronde en snijdt iedere verbinding tussen beide vanuit het recht conceptueel door, al lijkt hij niet te ontkennen dat er een historische verbondenheid bestaat. Uiteraard moet, in het bestek van een korte beschouwing als deze, het onderzoek beperkt blijven

8 '(...) de tous les régimes que nous connaissons, elle [namelijk de democratie, HGH] est la seule dans laquelle soit aménagée une représentation du pouvoir qui atteste qu'il est un lieu vide (...); Essais sur le politique, p. 265. De reden dat volgens Lefort sinds de symbolische moord op het lichaam van de staat de plaats van de macht in een staat met democratische machtsvorming *leeg* blijft, is gelegen in de gedachte dat de soevereiniteit is opgedragen aan het volk, dat niet zelf de plaats van de macht kan bekleden, omdat niemand er feitelijk mee identiek is (ook niet het collectief van de kiesgerechtigden of zelfs maar alle staatsburgers), waardoor alle machtsuitoefening en rechtsvorming *namens* dat volk blijft plaatsvinden, maar nooit door dat volk.

9 Essais sur le politique, p. 274.

10 H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, tweede, onveranderde druk, Wenen 1993.

tot enkele hoofdpunten: het gaat er geenszins om een uitgewerkte kritiek op Kelsens staatsleer of zijn rechtsopvattingen te geven. Dit brengt ook met zich mee dat de confrontatie met Kelsens *Allgemeine Staatslehre* niet alleen vrij kort, maar ook noodzakelijkerwijze vrij beperkt is in zijn reikwijdte: Kelsens staatsleer wordt slechts vanuit één gezichtspunt, het gezichtspunt van de traditie van de politieke theologie, ondervraagd.

De gekozen opzet is daarbij de volgende. In de volgende paragraaf zal het eerst gaan om de door Kelsen beschreven relatie tussen theologie en recht, met name rond het leerstuk van de soevereiniteit. Vooral zal daar ook onderzocht worden of de door Kelsen verdedigde verzelfstandiging van het recht ten opzichte van de theologie *theologisch* verdedigbaar of zelfs noodzakelijk is: als reeds vanuit de theologie zélf succesvol een verbod op een conceptuele relatie tussen (staats)recht en theologie kan worden uitgesproken, terwijl in die relatie het recht de ontvangende partij is, dan maakt dat Kelsens positie immers veel sterker. In de derde paragraaf zal onderzocht worden wat de juridische validiteit van Kelsens argumentatie is. Daarbij gaat het in de allereerste plaats om de vraag of Kelsen erin slaagt de door hem als *theologisch* verworpen notie van aan de rechtsorde *transcendente* soevereiniteit als juridisch relevant begrip succesvol onschadelijk te maken. In de slotparagraaf zullen enkele conclusies getrokken worden en zal bezien worden of het vraagteken in de titel van Leforts artikel (een vraagteken dat hijzelf in dat artikel verwijderd) inderdaad verwijderd kan worden, of er met andere woorden inderdaad een relatie tussen theologie en staatsrecht blijft bestaan, met name op het vlak van de soevereiniteit.

## **2 Kelsens negatie van soevereiniteit en transcendentie als politiek-theologisch probleem**

Kelsen gaat het er in zijn *Allgemeine Staatslehre* om aan te tonen dat de staat als fenomeen voor het recht (en daarmee: voor de rechtswetenschapper) samenvalt met het door die staat gestelde recht.<sup>11</sup> Het hoeft geen verbazing te wekken, dat Kelsen zich vanuit dit uitgangspunt verzet tegen het leerstuk van de soevereiniteit, tenminste als dat zou betekenen dat degene die met de soevereiniteit bekleed is, niet aan het recht onderworpen is. Vanaf paragraaf 20 van de *Allgemeine Staatslehre* gaat Kelsen uitgebreid in op het probleem van de soevereiniteit en de verhouding van de staat tot het recht; daarover meer in de volgende paragraaf. Maar reeds in paragraaf 16

11 'Die Annahme eines vom Recht verschiedenen Staates, den Dualismus eines Rechtswesens und eines metarechtlichen Staatswesens, kann die Staatslehre darum nicht bestehen lassen, weil sie den Staat der sich als Einheit von als Staatsakten qualifizierten menschlichen Handlungen darstellt, schließlich doch irgendwie als Rechtswesen begreifen muß', *Allgemeine Staatslehre*, p. 74.

behandelt hij een aan dit soevereiniteitsprobleem ten zeerste verwant probleem, het probleem namelijk van de gebondenheid van de staat aan het recht. Terecht constateert Kelsen namelijk dat degenen die een aan het recht niet onderworpen, transcendent soevereiniteit voor de staat claimen (Kelsen gebruikt hier nog niet de terminus 'transcendente soevereiniteit' maar 'metajuridisch staatswezen', maar bedoelt daar hetzelfde mee), gewoonlijk toch de mening zijn toegedaan dat de staat die de rechtsorde postuleert, daaraan vervolgens onderworpen is – door middel van zelfbinding:

'Der Staat, so lehrt man, stellt nicht nur eine Rechtsordnung auf, sondern er unterwirft sich auch selbst dieser "seiner" Rechtsordnung und wird dadurch Rechtsperson, Subjekt von Rechtspflichten und Berechtigungen! (...) Wenn der Staat, überhaupt, und sei es auch sich selbst rechtlich verpflichten, wenn vom Staate rechtliche Bindung ausgehen kann – und das ist die Grundvoraussetzung auf der die ganze Theorie steht – dann kann der Staat keine rechtsfremde Macht, dann muß er Recht sein.'<sup>12</sup>

Interessant voor het onderwerp van deze beschouwing is dat Kelsen bij zijn bekritisering van deze 'zelfbindingsleer' nadrukkelijk een relatie met de theologie legt. De leer van de zelfbinding is namelijk volgens Kelsen een juridisch *analogon* van de theologische leer omtrent de verhouding tussen God en de wereld. Immers, zo stelt Kelsen, zoals het staatsrecht de staat transcendent maakt ten opzichte van zijn schepping, het recht, zo verheft de theologie God tot een transcendent grootheid ten opzichte van Zijn schepping, de wereld. En zoals vervolgens voor het staatsrecht de verhouding tussen deze transcendent staat en het door hem voortgebrachte recht het fundamentele probleem is, zo is voor de theologie de verhouding tussen God en wereld het hoofdprobleem. Zeer interessant vindt Kelsen het vervolgens, dat de oplossingen die gekozen worden in staatsrecht en theologie om dit probleem op te lossen, een opvallende parallelie vertonen. Het is dan ook volgens hem nodig om de theologie op dit punt kritisch tegen het licht te houden, teneinde de staatsrechtelijke oplossingen duidelijk voor ogen te krijgen.

'Der Parallelität des Problems und sohin der Probleme entspricht eine auffallende Parallelität der Problemlösungen. Es gilt die kritische Beleuchtung der Theologie auf die Staatslehre reflektieren zu lassen, deren Probleme erst in diesem Lichte sich ganz enthüllen.'<sup>13</sup>

<sup>12</sup> Allgemeine Staatslehre, p. 74-75.

<sup>13</sup> Allgemeine Staatslehre, p. 76.

Als staatsrecht en theologie in essentie gelijklopende oplossingen aandragen voor een in essentie gelijkloend probleem, dan is een reflectie op dit theologische vraagstuk ook voor de staatsrechtjurist opportuun. En dit is ook precies wat Kelsen in paragraaf 16 van de *Allgemeine Staatslehre* doet.<sup>14</sup> Hij concentreert zich daarbij op de vraag naar de betrokkenheid van God bij de door Hemzelf gegeven (natuur)wetten in de door Hem voortgebrachte schepping.

‘Es müssen also die beiden einander ausschließenden Prinzipie: die Erhabenheit Gottes über die Welt und seine positive Beziehung zur Welt, irgendwie doch mit einander vereinbart werden, denn Gott ist zwar seinem Wesen nach “unverworren”, aber doch kann sich Gott nicht ohne Welt, die Welt nicht ohne Gott vorstellen.’<sup>15</sup>

De vereniging van deze elkaar uitsluitende principes (God die volkomen transcendent is en tezelfdertijd op deze wereld betrokken) duidt Kelsen onomwonden aan als ‘Vergewaltigung der Logik’. De oplossing voor dit theologische probleem is volgens Kelsen namelijk de Menswording Gods:

‘In der Person des Gott-menschen unterwirft sich Gott der von ihm selbst gesetzten Weltordnung, der sittlichen sowohl als der naturgesetzlichen, schränkt sich die von vornherein schrankenlose Macht des göttlichen Willens selbst ein. Als Gott-mensch verzichtet Gott auf seine Allmacht.’

De hieraan analoge redenering in het staatsrecht is die waarin de soevereine, over het recht heersende staat zich onderwerpt aan het door hemzelf gegeven recht. Deze redenering ontmaskert Kelsen eveneens als in strijd met de logica.<sup>16</sup> Kelsens eigen staatsrechtleer, die hij nadrukkelijk als positivistisch-logisch postuleert, brengt hem tot de conclusie dat staat en rechtsorde samenvallen, dat er geen sprake kan zijn van een op transcendente

14 Overigens beperkt Kelsens onderzoek naar de theologie zich niet tot deze paragraaf 16. Ook op andere plaatsen in zijn werk besteedt hij aandacht aan de vergelijking staatsrecht-theologie. ‘(...) Er trifft eine den scholastischen Charakter der juristischen Dogmatik bloßlegende Vergleichung juristischer und theologischer Dogmen’, Horst Dreier, Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, Baden-Baden 1986, p. 214.

15 *Allgemeine Staatslehre*, p. 77.

16 ‘Die gleiche Vergewaltigung der Logik zeigt die Staatsrechtlehre’, *ibid.* ‘Er [Kelsen, HGH] entwickelt den Gedanken [namelijk de theorie over de parallelisering van staatsrecht en theologie, HGH] (...) nicht allein als geistvolle Arabeske, sondern primär in kritisch-systematischer Sinn, indem er mittels der Explikation theologischer Probleme Brüche in der staatsrechtlichen Dogmatik aufdecken kann und als Hypostasierungen entlarven kann. Die Analogiebildung dient ihm also als vor allem als Mittel kritischer Rückspiegelung gewisser theologischen Fragen auf das Staatsrecht’, Dreier, p. 215.

soevereiniteit van de staat berustende niet-identiteit.<sup>17</sup> Op vergelijkbare wijze analyseert Kelsen het probleem van de onrechtvaardige staatshandeling: de aan het recht soevereine staat wil het onrechtvaardige niet, maar toch moet in enigerlei hoedanigheid in juridische termen over onrecht gesproken worden wil het *überhaupt* als juridisch begrip verschijnen, en dus moet het onrecht op enigerlei wijze aan de rechtsorde en daarmee aan de wil van de staat gekoppeld worden. Evenzo moet het kwade op enigerlei wijze aan God toegerekend kunnen worden, want God is almachtig en diens gevolge heeft alles wat gebeurt op enigerlei wijze met Hem van doen: de theologie heeft als oplossing voor dit probleem de *theodicee* ontwikkeld.<sup>18</sup> Ten slotte openbaart zich in Gods bevoegdheid wonderen te verrichten en daarmee de gelding van de natuurwetten (tijdelijk en begrensd) op te heffen Zijn absolute soevereiniteit: zo openbaart zich ook in het staatsnoodrecht en de bevoegdheid het geldende recht opzij te zetten de soevereiniteit van de staat. Voor Kelsen is deze 'bevoegdheid' het recht opzij te kunnen zetten geen juridisch, doch slechts een 'politiek' begrip en aldus vanuit het recht niet te begrijpen of te analyseren:

'Solche Lehre kann kaum einen anderen Sinn haben, als daß durch sie gewisse gegen das positive Recht gerichtete Postulate bestimmter politischer Gruppen legitimiert werden sollen.'<sup>19</sup>

17 'Vom Standpunkt einer positivistischen und nicht naturrechtlichen Rechtslehre, der ja auch grundsätzlich der Standpunkt der modernen Staatsrechtstheorie ist, muß die Einheit von Staat und Recht als eine begrifflich wesenhafte, von jeder historischen Entwicklung unabhängige erkannt werden, kann die Vereinigung von Staat und Recht kein historisches Faktum, muß jeder Staat (...) eine Rechtsordnung sein', Allgemeine Staatslehre, p. 78. Dit is vanuit de logica die Kelsen verdedigt een zeer interessante, maar ook merkwaardige conclusie. Uit het feit dat de Menswording Gods een vorm van zelfbinding is (de almachtige, transcendente God onderwerpt Zichzelf aan de wereld en zijn wetten) en deze onderwerping in strijd is met de logica leidt Kelsen af dat zelfbinding in het recht evenzeer onlogisch is. Maar uit deze volgehouden analogie volgt natuurlijk geenszins dat staat en recht samenvallen: een uit de logica voortvloeiend verbod op zelfbinding door de staat leidt niet tot de logische conclusie dat staat en recht *om die reden* samenvallen!

18 Het is in het verband van de bespreking van deze theodicee (of Godsverdediging) opmerkelijk dat Kelsen twee vormen van het begrip 'almacht' door elkaar heen lijkt te gebruiken. Gods almacht brengt (althans in potentie) met zich mee dat Hij ook daadwerkelijk bij alles wat in deze wereld voorvalt, betrokken is: als ene en enige God doordringt Hij Zijn gehele schepping. 'Worden niet twee mussen te koop aangeboden voor een duit? En niet één daarvan zal ter aarde vallen zonder uw Vader. En de haren van uw hoofd zijn ook alle geteld' (Math. 10:29). Zelfs als men de transcendentie van de staat ten opzichte van het recht aanvaardt, volgt hieruit niet een vergelijkbare almacht voor de staat. De staat is niet alleen extern niet almachtig (er zijn meerdere staten), maar ook in de statelijke rechtsorde zelf gebeuren ontelbaar veel dingen waar de staat niets mee van doen heeft. De 'almacht' van de staat kan dan ook hooguit betekenen dat de staat rechtens overall toe *bevoegd* is, maar niet dat de staat ook daadwerkelijk alles doet of bij alles betrokken is.

19 Allgemeine Staatslehre, p. 80.

Kelsens redenering heeft dan ook telkens dezelfde richting: hij poogt aan te tonen dat de theologische postulaten waaruit het staatsrecht put, logisch onhoudbaar zijn en om die reden hun *analogon* in het staatsrecht eveneens onhoudbaar is. Voor Kelsen is het cruciale verschil tussen staatsrecht en theologie dan ook kennelijk vooral hierin gelegen, dat rechtsregels, willen zij voor een jurist als rechtsregels hebben te gelden, binnen een logisch systeem houdbaar moeten zijn. Wat niet hieraan voldoet, valt als ‘natuurrecht’, ‘politiek’ of, inderdaad, ‘theologie’, buiten het aandachtsbereik van de jurist en is geen rechtsregel.<sup>20</sup>

Kelsen lijkt derhalve de gedachte dat er een historische relatie bestaat tussen theologie en recht te onderkennen (als die relatie historisch niet zou bestaan, zou het type redenering dat Kelsen bestrijdt immers vermoedelijk niet zijn ontstaan), maar ontkent dat er een conceptuele overeenstemming tussen beide bestaat. Voor deze beschouwing is het interessant te bezien, of Kelsens claim dat er geen continuïteit tussen theologie en recht te construeren valt op grond van het feit dat het recht aan andere geldings- en bindingscriteria moet voldoen, hout snijdt. Daarbij moet overigens worden opgemerkt dat Kelsens verbreking van de band tussen beide merkwaardig halfslachtig aandoet. In zijn kritiek op theologische leerstukken, die toch in de eerste plaats relevant lijkt te zijn vanuit het recht, beroept hij zich namelijk een aantal malen op intern-theologische debatten. Ook binnen de theologie is, zo stelt Kelsen, op grond van vermeende strijd met de logica getwijfeld aan de juistheid van dogmata zoals de incarnatie en de zelfonderwerping Gods.

‘Wie kann Gott allmächtig, souverän, seinem Wesen nach unbeschränkt und ungebunden und doch zugleich als Mensch dem Naturgesetz unterworfen (geboren werden, leben, leiden, sterben) und an das Sittengesetz gebunden sein? So sprachen zu allen Zeiten die religiösen Zweifler. (...) Als einen “Minotaurus” bezeichneten gewisse Ketzler den Gott der Theologen, der halb Mensch, halb Übermensch sei; als “Fabelwesen” verwarf die Kritik den Staat der nach herrschender Staatsrechtslehre halb Rechtsperson, halb naturhaftes Machtwesen sein sollte.’<sup>21</sup>

Deze stellingname is merkwaardig. Als intern-theologische debatten voor het recht geen richting kunnen geven, omdat recht en theologie geen onderlinge conceptuele relatie bezitten, bevreedt het enigszins dat Kelsen hier zo nadrukkelijk betoogt dat ook in de theologie het argument van de strijd met de logica gevoerd is. Kelsens in de *Allgemeine Staatslehre* ont-

<sup>20</sup> Zie ook *supra*, noot 17.

<sup>21</sup> *Allgemeine Staatslehre*, p. 78.



vouwde positivistische rechtsleer zélf is – in zijn eigen woorden! – in ieder geval kennelijk toch ook in theologische termen te duiden: als een (deïstische) ketterij namelijk.<sup>22</sup>

Dit alles neemt natuurlijk niet weg dat Kelsen de staatsleer en het staatsrecht wil emanciperen van de *dogmatische, christelijke* theologie: ook de verwijzing naar ketterijen als theologisch met zijn eigen juridische standpunt vergelijkbare redeneringen is hiervoor een aanwijzing. Daarmee neemt hij inderdaad stelling tegen hetgeen Schmitt en Lefort betogen. In de volgende paragraaf zal worden onderzocht wat de juridische implicaties zijn van een dergelijke stellingname. Daarvóór moet echter een andere vraag worden beantwoord. Kelsens betoog dat er tussen staatsrecht enerzijds en theologie anderzijds hoogstens een historische relatie kan bestaan, is namelijk uit een onverwachte richting eveneens verdedigd: vanuit de theologie zelf. Zou een continuïteit tussen theologie en recht reeds vanuit de theologie zelf ontoelaatbaar zijn, dan zou dat het debat tussen Kelsen en zijn tegenstanders weliswaar juridisch niet beëindigen, maar het zou Kelsens redenering (waar de theologie in ieder geval historisch de moeder en het recht de dochter is) wel meer plausibiliteit verlenen: in dat geval zou immers door de voorstanders van continuïteit moeten worden aangetoond, waarom de theologische discontinuïteit genegeerd kan worden.

In 1935 publiceerde de Duitse theoloog Erik Peterson, die in 1931 vanuit de reformatie toetrad tot de Kerk van Rome, een beroemd geworden en zeer invloedrijk traktaat over precies dit probleem.<sup>23</sup> Peterson bespreekt in deze verhandeling aan de hand van een veelheid van teksten uit de era van de patristiek de vraag naar de houdbaarheid van politieke theologie, door hem gedefinieerd als het in staat en staatsrecht toepassen van theologische begrippen en het met behulp van aan de theologie ontleende analogieredeneringen verdedigen van politieke ordeningsmodellen. Met name keert hij zich tegen de Ariaanse (vooral door Eusebius verdedigde) these, dat de ene God zijn pendant vond in de ene Keizer en het ene Rijk op aarde.<sup>24</sup> Volgens

22 'In dieser Identität der Rechtsordnung mit der Staatsordnung liegt ja geradezu das Wesen der Positivität des Rechts. Im Gegensatz zur orthodoxen Theologie, die in der Menschwerdung Gottes, in der Vereinigung des transzendenten Gottes mit dem außergöttlichen Welt ein einmaliges historisches Faktum erblickt, das sich zu einer bestimmten Zeit an einem bestimmten Ort zugetragen hat, wollen gewisse mystisch-pantheistische Sektenlehren in Christus nur ein ewiges Symbol sehen und die Menschwerdung Gottes nicht als ein einmaliges historisches Ereignis, sondern als ein im Wesen des Menschen begründetes Erlebnis begreifen: In jedem Menschen vollzieht sich die Menschwerdung Gottes, ist Gott Mensch, *denn Gott ist seinem Wesen nach mit der Welt identisch* [cursivering van mij, HGH]', *Allgemeine Staatslehre*, p. 78.

23 Erik Peterson, *Der Monotheismus als politisches Problem. Ein Beitrag zur Geschichte der politischen Theologie im Imperium Romanum*, Leipzig 1935.

24 Het is in dit verband geen toeval, dat de verhandeling in 1935 verscheen: de *Deutsche Christen* in de Evangelisch-Lutherse Kerk hingen immers een met deze Ariaanse ketterij verwante theologie aan, waarin *Führer* en volk de aardse pendanten van de hemelse ordening waren.

Peterson verzet de orthodoxe triniteitsleer zich tegen dergelijke parallellieën en/of analogieën.

‘Damit [namelijk met de aanvaarding van de triniteit, HGH] ist nicht nur theologisch der Monotheismus als politisches Problem erledigt und der christliche Glaube aus der Verkettung mit dem Imperium Romanum befreit worden, sondern auch grundsätzlich der Bruch mit jeder “politischen Theologie” vollzogen, die die christliche Verkündung zur Rechtfertigung einer politischen Situation mißbraucht. Nur auf dem Boden des Judentums oder Heidentums kann es so etwas wie eine “politische Theologie” geben. Doch die christliche Verkündung von dem dreieinigen Gotte steht jenseits von Judentum und Heidentum, gibt es doch das Geheimnis der Dreieinigkeit nur in der Gottheit selber, aber nicht in der Kreatur.’<sup>25</sup>

Petersons stelling is in zekere zin te beschouwen als spiegelbeeldig ten opzichte van Kelsen. Waar deze (in verband met de logische inconsistentie van de Menswording) het dogma van de drie-eenheid (tenminste impliciet) afwijst en in verband daarmee tot een emancipatie van het recht ten opzichte van de theologie komt, daar is voor Peterson nu juist de realiteit van de christelijke triniteit de voornaamste reden voor een blijvende zelfstandigheid van de theologie ten opzichte van het recht. Deze gedachte heeft veel invloed gehad in het theologische debat. Hans Barion noemde haar in de jaren zestig nog een ‘partische Attacke’ op elk project dat politieke theologie legitimeert.<sup>26</sup> En Peterson richt zijn aanval expliciet op het type politieke theologie dat Schmitt bedrijft, op de gedachte derhalve dat theologische begrippen niet slechts historisch, maar conceptueel een rol spelen en ook te spelen hebben in het staatsrecht en de staatsleer.<sup>27</sup> Treft deze Partische pijl doel, dan is inderdaad elke politieke theologie in de zin van Schmitt ‘erledigt’. Maar treft Petersons pijl inderdaad doel? Niet alleen Schmitt zelf heeft gereageerd op Petersons traktaat,<sup>28</sup> ook uit andere bron is kritiek gekomen op de zeer vérgaande stelling die hier verdedigd wordt. In zijn in 1983 versche-

25 Der Monotheismus als politisches Problem, p. 99-100.

26 H. Barion, *Weltgeschichtliche Machtform? Eine Studie zur politischen Theologie des II. Vatikanischen Konzils*, in: *Epirrhosis, Festschrift für Carl Schmitt zum 80. Geburtstag*, Berlin 1968, p. 13-59.

27 ‘Der Begriff der “politischen Theologie” is m. W. von Carl Schmitt, *Politische Theologie*, München 1922 in der Literatur eingeführt worden. Seine damaligen kurzen Ausführungen waren nicht systematisch gehalten. Wir haben hier den Versuch gemacht, an einem konkreten Beispiel die theologische Unmöglichkeit einer “politischen Theologie” zu erweisen’, *Der Monotheismus als politisches Problem*, p. 158.

nen essay *Politischer Monotheismus oder Trinitätslehre*<sup>29</sup> gaat Peter Koslowski in op Petersons these. In tegenstelling tot Peterson onderscheidt Koslowski in deze beschouwing een aantal typen politieke theologie. De *rechtstreekse* afleiding van staatkundige vormgeving of staatsrechtelijke begrippen uit de triniteitsleer verklaart hij inderdaad voor ontoelaatbaar.<sup>30</sup> De *analogische* politieke theologie, waarin politieke en juridische vormgeving niet rechtstreeks wordt afgeleid uit, maar gefundeerd worden in de theologie, is volgens hem nadrukkelijk wel toelaatbaar.<sup>31</sup> Augustinus en Thomas van Aquino bijvoorbeeld, rechtvaardigen de Aardse monarchie met een beroep op de Goddelijke monarchie. De triniteit is immers vooral naar binnen werkend: naar buiten, in relatie tot de wereld, is zij één en dientengevolge monarchaal.<sup>32</sup>

‘Wenn man die Formen dieses letzten “Typus” Politischer Theologie, auf dessen Bedeutung für die Rechtsdogmatik Carl Schmitt in seiner ersten “Politischen Theologie” hingewiesen hat, untersucht, so wird deutlich, daß die Trinitätslehre politische Analogien durchaus nicht ausschließen kann.’<sup>33</sup>

De vraag is kortom open of politieke theologie in de zin waarin Schmitt, Peterson en Kelsen haar gebruiken inderdaad onmogelijk is: en zij is *theologisch* open. Het is dan ook niet goed mogelijk, te stellen dat reeds vanuit de theologie de argumentatie die door Schmitt en Lefort wordt gebruikt om de (staats)rechtsorde te beschrijven en verklaren en daarmee het type juridisch fenomeen (zoals soevereiniteit) dat zich baseert op deze argumentatie, onmogelijk gemaakt wordt. Daarmee ligt de vraag dan ook open of van-

28 In zijn in 1970 verschenen boek *Politische Theologie II. Die Legende von der Erledigung jeder politischen Theologie*. Schmitt deconstrueert hier Petersons tekst als een poging om het politieke uit de theologie te weren die voornamelijk bezwerend werkt – en waarbij het ‘onzuivere’, ‘creatuurlijke’, ‘politieke’ dan ook telkens weer de kop opsteekt. De *beslissing* dat politieke theologie theologisch onhoudbaar is, is voor Schmitt uiteindelijk een beslissing waarin een *machtswoord* gesproken wordt – en waarin derhalve het politieke aan de orde is.

29 In: Jacob Taubes (red.), *Religionstheorie und Politische Theologie*, Band 1, *Der Fürst dieser Welt*. Carl Schmitt und die Folgen, München 1983, p. 26-45.

30 ‘Es ist deutlich, daß durch den Geheimnischarakter der Trinität und die Lehre von der Inadäquatheit der Spuren der Trinität in der Welt (*vestigia trinitatis*) zum Geheimnis der Trinität eine *unmittelbare* Deduktion der politischen Form aus der Theologie ausgeschlossen ist’, *Religionstheorie und Politische Theologie*, p. 32.

31 ‘Diese Form der Begründung per analogiam gleicht ethischen oder metaphysischen Begründungsverfahren in der Politikwissenschaft. Es werden zusätzliche Argumente aus einem anderen Wissensbereich zur Untermauerung der Politischen Theologie eingeführt, die nicht dogmatischen oder letztbegründenden Anspruch erheben, sondern politische Theorie durch theologische Reflexion einsichtig zu machen suchen’, *Religionstheorie und Politische Theologie*, p. 34.

32 ‘Opera sanctae trinitatis ad intra sunt indivisa, ad extra sunt indivisa’, St. Aurelius Augustinus, *Sermo 71 c. 15*, in: *Religionstheorie und Politische Theologie*, p. 35.

33 *Religionstheorie und Politische Theologie*, p. 35.

uit het recht zélf een dergelijke argumentatie en een dergelijk type leerstuk voor ontoelaatbaar, voor *erledigt* gehouden kan worden, of kortom Kelsens project kans van slagen heeft.

### 3 Kelsens negatie van soevereiniteit en transcendentie als juridisch probleem

In de vorige paragraaf werd duidelijk, dat er geen dwingende immanent-theologische fundering te geven is voor een afwijzen van het verband tussen theologie en staatsrecht, zodat Kelsens claim dat er vanuit het recht geen verbinding tussen beide gelegd kan worden, onderzocht moet worden. In de paragrafen 20 tot en met 23 van de *Allgemeine Staatslehre* bespreekt Kelsen het vraagstuk van de soevereiniteit, waarvan hij in paragraaf 16 reeds gesteld had dat het niet de betekenis kon hebben van een aan het recht transcendent begrip, omdat zulks in strijd komt met de (kennelijk voor het recht bindende) logica. Hier komt hij te spreken over wat het dan wél kan betekenen op juridisch zinvolle wijze.

Hij begint met de constatering, dat de moderne staatsleer een grote stap vooruit gezet heeft door soevereiniteit aan de staat te koppelen en niet langer, zoals voorheen, aan een orgaan van de staat, zoals vorst of volk.<sup>34</sup> De soevereiniteit van de staat betekent dan ook de soevereiniteit van die statelijke rechtsordering, omdat staat en rechtsordering (zoals hij al eerder gesteld had) identiek zijn: een staat is een normenapparaat.<sup>35</sup> Elke andere opvatting onttrekt de staat aan het recht waarop hij tezelfdertijd betrokken is en dat is onlogisch of althans innerlijk tegenstrijdig; het leidt tot de aanvaarding van een *causa prima*, en dat is volgens Kelsen 'eine unvollziehbare Vorstellung.'<sup>36</sup> De soevereiniteit van de staat betekent dan gewoonweg dat deze staat als de hoogste rechtsordering heeft te gelden, dat deze staatsnormering zijn gelding niet ontleent aan een hogere normering. Deze constatering nu is volgens Kelsen een hypothese. Hiertegenover staat een andere hypothese, die niet de staat, maar de volkenrechtsordering als soevereine rechtsordering postuleert. Hij constateert vervolgens dat beide hypothesen in ieder geval uitgaan van een positiviteit van de ordening, ofwel van een geslotenheid en eenheid van de gestelde rechtsnormen als *system*:

34 'Darin, daß Souveränität als Eigenschaft des Staates und nicht, wie früher, als Eigenschaft irgendwelcher Staatsorgane – des Fürsten, des Volkes – erkannt wird, erblickt die moderne Staatstheorie – und das mit Recht – einen ihrer größten Fortschritte', *Allgemeine Staatslehre*, p. 102.

35 *Allgemeine Staatslehre*, p. 16-17.

36 *Allgemeine Staatslehre*, p. 102.

‘Sofern positiv-rechtliche Normen gegeben sind (...), ist ihr irgendwie als Einheit begründetes System [gegeben] (...). Und sofern das Prinzip der Positivität des Rechts in seiner negativen Bedeutung sich gegen das naturrechtliche Prinzip richtet, die Rechtsordnung als gerecht, d.h. als irgendeiner außerhalb des positiven Rechts, in der Vernunft, der Natur, in Gott usw. gelegenen Norm entsprechend nachzuweisen oder solche Entsprechung als zum Wesen des Rechts gehörig zu fordern, meint die Positivität des Rechts und die Souveränität des Staates dasselbe Problem. Allerdings kann diese Ausschließung jeder anderen Norm erst unter der Voraussetzung gelten, daß das System der positiven Rechtsordnung eindeutig bestimmt, als die Sphäre positiven Rechts gewonnen ist.’<sup>37</sup>

Deze eenheid en geslotenheid van de rechtsordering wordt bereikt door de erkenning van het bestaan van de zogeheten *Grundnorm*, die niet zelf een rechtsnorm is, maar de voor het recht noodzakelijke vooronderstelling is dat de gestelde norm inderdaad een rechtsnorm is.<sup>38</sup> Het is deze vooronderstelling, die weliswaar zelf geen rechtsnorm is, maar op basis van de logica immanent is<sup>39</sup> aan het soevereine rechtssysteem, die ervoor zorgt dat er *überhaupt* gesproken kan worden van één rechtssysteem, van één systeem van onderling op elkaar betrokken normen.<sup>40</sup> Deze grond- of oorsprongsnorm, deze funderende norm waar alle andere normen hun juridische gelding aan ontlenen, verdraagt het niet dat er nog ‘achterlangs’ gekeken wordt, ja in haar oorsprongs- (en daarmee tevens afsluitings)karakter ligt de soevereiniteit van de rechtsorde *überhaupt* besloten.<sup>41</sup> De hypothese van de *Grundnorm* ligt, zoals reeds aangegeven, aan beide hypothesen over de vooronderstelde eenheid van rechtsordering ten grondslag, ja, bepaalt zelf *überhaupt* de eenheid en geslotenheid van die

37 Ibid., p. 102-103.

38 ‘De gelding van de “Grundnorm” zelf kan niet meer van een hogere norm afgeleid worden. Als hoogste norm moet zij vooropgesteld (“vorausgesetzt”) worden; zij is dus zelf geen gepositieerde norm, ze maakt geen deel uit van het stellige recht, maar fundeert de gelding ervan’, Piret, p. 9.

39 (Deze Grundnorm is) ‘eine hypothetische Norm, die nicht eigentlich innerhalb des Systems der positiven Rechtssätze steht, sondern dieses allererst begründet, nicht gesatzte, sondern vorausgesetzte Norm, lediglich die Einheit der gesatzten Normen konstituierende Norm (...)’, Allgemeine Staatslehre, p. 104. Zie ook Robert Alexy, Begriff und Geltung des Rechts, Freiburg/München, 1992, p. 155 e.v.

40 ‘Es ist die Grund- oder Ursprungsnorm, die – als Hypothese – von der Rechtserkenntnis eingeführt werden muß, um das als Recht zu begreifende Material, um die als Rechtsakte zu deutenden Tatbestände überhaupt als Elemente eines und desselben Systems “Recht” zu erfassen. (...) Es ist ein Verhältnis der Korrelation, so wie zwischen Tatsache und Hypothese im Reich der naturwissenschaftlichen Erkenntnis auch’, Allgemeine Staatslehre, p. 104.

41 ‘Über diese Grundnorm, über diesen Ursprungsrechtssatz kann – voraussetzungsgemäß – nicht weiter hinaus gefragt werden. Gerade in dieser Voraussetzung liegt dasjenige, was man Souveränität der durch die Grundnorm konstituierten Rechtsordnung nennt’, Allgemeine Staatslehre, p. 104.

rechtsordening als rechtsordening. De eerste hypothese is, zoals gezegd, de hypothese dat de staatsrechtelijke ordening de hoogste is: de staat is soeverein en duldt niemand boven zich. Daaruit volgt dat dan ook de statelijke rechtsordening de hoogste rechtsordening is: staat en rechtsordening zijn immers synoniem. Maar, gaat Kelsen met ijzeren logica voort, als de staatsordening de hoogste rechtsordening is, dan zijn alle andere staatsordeningen de afgeleide van de eigen rechtsordening; er kan er immers maar één de hoogste zijn en verschillende hoogste rechtsordeningen naast elkaar zijn ondenkbaar.<sup>42</sup> Ook de oplossing dat er verschillende ordeningen kunnen bestaan, die verschillende geldingsbereiken hebben (bijvoorbeeld zich beperken tot een specifiek volk, een specifiek grondgebied of allebei) is – juridisch – onmogelijk: de constatering van deze beperking is volgens Kelsen een feitelijke constatering, geen juridische. ‘Die Souveränität des einen Staates ist mit die Souveränität jedes anderen Staates unvereinbar.’<sup>43</sup> De andere theoretisch-juridisch verdedigbare hypothese is die van de soevereiniteit van de volkenrechtelijke ordening: de staten van de wereld ontleen hun rechtsmacht aan het volkenrecht, dat hen hun onderlinge positie toedeelt. Ja, zelfs in de erkenning van het bestaan van verschillende soevereine staten ligt volgens Kelsen al besloten dat daarin erkend wordt dat verschillende staten in een onderlinge relatie staan. Het bestaan van die onderlinge relatie vooronderstelt volgens Kelsen dat er een ordening is die hen verbindt, een juridische ordening bovendien,<sup>44</sup> die hun hun onderlinge plaats ten opzichte van elkaar wijst. Die rechtsordening moet uiteraard hoger zijn dan die van de soevereine staat zelf en kan er dus maar één zijn: de volkenrechtsordening.<sup>45</sup>

42 Ook hier trekt Kelsen een nadrukkelijke parallel met de theologie: God is soeverein en Hij is een enige God. Evenzo betekent een soevereine staat dat er maar één staat soeverein kan zijn. Ook hier blijkt het door elkaar heen lopen van de twee begrippen ‘almacht’ die Kelsen (zij het stilzwijgend) hanteert: zie supra, noot 18.

43 Allgemeine Staatslehre, p. 123. Zeer interessant is het, dat Kelsen deze hypothese voor *theoretisch-juridisch* mogelijk verklaart (zij het dat zijn *Konsequenz bis zum Teufel* al duidelijk maakt dat hij haar zelf niet aanhangt) maar haar, zoals hierboven al bleek, illustreert aan de hand van een *theologische* parabel: uit de eenheid van God en uit het feit dat er maar één God is, vloeit Zijn soevereiniteit voort; zo moet aan de erkenning dat de staat soeverein is de aannahme ten grondslag gelegd worden dat er maar één staat in de wereld is en dat alle andere staten slechts afgeleide ordeningen zijn. Hoewel Kelsen stelt dat deze hypothese juridisch verdedigbaar is, verworpt hij haar wegens haar absurde consequenties; en opnieuw lijkt de theologie, die hij eerder verworpen had als voor het recht irrelevant, een rol van betekenis te moeten spelen om de absurditeit van een *juridisch* postulaat aan te tonen!

44 De gedachte dat de ordening die de staten van de wereld ten opzichte van elkaar verbindt een juridische ordening is, is natuurlijk logisch niet *per se* consistent. Een volkenrechtsopvatting die slechts de staten van de wereld in onderling verband soeverein maakt (zoals de theorie van Hobbes), ontkent nu juist precies op basis hiervan dat de relaties tussen de staten van de wereld (die als zodanig wel degelijk bestaan) het karakter hebben van een rechtsrelatie: ‘volkenrecht’ is in die optiek niets anders dan een vorm van – in beginsel extrajuridische – natuurtoestand.

45 Allgemeine Staatslehre, p. 106.

Twee mogelijkheden zijn er voor Kelsen derhalve: ofwel is de staat soeverein, maar dan ook maar één staat, ofwel is er een andere ordening soeverein, die van het volkenrecht. In beide gevallen is er inderdaad een eenheid van recht, op grond van de aan beide ten grondslag liggende *Grundnorm*: er is maar één ordening in de wereld. Kelsen voert beide mogelijkheden op een metajuridische overtuiging terug (een subjectivistische, respectievelijk een objectivistische) en weigert dan ook tot de *juridische* onmogelijkheid van een van beiden te beslissen: maar wel zegt hij dat de subjectivistische (die de soevereiniteit van één staat aanneemt) in wezen leidt tot de vernietiging van alle recht en rechtswetenschap.<sup>46</sup> Uit deze opmerking kan derhalve worden afgeleid, dat Kelsen zelf een aanhanger is van de objectivistische opvatting, die min of meer met een monistische volkenrechtsoopvatting gelijkgesteld kan worden, omdat het alternatief voor hem in wezen juridisch niet houdbaar is. Een theorie over een juridisch fenomeen die absurde consequenties ten aanzien van de rechtswerkelijkheid met zich meebrengt en bovendien leidt tot de negatie van alle recht, is immers geen theorie meer die op zinvolle wijze het recht beschrijft of verklaart.

Wat is derhalve volgens Kelsen in wezen soevereiniteit? Het is een eigenschap die toekomt aan de volkenrechtelijke ordening, waarvan de staten van deze wereld de afgeleide deelordeningen zijn en die haar soevereine karakter ontleent aan de *Grundnorm* dat zij de juridische ordening is die de staten van deze wereld met elkaar verbindt en hun hun plaats wijst – en deze ook legaal doet zijn. Daarmee is soevereiniteit inderdaad als probleem *erledigt*. Niet een grootheid voorafgaande aan de staat, niet een orgaan van de staat zelf, zelfs niet eens de staat als zodanig, maar de ordening van het volkenrecht zelf is soeverein en dat betekent niets anders dan dat zij als hoogste ordening *geldt*. Elke transcendentie van soevereiniteit ten opzichte van het recht is hiermee als voor het recht relevante mogelijkheid de pas afgesneden: een dergelijke opvatting is ‘natuurrecht’, ‘politiek’ of ‘theologie’ en heeft met het recht als positivistisch systeem niets van doen. Maar is deze *Erledigung* succesvol? Slaagt Kelsen er inderdaad in de echo van de transcendentie uit het recht te bannen?

De meest prangende vraag in dit verband is de vraag naar de *verbindendheid* van het recht. ‘Soevereiniteit’ in de klassieke en aan de theologie ontleende, transcendente zin van het woord is immers voor Kelsen vooral een probleem van de rechtsdoorbreking en rechtsafwijking (en daarmee een in essentie politiek probleem, geen rechtsprobleem), maar het is ten minste sinds Rousseau niet in de laatste plaats een antwoord op de vraag naar de

46 ‘Ohne damit eine Entscheidung zwischen beiden Weltanschauungen treffen zu wollen, muß doch hervorgehoben werden, das die subjektivistische Rechtsanschauung letzten Endes zu einer Negation des Rechtes überhaupt und sohin der Rechtserkenntnis, der Rechtswissenschaft führen muß’, Allgemeine Staatslehre, p. 132.

grondslag voor de verbindendheid van het recht. De soeverein, zo leert Rousseau, is immers degene die het maatschappelijk verdrag uitvaardigt: dit maatschappelijk verdrag is vervolgens de grondslag (men zou kunnen zeggen de Grondwet) die alle overheidsorganen in de staat hun bevoegdheden verschaft. De binding van de soeverein zélf aan deze grondwettelijke ordening reikt inderdaad niet verder dan de eigen instemming.<sup>47</sup> De gelding van de Grondwet komt niet voort uit de Grondwet zelf, maar uit het feit dat hij gesteld is door een soeverein. Het recht vindt zijn grondslag uiteindelijk in de (wil van de) soeverein, die zelf als rechtschepper en rechtsbron voor en naast het recht bestaat, die als het ware *in de natuurtoestand* blijft. Sieyès zou vervolgens deze leer als de leer van de *pouvoir constituant* beroemd maken en in de Franse Revolutie ook tot toepassing brengen.<sup>48</sup> Kelsens verlangen naar eenheid en geslotenheid van het recht en het feit dat door de leer-Sieyès een *causa prima* in het recht wordt ingevoerd, brengt hem ertoe soevereiniteit in deze zin van het woord wegens strijd met de logica af te wijzen: de koppeling van de soevereiniteit aan de staat, die zelf met het recht samenvalt, versterkt deze logische afwijzing alleen nog maar.<sup>49</sup> Maar dit laat metterdaad de vraag open naar de verbindendheid van het recht. Men kan de in zekere zin ‘anarchistische’ (want niet ten einde toe aan het gestelde recht onderworpen) tendens die in de erkenning van een soeverein over de rechtsorde besloten ligt, betreuren en afwijzen: maar dan is het toch nodig om een alternatief antwoord te geven op de vraag naar de verbindendheid van het recht. Dit geldt eens te meer als men ook expliciet de verbindendheid van recht op grond van soevereiniteit afwijst, zoals Kelsen doet. Kelsens gebruik van de term soevereiniteit is immers eigenlijk overbodig: het woord valt in betekenis zo ongeveer samen met ‘gelding (als hoogste ordening)’.<sup>50</sup> In het onderbouwen van deze verbindendheid nu faalt Kelsen. De *Grundnorm* is immers voor Kelsen weliswaar de grondslag

47 J.-J. Rousseau, *Du Contrat Social ou Principes du Droit Politique*, I, 7; G.F.M. van der Tang, *Grondwetsbegrip en Grondwetsidee* (diss. Rotterdam), 1998, p. 153.

48 H.G. Hoogers, *De verbeelding van het soevereine. Een onderzoek naar de theoretische grondslagen van politieke representatie* (diss. Groningen), 1999, par. 3.5 en p. 215-217.

49 In de *Allgemeine Theorie der Normen* legt Kelsen er overigens de nadruk op, dat juridische normen *gewild* moeten zijn en dat daarin het grote verschil met natuurwetenschappelijke wetten gelegen is. Op de samenhang tussen deze gedachtegang en zijn verwerping van de klassieke notie van soevereiniteit in de *Allgemeine Staatslehre* wordt hier verder niet ingegaan.

50 ‘Nur wenn man die Staatsgewalt normativ als Geltung einer Sollordnung, der staatlichen Rechtsordnung, begreift, läßt sich von ihr, richtiger vom Staate, Souveränität sinnvoll aussagen. (...) Souveränität ist Eigenschaft des Rechtes, weil Eigenschaft des Staates. (...) Die Konsequenz der Annahme, daß der Staat souverän sei, ist vor allem, daß eine jede Rechtfertigung der einzelstaatlichen Rechtsordnung durch eine andere Norm, d.h. durch die Norm eines anderen Normsystems, oder durch ein anderes Normsystems, abgelehnt werden muß’, *Allgemeine Staatslehre*, p. 102-103.



voor de verbindendheid van de Grondwet of de volkenrechtsordening zelf<sup>51</sup> (want wanneer men de gelding van de Grondwet op een volkenrechtelijke norm baseert, verplaatst men het probleem alleen maar), maar in wezen is zij slechts de *logische* vooronderstelling dat iets recht is, als het als zodanig heeft te gelden.<sup>52</sup> De *Grundnorm* vermag niet ook de *gelding* van de regels, waarvan zij als vooronderstelling het rechtskarakter bepaalt, te funderen. Op basis *waarvan* de *Grundnorm* ten aanzien van zekere norm stelt dat *déze* norm een rechtsregel is, is op grond van die *Grundnorm* zélf niet te duiden. De *Grundnorm* stelt in feite, dat een bepaalde regel rechtskarakter heeft als die bepaalde regel rechtskarakter heeft. In die zin is zij als fundering voor het recht niet anders dan een *petitio principii*.<sup>53</sup> Zijzelf moge bovendien niet transcendent zijn ten aanzien van de rechtsorde (hoewel zij geen positieve norm is), zoals Kelsen niet moe wordt te betogen: haar eigen geldingsgrond is dat wel. Die is immers gelegen in de logica zelf.<sup>54</sup> De *Grundnorm* maakt het recht tot een gesloten systeem op basis van een (positivistische) logica, die een *verder-dan-die-Grundnorm* vragen *verbiedt*.<sup>55</sup>

Enerzijds is er dus een *Grundnorm*, die geen gepositieerde norm is, maar die wel als *Voraussetzung* van die gepositieerde normen tot de rechtsorde behoort en haar tot eenheid brengt: anderzijds is er de gedachte dat

51 'De rechtsorde stelt Kelsen voor als een pyramide. Een pyramide van normen die de totstandkoming van andere (lagere) normen regelen. De hoogste positiefrechtelijke normen zijn in de grondwet te vinden. Die regelen hoe wetten totstandkomen. Wetten regelen weer hoe lagere normen totstandkomen. De grondwet is de geldingsgrond van de gewone wet, de gewone wet van lagere normen. De vraag is dan wat de geldingsgrond van de grondwet is. Een belangrijke vraag, omdat iets pas een norm is, als er een geldingsgrond aan te wijzen is, in Kelsens ogen. Hij wijst dan op de *Grundnorm*. Die verschaft gelding aan de Grondwet', J.H.M. Klanderman, *Ratio, wetenschap en recht. Een onderzoek naar de opvatting van 'wetenschap', 'recht' en de 'Grundnorm' in de Reine Rechtslehre van Hans Kelsen (diss. Leiden), 1986, p. 294. 'Es [namelijk de Grundnorm, HGH] ist (...) eine im juristischen Denken vorausgesetzte, das heißt – wie im vorhergehenden gezeigt – eine fingierte Norm. Sie stellt den letzten Geltungsgrund aller die Rechtsordnung bildenden Rechtsnormen dar', H. Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, Wenen 1975, p. 206.*

52 'Zij [namelijk de *Grundnorm*, HGH] wordt door Kelsen de rechtslogische constitutie genoemd en daarmee onderscheiden van de positief-rechtelijke constitutie', Piret, p. 9.

53 Zeer terecht schrijft Josef Isensee dan ook op pagina 19 van zijn *Das Volk als Grund der Verfassung. Mythos und Relevanz der Lehre von der Verfassungsgebende Gewalt*, (Opladen 1995): 'Die Grundnorm gibt Antwort auf die Frage nach dem Ursprung und Fundament des Rechts. Doch es handelt sich (...) um einen bedingten und fiktiven Grund, den der Rechtsanwender eigentlich braucht, um sein Handeln vor den Gesetzen der Logik zu bestätigen, um es als stimmig und folgerichtig anzuweisen. (...) *In Wahrheit ist der Platz leer*. Kein Zufall, das die verfassungsgebende Gewalt für Kelsen kein Thema darstellt [cursivering van mij, HGH]'. Zie hierover ook Klanderman, p. 373-375.

54 'De grondwet, de constitutie kun je op empirische wijze (positief) ontdekken, de Grundnorm alleen logisch. Onder grondwet in rechtslogische zin [= de *Grundnorm*, HGH] kun je ook dit verstaan: uit de Grundnorm kun je logisch de geldingsgrond (...) van concrete rechtsnormen afleiden', Klanderman, p. 295.

55 Klanderman, p. 376 e.v.

naar de gelding van die *Grundnorm* zelf niet verder gevraagd mag worden, omdat de gelding ervan uit de logica voortkomt en verder dan de *Grundnorm* vragen niet logisch is. De *Grundnorm* zelf is wel transcendent aan het positieve recht, maar niet aan de rechtsordering als geheel en als eenheid: de logica is echter de funderingsgrond van de *Grundnorm* en zijzelf behoort niet tot de rechtsordering als geheel en als eenheid.

Twee zaken moeten hier intussen onderscheiden worden. Voorzover de logica, als ‘transcendente grond’ van de *Grundnorm*, ertoe dient om de zijnsmodus van het recht en de consequentie daarvan te beschrijven (en die zijnsmodus is ‘gelding’: de logica schrijft in dat geval slechts voor, dat recht als geldend en verbindend beschouwd dient te worden, als het zich als zodanig vertoont) is er nog niet al te veel aan de hand.<sup>56</sup> Maar daarbij blijft het niet. Kelsen maakt de logica namelijk nog op een andere manier transcendent aan het recht: zij functioneert namelijk in wezen ook als het archimedisch punt dat Kelsen in zijn positivistische theorie nu juist ten koste van alles wilde voorkomen! Want zij vervult in Kelsens systeem zo ongeveer dezelfde rol die het door hem zo verfoeide natuurrecht in het gedachtegoed van zijn opponenten vervult: de graadmeter om af te kunnen meten of een bepaalde regel, ondanks dat hij gesteld is, eigenlijk wel ‘recht’ is.<sup>57</sup> En hier gaat het om iets anders dan de beschrijving van de zijnsmodus van recht. Kelsen schroomt immers niet om – zij het impliciet – bepaalde positiefrechtelijke normen de gelding te ontzeggen op basis van het feit dat ze niet logisch consistent zijn: dit is bijvoorbeeld het geval met de notie van de volkssoevereiniteit (in de Duitse Grondwet van 1919 geldend recht),<sup>58</sup> maar ook met de regel van positief volkenrecht dat staten soeverein zijn,<sup>59</sup> of met de verwerping van de eveneens positiefrechtelijke notie van het vrije mandaat voor volksvertegenwoordigers.<sup>60</sup> De logica kan pas dienen om de gelding te ontzeggen aan bepaalde regels die op basis van het rechtssysteem waarvan ze deel uitmaken gewoon verbindend zijn, als zij inderdaad een archimedisch,

56 ‘In neo-kantiaanse zin wordt de “Grundnorm” bij Kelsen als de transcendentiaal-logische vooronderstelling van elke rechtsorde gezien’, Piret, p. 9.

57 ‘Natuurrecht’ hier opgevat in de zin waarin Kelsen die term gebruikt in de *Allgemeine Staatslehre*: als niet-gepositieerde norm, als extra-juridische legaliteitsmaatstaf. ‘Toch bestaat tussen de Grundnorm van natuurrecht en die van positief recht ook een overeenkomst. Beide zijn een bovenpositieve fundering van positief recht’, Klanderma, p. 254. De auteur wijst er vervolgens op dat Kelsen zélf zijn *Grundnorm* wel heeft aangeduid als ‘formeel natuurrecht’.

58 Bijvoorbeeld op p. 115.

59 In het *Charta* van de Volkenbond uit 1919 wordt de soevereiniteit van staten ten opzichte van elkaar nergens expliciet vermeld, maar is haar bestaan voorondersteld. Dit blijkt bijvoorbeeld uit art. 10, waar het heet: ‘The Members of the League undertake to respect and preserve as against external aggression the territorial integrity and existing political independence of all Members of the League.’ In het Handvest van de Verenigde Naties is de soevereiniteit van de staten ten opzichte van elkaar zelfs expliciet gegarandeerd in art. 2 lid 1.

60 Op p. 314.

zo men wil: transcendent, karakter ten opzichte van de positieve rechtsnormen en de rechtsorde als geheel heeft. Zij kan deze 'natuurrechtsfunctie' echter niet hebben: de logica vermag immers niet de geldingsgrondslag voor het recht te geven. Wat logisch geldt, is uiteraard nog niet *om die reden* ook juridisch verbindend: juridisch bindt datgene wat bevoegd tot stand gebracht is, los van de vraag of deze regels ook in overeenstemming zijn met regels van (al dan niet juridische) logica. De contradictie is deze: de verwerping door Kelsen van dergelijke 'onlogische' rechtsregels als niet-juridisch, want natuurrechtelijk, vindt zelf plaats op grond van een metajuridisch beginsel dat hij op basis van zijn eigen systematiek als 'natuurrechtelijk' en daarmee onjuist zou moeten beschouwen: het beginsel namelijk dat het recht logisch moet zijn, c.q., wil het recht zijn, per definitie aan logische postulaten voldoet of moet voldoen.

Niet alleen lijkt Kelsen er derhalve niet aan te ontkomen om een grondslag te aanvaarden om de gelding van (ten minste) de *Grundnorm* te kunnen postulieren, die zelf niet tot (de eenheid van) de rechtsordering gerekend kan worden en daarmee in Kelsens eigen optiek 'transcendent' is: hij gebruikt die niet-positivistische grondslag ook om positiefrechtelijke regels hun rechtskarakter te ontzeggen. Beide zijn voor een theorie die claimt *rein* en positivistisch te zijn, ontoelaatbaar. Zijn negatiestrategie ten aanzien van soevereiniteit en transcendentie faalt dan ook. Daarmee is natuurlijk niet gezegd, dat Kelsens wetenschappelijke positie een theologische is, of dat zijn theorie aanleiding behoort te geven tot het geloof in een persoonlijke God. Maar als, om met Dreier te spreken, 'Kelsen theologische Probleme und Dogmen als Demonstrationsobjekt seiner Kritik an einigen Theoremen der staatsrechtlichen Dogmatik benutzt',<sup>61</sup> dan brengt het falen van die negatiestrategie toch wel degelijk een eigen probleem mee. Zoals Dreier terecht opmerkt, gaat het er Kelsen immers om aan te tonen dat de parallellen tussen (staats)recht en theologie ertoe strekken de losmaking van het staatsrecht van de theologie te voltooien, omdat er in het recht geen plaats is voor aan de theologie ontleende leerstukken.<sup>62</sup> Volgens Kelsen is een transcendente geldingsgrond voor het recht (die, het is eerder opgemerkt, ook de mogelijkheid van een verbreking van het recht en een legitieme uitzonderingstoestand met zich mee brengt) zo'n aan de theologie ontleend en daarmee te verwerpen leerstuk.<sup>63</sup> Waar Kelsen in zijn eigen theorie, hoezeer

61 Rechtslehre, p. 217.

62 '(...) Wenn Kelsen in den analogen Problemlösungen Gedankensprünge, Unlogisches oder Widersprüchliches entdeckt, will er damit nicht die theologischen "Lösungen" als inakzeptabel verwerfen, sondern der herrschenden Jurisprudenz demonstrieren, daß sie sich auf Argumentationen stützt, die im Bereich des Glaubens, der per definitionem nicht der der Logik ist, ihr Recht und ihr Ort haben mögen, in einer wissenschaftlichen Lehre jedoch keinen Platz finden können', Rechtslehre, p. 217.

63 Rechtslehre, p. 220 e.v.

ook impliciet, toch een dergelijke transcendente grondslag voor de gelding van de rechtsregels introduceert, slaagt hij er derhalve niet in zijn eigen premissen waar te maken: in ieder geval naar Kelsens eigen opvattingen over de verhouding tussen (staats)recht en theologie blijkt zijn eigen theorie niet vrij van theologische beïnvloeding te zijn.

#### 4 Slotbeschouwing en conclusies

In de vorige paragrafen is aan de hand van een onderzoek naar het leerstuk van de soevereiniteit duidelijk geworden dat Kelsens verbod op een conceptuele relatie tussen recht en theologie, culminerend in een afwijzing van een aan een rechtsordening transcendente geldingsgrondslag van die rechtsordening, theologisch reeds in twijfel getrokken kan worden, maar bovendien juridisch tot onhoudbare posities moet leiden. Kelsen moet immers niet alleen geldende rechtsregels de geldigheid ontzeggen of althans negeren, terwijl zijn theorie de claim legt geen beroep te willen doen op extrajuridische overtuigingen of toetsingscriteria; bovendien slaagt Kelsen er ook niet in om die extrajuridische, zo men wil aan het recht transcendente toetsingsgrond te vermijden. In de logica vindt hij niet alleen dat toetsingscriterium; de relatie tussen de logica en de *Grundnorm* brengt ook met zich mee dat in wezen de logica de rol van transcendente fundering van het recht op zich moet nemen.<sup>64</sup> Het is interessant om te zien dat diezelfde logica dus een tweetal conceptueel verbonden rollen vervult, die van toetsingsgrond en die van fundament voor de geldigheid van het recht. De eerste rol is voor Kelsen in feite ontoelaatbaar, voor de tweede rol leent de logica zich per definitie niet: geldigheid in recht en geldigheid in logica zijn immers geen noodzakelijkerwijs corresponderende categorieën. Kelsens theorie slaagt er dan ook niet in, om in *kelseniaanse* zin een conceptuele breuk te voltrekken met de theologie en aan de theologie ontleende leerstukken als soevereiniteit en transcendentie. Ook Kelsen lijkt niet te ontkomen aan de schatplichtigheid die de jurist heeft aan de theoloog. Men kan zich intussen afvragen, waardoor Kelsens verlangen om de transcendentie uit het recht te bannen ingegeven wordt. Dit is temeer het geval,

64 Hoezeer dit voor Kelsen inderdaad het geval is, blijkt bijvoorbeeld op p. 115 van de *Allgemeine Staatslehre*, waar hij schrijft: 'Man möchte darüber staunen, wie offenkundige Trugschlüsse [Kelsen heeft het hier over de klassieke leer van de soevereiniteit, HGH] solche bedeutende Rolle in der Geschichte der Völker spielen können, wüßte man nicht, daß es nicht gerade die Logik ist, die den Argumenten zum Sieg, d.h. dazu verhilft, daß die Menschen an sie glauben. (...) So erhaben sich die moderne Staatstheorie über die Naivität der Volkssouveränitätslehre dünkt, so ist doch auch sie nicht immer imstande deutlich zwischen dem *politischen Postulat* der Demokratie oder Autokratie und einer *Lehre* von den möglichen Formen des Staates zu unterscheiden, und kann nicht darauf verzichten, ihre jeweiligen politischen Wünsche als Wesenswahrheiten vorzutragen [cursivering van mij, HGH]'.

nu hijzelf er met zulk een grote hardnekkigheid op hamert dat het juridisch gedachtegoed waartegen zijn rechtsleer zich keert, in wezen geen juridisch gedachtegoed is, maar een vorm van theologische of politieke dogmatiek. In deze beschouwing is niet slechts gebleken dat Kelsens eigen theorie in theologische termen te duiden is (en hij doet zulks ook zelf), maar moge ook duidelijk geworden zijn dat met enige regelmaat beslissingen getroffen worden, ja, machtswoorden gesproken (moeten) worden om het theoretische bouwwerk overeind te houden. Hoe is nu Kelsens eigen politieke theologie te duiden? Uiteraard kan hier niet (meer) *in extenso* op die vraag worden ingegaan. Maar wellicht kan wel worden opgemerkt dat Kelsens eigen weerzin tegen een vorm van transcendente soevereiniteit vooral ingegeven lijkt te worden door het wezenlijk anarchistische, de geslotenheid van een grondwettelijk stelsel van aan organen toekomende bevoegdheden doorbrekende karakter ervan. De *Grundnorm* is dan vooral te begrijpen als een poging om deze geslotenheid overeind te houden en daarmee een alternatief open te houden voor een soevereiniteitsconceptie. Deze afkeer van de doorbreking van de geslotenheid van een grondwettelijk normeringsstelsel bindt Kelsen aan de traditie van het politieke liberalisme. Kelsen neemt de term nauwelijks in de mond, maar zijn op de *Grundnorm* gebaseerde staatljke rechtsordering is op dit punt in wezen niets anders dan een klassieke liberale of burgerlijke rechtsstaat.

‘Alle staatlichen Tätigkeiten, auch Gesetzgebung und Regierung, lösen sich auf in ein nach vorher bestimmten Normen vor sich gehendes, berechenbares Funktionieren. Alles ist in einem Netz von Kompetenzen eingefangen, auch die äußersten Kompetenzen, auch eine “Kompetenz-Kompetenz”, niemals prinzipiell unbegrenzt, niemals “Fülle der Staatsgewalt” sondern immer eine kontrollierbare Befugnis, wegen deren Überschreitung ein justizförmiges Verfahren in Bewegung gesetzt werden könnte. Gesetzmäßigkeit, Kompetenzmäßigkeit, Kontrollierbarkeit und Justizförmigkeit ergeben auf diese Weise das geschlossene System des bürgerlichen Rechtsstaates. Die Verfassung erscheint als das Grundgesetz dieses Systems von Gesetzen’,

schrijft Carl Schmitt enkele jaren later in zijn *Verfassungslehre*.<sup>65</sup> Schmitt spreekt hier niet rechtstreeks over het model dat Kelsen in zijn *Allgemeine Staatslehre* ontvouwde, maar het beeld dat hij schetst, kan er moeiteloos opgeplakt worden. Waar Krabbe het leerstuk van de soevereiniteit nog onschadelijk trachtte te maken door het recht zelf soeverein te verkla-

65 Achtste druk, Berlijn 1993, p. 131. Zie over deze materie ook mijn reeds eerder aangehaalde *Sovereiniteit en strafbaarheid*.

ren,<sup>66</sup> daar gaat Kelsen nog een stap verder door staat en recht identiek aan elkaar te verklaren en radicaal elke horizon van extrajuridische transcendentie uit deze versmelting van staat en recht te verbannen. Dat dit wezenlijk *politieke* project niet slaagt en dat in Kelsens theorie, ondanks alle pogingen haar te overstemmen, een echo klinkt die naar zijn eigen uitgangspunten als een theologische echo moet worden beschouwd, is een aanwijzing voor de hardnekkigheid, en wellicht zelfs de onontkoombaarheid van de verbondenheid van staat, recht en theologie. ‘Silete, theologi, in munere alieno’<sup>67</sup> was de fiere uitspraak waarmee de vroeg-zeventiende-eeuwse volkenrechtgrondlegger Albericus Gentilis de emancipatie van het recht als wetenschap ten opzichte van de theologie symboliseerde. Het moge wellicht zo zijn dat voor theologen in het recht geen plaats (meer) is; voor aan de theologie ontleende leerstukken geldt dit bepaald niet vanzelfsprekend. Leforts vraagteken kan, ook vanuit een confrontatie met Kelsens staatsleer, verwijderd worden. Vooreerst lijkt de *permanence du théologico-politique* inderdaad ook een *permanence du théologico-juridique* te zijn.

### Summary

There is a longstanding and sometimes intimate historical and (has been argued) conceptual relationship between theology and (constitutional) law. In the twentieth century, the continued existence of such a conceptual relationship has been defended by (amongst others) Carl Schmitt and Claude Lefort. The legal theory of Hans Kelsen can be described as an attempt to overcome this conceptual relationship and to emancipate (the theory of) constitutional law from theology. Kelsen is of the opinion that law, if it is to be binding at all, has to correspond to fundamental principles of logic: the foundation for the obligatory character of the law itself is to be found in a Basic Norm, which brings unity and finity to the system of (binding) legal norms. This article argues that Kelsens attempt to explain the obligatory character of legal norms through logic must fail as an attempt to overcome this dependence of law and legal theory on theology: logic, even in Kelsens system of law, remains transcendent vis-à-vis the law and transcendence is in Kelsens own opinion a theological structure of thought.

66 ‘Er is dus slechts één heerschende macht, en dat is de macht van het recht’, H. Krabbe, *De Moderne Staatsidee*, 's-Gravenhage 1915, p. 2.

67 ‘Zwijgt, theologen, op terrein dat U vreemd is.’