



Universiteit  
Leiden

The Netherlands

## Het uiterste geval en de duiding van het recht als wetenschappelijke discipline: de onontkoombaarheid van politiek en moraal in het recht

Blommestijn, R.; Sombroek-van Doorm, M.; Leun, J. van der; Ellian, A.; Boom, W. van

### Citation

Blommestijn, R. (2021). Het uiterste geval en de duiding van het recht als wetenschappelijke discipline: de onontkoombaarheid van politiek en moraal in het recht. In M. Sombroek-van Doorm, J. van der Leun, A. Ellian, & W. van Boom (Eds.), *Cum Suis: Vriendenboek Carel Stolker* (pp. 221-233). Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3463991>

Version: Publisher's Version  
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)  
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3463991>

**Note:** To cite this publication please use the final published version (if applicable).

# HET UITERSTE GEVAL EN DE DUIDING VAN HET RECHT ALS WETENSCHAPPELIJKE DISCIPLINE: DE ONONTKOOMBAARHEID VAN POLITIEK EN MORAAL IN HET RECHT

*Raisa Blommestijn*<sup>1</sup>

“Legal scholarship is a balancing act, unparalleled by every other discipline in the university.”<sup>2</sup>

Carl Stolker

## INLEIDING

In dit Liber Amicorum eren we rector magnificus Carel Stolker, een gerespecteerd wetenschapper en bestuurder die zich gedurende zijn loopbaan met allereerste thema's heeft beziggehouden. Een van die thema's is de aard en status van de rechtswetenschap. Zijn analyse van de sterke en zwakke plekken van de rechtswetenschap maakt al jaren een vast onderdeel uit van de stof voor de eerstejaarsstudenten Rechtsgeleerdheid bij het vak Methoden en technieken van de rechtswetenschap. In deze bijdrage ga ik in op de status van de rechtswetenschap en poog ik verder te bouwen op het betoog van Stolker waarvan de basis wordt gelegd in de tekst “Ja, geléerd zijn jullie wel!” Over de status van de rechtswetenschap' (2003) en dat hij verder uitwerkt in *Rethinking the Law School* (2014).

In voornoemde teksten identificeert Stolker drie zwakke plekken van de rechtswetenschap. Ten eerste noemt hij de verwevenheid van de onderzoeker en zijn onderzoeksobject vanwege de interpretatie van de rechtsbronnen die noodzakelijk is bij het onderzoek.<sup>3</sup> Daarnaast wijst hij op het gegeven dat de onderzoeks- en rechtspraktijk vaak in elkaar overvloeien.<sup>4</sup> Tot slot is het recht in

---

1 Raisa Blommestijn (1994), jurist en filosoof, is verbonden aan de afdeling Encyclopedie van de Rechtswetenschap (Faculteit der Rechtsgeleerdheid) en werkt aan een proefschrift over de Weimarrepubliek en (het verval van) de democratische staatsvorm. Dank aan mr. Eva Vlaardingebroek en prof. dr. Afshin Ellian voor de vruchtbare discussies over dit onderwerp.

2 Stolker 2014, p. 207.

3 Stolker 2003, p. 771.

4 Stolker 2003, p. 772.

hoge mate een normatieve wetenschap: naast de beschrijving hoe het recht functioneert in de praktijk – met andere woorden, wat het recht is – wordt er ook een oordeel geveld over hoe het recht zou moeten zijn.<sup>5</sup> Hierdoor verschilt het recht van natuurwetenschappen,<sup>6</sup> waarbij er logischerwijs maar één antwoord kan volgen op een onderzoeksvraag in plaats van negen (zo beschrijft Stolker met verwijzing naar het Baby Kelly-arrest van de Hoge Raad uit 2005).<sup>7</sup>

In deze bijdrage ga ik specifiek in op het wetenschappelijk karakter van de rechtswetenschap in het algemeen en de voorspelbaarheid en uitkomst in de rechtswetenschap in het bijzonder. Deze thematiek komt aan de orde door middel van een verwijzing naar de Duitse filosoof Carl Schmitt (1888-1982) en zijn tijdgenoot, de Amerikaans-Oostenrijkse filosoof Hans Kelsen (1881-1973). Zij hadden gedurende de Duitse Weimarrepubliek een voortdurend dispuut over het karakter van het recht in het algemeen en de aard van de noodtoestand in het bijzonder. Om te tonen wat het uiterste geval (ofwel de noodtoestand) ons leert over het karakter van de rechtswetenschap, zet ik in deze bijdrage eerst de drie belangrijke zwakke plekken van de rechtswetenschap volgens Stolker uitgebreider uiteen; vervolgens bespreek ik de belangrijkste zienswijzen van Schmitt en Kelsen hieromtrent en tot slot sluit ik af met de constatering dat de rechtswetenschap nooit volledige voorspelbaarheid kan bereiken omdat er altijd een belangrijke morele en politieke dimensie aan de rechtswetenschap verbonden is.

#### DE DRIE ZWAKKE PLEKKEN IN DE RECHTSWETENSCHAP

In de inleiding noemde ik al kort de drie zwakke plekken die er volgens Stolker zijn te identificeren in de rechtswetenschap. Voor de volledigheid van deze tekst licht ik deze in voorliggende paragraaf nader toe. Om de vraag naar de wetenschappelijkheid van de rechtswetenschap te beantwoorden neemt Stolker de natuurwetenschap als uitgangspunt. Natuurwetenschap is gebaseerd op verificatie en falsificatie en probeert tot algemene wetten te komen op basis waarvan voorspelbaarheid, generalisatie en experimenten mogelijk zijn.<sup>8</sup>

Stolker wijst op drie zwakke plekken van de rechtswetenschap in vergelijking met de natuurwetenschap. Ten eerste is het onmogelijk om in de rechtswetenschap volledige neutraliteit te betrachten waarbij de onderzoeker geheel losstaat van zijn onderzoeksobject, zoals dit in de natuurwetenschappen het uitgangspunt is. Hij toont met een verwijzing naar de Nederlandse rechtsgeleerde Paul Scholten (1875-1946) mijns inziens overtuigend aan dat dit in de rechtswetenschap vaak tegenovergesteld is. Het gaat in de rechtswetenschap immers

5 Stolker 2003, p. 773.

6 Stolker 2014, pp. 202-203.

7 Zie Stolker 2003, p. 768 voor deze uitkomsten. Zie tevens Stolker 2014, p. 200.

8 Stolker 2014, p. 202-203.

om de interpretatie van rechtsbronnen waarbij de persoon-interpretator juist van groot belang is.<sup>9</sup> Met andere woorden, het is onmogelijk voor de onderzoeker om zich geheel onafhankelijk van zijn onderzoeksobject op te stellen.

Ten tweede vloeien onderzoek en (rechts)praktijk vaak in elkaar over. Stolker beschrijft dat dit voornamelijk geldt voor de combinatie van het werk van rechter en onderzoeker: veel onderzoekers zijn ook werkzaam als rechter en de gebruikte (onderzoeks)methode komt ook nog eens overeen.<sup>10</sup> Tot slot is er het punt van het verschil tussen 'is', ofwel 'Sein' (hoe het recht is) en 'ought', ofwel 'Sollen' (hoe het recht zou moeten zijn). Met andere woorden, moraliteit – en hiermee subjectiviteit, aldus de critici – speelt in het recht een belangrijke rol.<sup>11</sup>

Hoewel Stolker beschrijft dat normativiteit niet hetzelfde is als subjectiviteit (normatieve uitspraken dienen immers ook gebaseerd te zijn op valide uitgangspunten en te worden onderbouwd via een consistente redenering)<sup>12</sup> blijft de normativiteit van het recht echter een belangrijk probleem wat betreft de wetenschappelijkheid van het recht als onderzoeksgebied. Waar op basis van bepaalde onderzoeksmethoden – zoals hermeneutiek<sup>13</sup> – nog kan worden getracht de persoon van de interpretator van de bron te scheiden, en zelfs de meerwaarde van een persoonlijke interpretatie kan worden verdedigd in relatie tot de eerste zwakke plek, en kan worden gesteld dat iemand best een 'andere pet' kan opzetten wat betreft de tweede zwakke plek, blijft dit punt van moraliteit verreweg het meest problematisch wat betreft de voorspelbaarheid – en hiermee wetenschappelijkheid – van de rechtswetenschap.

Dit is bijvoorbeeld terug te zien in het voorbeeld dat Stolker aanhaalt, wanneer hij de casus van de wrongful life-vordering<sup>14</sup> schetst.<sup>15</sup> Het recht dient, bij het beantwoorden van rechtsvragen in dergelijke hard cases,<sup>16</sup> nu eenmaal rekening te houden met de maatschappelijke context en de (aan verandering onderhevige) morele opvattingen die daaraan ten grondslag liggen.<sup>17</sup> Dit kunnen morele opvattingen zijn, maar in toenemende mate komt ook het politieke karakter van het recht op de voorgrond te staan. Dit leidt, vooral wanneer het gaat om rechterlijke interpretatie, nogal eens tot controverse. Zo werd in relatie tot de Urgenda-zaak betoogd dat er sprake was van rechterlijk activisme – of zelfs van *dicastocratie* – waarbij rechters politiek bedrijven in plaats van recht spreken.<sup>18</sup>

9 Stolker 2003, p. 771.

10 Stolker 2003, p. 772.

11 Stolker 2014, p. 207.

12 Stolker 2014, p. 217-218.

13 Zie voor de hermeneutische methode bijvoorbeeld Gamader 1994, p. 273-281, 301-307.

14 Op het moment dat Stolker deze tekst schreef, liep de procedure nog. Het arrest van de Hoge Raad stamt uit maart 2005: HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213 (Baby Kelly). Zie tevens Stolker 2014, p. 200.

15 Zie voor deze uitkomsten zie Stolker 2003, p. 768.

16 Zie Dworkin 1997, p. 15-17, 37-40.

17 Stolker 2014, p. 207.

18 Zie hiervoor Blommestijn 2020, p. 94-96.

## HET WETSPOSITIVISME

Nu is deze discussie over de verhouding tussen moraal, politiek en recht niet enkel van deze tijd. Al ten tijde van de Weimarrepubliek vormde dit een prominent onderwerp van discussie in relatie tot de rechtswetenschap waarin onder anderen Kelsen en Schmitt participeerden.<sup>19</sup> Zij reageerden beiden op het ten tijde van het Duitse Tweede Keizerrijk (1871-1918) dominante wetspositivisme (Duits: Gesetzpositivismus, Engels: statutory positivism). Terwijl Kelsen deze vorm van positivisme tot in het extreme doortrok, keerde Schmitt zich er juist in het geheel tegen.

Het wetspositivisme, dat ten tijde van het Tweede Keizerrijk vooral werd voorgestaan door Paul Laband (1838-1918) en Carl Friedrich von Gerber (1823-1891), is een vorm van rechtspositivisme. Rechtspositivistische theorieën gaan ervan uit dat de wet geldig is, en hiermee ook als 'recht' kan worden beschouwd, indien deze is afgekondigd door de hiertoe gelegitimeerde macht en volgens de juiste procedure (zoals bijvoorbeeld neergelegd in de grondwet). Deze theorieën focussen, met andere woorden, op de bron van het recht: waar komt het recht vandaan of door wie is het afgekondigd?<sup>20</sup> Zij focussen zich, met andere woorden, op de legaliteit van het recht. Hiertegenover worden natuurrechtstheorieën geplaatst, die de focus leggen op de legitimiteit van het recht die vaak wordt afgeleid uit een hoger gelegen principe – de wet is legitiem, en kan hiermee als recht worden beschouwd, indien deze in overeenstemming is met het hoger gelegen principe van morele aard.<sup>21</sup>

Het wetspositivisme is een specifieke vorm van rechtspositivisme, die afwijkt van het in de Anglo-Amerikaanse traditie voorgestane statisch positivisme. Deze stroming 'identifies law with those norms positivized by a legal authority, or, to express the point more abstractly, those norms produced according to the correct procedure'.<sup>22</sup> De Amerikaanse rechtsgeleerde en filosoof Stanley Paulson (geb. 1941) beschrijft dat over het algemeen wordt aangenomen dat het wetspositivisme niet gekenmerkt wordt door voornoemde nadruk op de procedure, maar door de 'identity thesis': 'the identification of the law [Das Recht] with the statute [das Gesetz]'.<sup>23</sup> Met andere woorden, dat wat als recht moet worden aangemerkt, komt overeen met dat wat in de wet is neergelegd.<sup>24</sup>

19 Zie ook Ellian & Blommestijn 2019, p. 3022-3023.

20 Shapiro 2011, p. 27-28.

21 Shapiro 2011, p. 27-28.

22 Caldwell 1997, p. 3.

23 Paulson 2007, p. 6.

24 Stolleis 2001, p. 8.

De nadruk ligt bij deze vorm van rechtspositivisme, in tegenstelling tot het statisch positivisme, aldus niet op de procedure volgens welke het recht tot stand komt, maar enerzijds op de vindplaats van het recht (de wet) en anderzijds op de tekst van deze wet.<sup>25</sup> De wet vertegenwoordigt, met andere woorden, een absolute eenheid.<sup>26</sup> Deze eenheid komt ook tot uiting in het standpunt dat Laband inneemt over de hiërarchie van de wetten. Volgens hem bestaat er geen hiërarchie binnen de wetten van het wetssysteem, elke wet is namelijk de uitdrukking van de eenheid van de Staat, waardoor het onjuist zou zijn als een bepaald soort wet (bijvoorbeeld een artikel in de grondwet) boven een andere soort wet geplaatst zou worden.<sup>27</sup> Hieruit volgt dat de wetten een gesloten systeem vormen en dat zij gezamenlijk de wil van de Staat uitdrukken.

Dit wordt verder versterkt door de bijbehorende interpretatiemethode van *Begriffsjurisprudenz*: een formele benadering van het recht waarbij buitenwettelijke categorieën (zoals politiek, moraal en filosofie) nadrukkelijk worden uitgesloten bij de interpretatie van de wet.<sup>28</sup> De wettekst dient enkel uitgelegd te worden volgens in het recht zelf gelegen categorieën (rechtsbegrippen), die logisch met elkaar samenhangen.<sup>29</sup> Het recht wordt hiermee een gesloten, welhaast mathematisch systeem dat bij de interpretatie aldus enkel gebruikmaakt van zijn eigen categorieën, zoals deze gelegen zijn in het systeem zelf.<sup>30</sup> Kenmerkend voor de rechtswetenschap wordt zo, analoog aan de natuurwetenschappen, de 'Formalisierung, die Zuordnung der Verwaltungstätigkeit zu kalkulierbaren Rechtsformen'.<sup>31</sup>

#### HANS Kelsen EN ZIJN ZUIVERE RECHTSLEER

Op basis van het hetgeen in de vorige paragraaf naar voren kwam, kan gesteld worden dat het wetspositivisme en de bijbehorende *Begriffsjurisprudenz* poogden apolitiek te zijn en hiertoe aansluiting zochten bij de natuurwetenschap. Kelsen was echter van mening dat het wetspositivisme niet apolitiek genoeg was en ontwikkelde hiertoe een zuivere rechtsleer [*reine Rechtslehre*].<sup>32</sup> Voordat hij deze theorie geheel tot ontwikkeling bracht in 1934, werden de

---

25 De Duitse staatsrechtgeleerde Laband, wiens werk *Staatsrecht des Deutschen Reiches* (vier delen, gepubliceerd tussen 1876 en 1882) uitgroeide tot standaardwerk over het staatsrecht binnen het Tweede Duitse Keizerrijk, was een van de belangrijkste vertegenwoordigers van dit wetspositivisme. Volgens Laband is de wet de hoogste uitdrukking van de wil van de Staat en representeert deze de overeenkomst tussen de monarch, als belangrijkste vertegenwoordiger van de Staat en het parlement, als belangrijkste vertegenwoordiger van het volk. Zie Laband 1911, p. 95.

26 Zie Laband 1911, p. 84, 91.

27 Murkens 2013, p. 15; Jouanjan 2008, p. 388.

28 Murkens 2013, p. 15.

29 Stolleis 2001, p. 8.

30 Zie bijvoorbeeld Jouanjan 2008, p. 368.

31 Stolleis 2002, p. 43. Zie tevens Stolleis 202, p. 48-49.

32 Zie bijvoorbeeld Kelsen 1911, p. 226-227.

fundamenten hiervoor gelegd in *Allgemeine Staatslehre* (1925) en daarvoor in onder andere zijn *Habilitationsschrift Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssätze* (1911) en *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode* (eveneens 1911). Het belangrijkste doel van Kelsen was het eigen karakter van de rechtswetenschap te duiden. Hij maakte hiertoe een strikt onderscheid tussen ‘Sein’ en ‘Sollen’, een onderscheid waarvoor het volgende citaat illustratief is:<sup>33</sup>

“While the causal or explanatory disciplines strive to find natural laws according to which the processes of real life actually do – and must, without exception – occur, the purpose and subject of the normative disciplines, which by no means desire to explain any real occurrences, are merely norms on the basis of which something ought to occur, but by no means must, in fact, may not.”<sup>34</sup>

De wereld van het Sein verschilt volgens Kelsen van de wereld van het Sollen in die zin dat in het domein van het Sollen geen causaliteit wordt beschreven (met andere woorden: hoe gebeurt iets? – de verklarende [explikative] of causale [kausale] vraag), maar dat normen en regels worden opgesteld die betrekking hebben op hoe iets zou moeten gebeuren.<sup>35</sup> Het gaat binnen de rechtswetenschap dan ook niet om het uitleggen wat er gebeurt – alsof het om een objectieve, causale werkelijkheid gaat – nee, het gaat om uitspraken over wat er zou moeten gebeuren volgens de opgestelde normen die behoren tot het systeem.<sup>36</sup> Hiermee komt dus – hoewel het recht behoort tot de wereld van het Sollen – een zo objectief en voorspelbaar mogelijk beeld van de rechtswetenschap tot stand.<sup>37</sup> Het denken van Kelsen kan, gezien de nadruk op Sollen, worden geduid als normativistisch.<sup>38</sup>

Hoewel het wetspositivisme zich ten doel stelde om politiek en rechtswetenschap zo veel mogelijk te scheiden, was Kelsen toch van mening dat politieke elementen te veel de overhand hadden gekregen in het recht.<sup>39</sup> Het recht is er volgens Kelsen niet om politieke doeleinden te verwezenlijken: de belangrijkste taak is om te beschrijven wat de uitkomst van een rechtsgeding is aan de hand van de rechtsnormen en hiermee, net als andere vormen van wetenschap, objectief en exact te blijven.<sup>40</sup>

33 Kelsen 1911, p. 8: “(...) stehen beide Welten durch eine unüberbrückbare Kluft getrennt einander gegenüber”.

34 Kelsen 2002, p. 58.

35 Zie hiervoor Kelsen 1911, p. 5.

36 Zie bijvoorbeeld Kelsen 2002, p. 11.

37 Jestaedt & Lepsius 2006, p. xv.

38 Zie bijvoorbeeld Schmitt 2006, p. 10-20.

39 Kelsen 2002a, p. 2, 4.

40 Kelsen 2002a, p. 1. Zie ook Giordano 2017, p. 100-101.

Het recht dient voorspelbaarheid en ordening. In de moderne samenleving – in Webers ‘onttoverde wereld’<sup>41</sup> – is de meest redelijke manier van het ordenen van de samenleving volgens Kelsen het instellen van een positieve rechtsorde. De rationaliteit van deze rechtsorde is echter instrumenteel, er is geen inherente waarde of legitimiteit in het rechtssysteem gelegen. Deze legitimiteit moet aldus worden voorondersteld door het individu, omdat er geen ultieme grond van legitimiteit bestaat.<sup>42</sup> Deze vooronderstelling van de legitimiteit – of de geldigheid, zoals hij zelf zou zeggen – is duidelijk terug te zien in het idee van Kelsens grondnorm [Duits: Grundnorm; Engels: basic norm]. De geldigheid van deze grondnorm kan zelf niet worden bewezen, zo betoogt Kelsen, maar het is wel noodzakelijk om zijn bestaan te vooronderstellen, omdat de geldigheid van het rechtssysteem anders nergens op gebaseerd is.<sup>43</sup> Het is, met andere woorden, een hypothetisch fundament.<sup>44</sup> Hieruit volgt een ander essentieel kenmerk van het recht: het regelt zijn eigen totstandkoming.<sup>45</sup>

Samengevat ziet Kelsen het recht als een objectieve, op zichzelf staande orde. Hiermee kan tevens een belangrijk kritiekpunt op Kelsen worden geformuleerd: hij verliest – in ieder geval een gedeelte van – de realiteit uit het oog. Hij verliest de vraag uit het oog waarom of waartoe het rechtssysteem is ingesteld: niet enkel om orde te garanderen, maar zoals Stolker ook duidelijk maakt, om politieke en morele opvattingen te verdisconteren. Deze politieke en morele opvattingen maken – of Kelsen dit nu wil erkennen of niet – enerzijds deel uit van de rechtsorde en spelen anderzijds een rol van betekenis bij de interpretatie van het recht.<sup>46</sup> In de volgende paragrafen werk ik dit punt verder uit met verwijzing naar het werk van Schmitt.

#### CARL SCHMITT EN ZIJN KRITIEK OP KELSEN

Schmitt kan, zoals ik reeds aangaf, worden gezien als de belangrijkste criticus van het normativistische denken van Kelsen. Waar Kelsen het recht ziet als het geheel van normen en tussen deze normen geen onderscheid maakt, onderscheidt Schmitt wetten [Gesetz] enerzijds en maatregelen [Maßnahme] anderzijds.<sup>47</sup> Waar een maatregel een bepaalde vorm van actie vereist, die niet van tevoren is vastgelegd en dus al naar gelang de omstandigheden kan verander-

---

41 Zie Weber 2013, p. 19-20 waar Weber zelf zijn beschrijving van de ‘onttovering’ van de wereld verduidelijkt.

42 Dyzenhaus 1997, p. 11.

43 Zie bijvoorbeeld Peterson 2017, p. 65.

44 Kelsen 2002a, p. 58.

45 Kelsen 2002a, p. 63. Zie ook Carrozza 2017, p. 88.

46 Zie tevens Stolker 2015, p. 205.

47 Hoelzl & Ward 2016, p. xi.

ren,<sup>48</sup> is de wet gericht op een algemeen principe.<sup>49</sup> In de werken *Die Diktatur* (1921) en *Politische Theologie* (1922) beschrijft hij het onderscheid tussen beide en wat dit betekent voor de rechtswetenschap in relatie tot het begrip noodtoestand. De noodtoestand – ofwel de uitzondering – maakt bij uitstek duidelijk waarom het recht niet kan zonder enige relatie tot moraal of politiek en waarom het beeld dat Kelsen schetst dus te eenzijdig is.

In het eerstgenoemde werk, *Die Diktatur*, beschrijft Schmitt de ontwikkeling van de dictator door de tijd. Het begrip dictator maakte gedurende de Franse Revolutie (1789-1799) een transformatie door van ‘dictatorship of reformations’ (waarbij dictatuur werd ingesteld voor een duidelijk, afgebakend doel) naar ‘dictatorship of revolutions’ (de basis van een nieuwe staatsvorm) gestoeld op de *pouvoir constituant* van het volk.<sup>50</sup> De eerstgenoemde vorm van dictatuur, die bestond in de vroegmoderne tijd, wordt door Schmitt geduid als de ‘commissariële dictatuur’. Kenmerkend voor deze vorm van dictatuur is dat de dictator, ten eerste, handelt op last van iemand anders en, ten tweede, dat zijn taak beperkt is. Hij werd bijvoorbeeld benoemd in tijden van crisis, zoals ten tijde van een (burger)oorlog.<sup>51</sup> Zijn taak was tevens helder afgebakend: na afloop van de burgeroorlog vervielen de bevoegdheden van de dictator automatisch.

Dit veranderde gedurende de Franse Revolutie, waarbij door de *gouvernement révolutionnaire* een grondwet werd opgesteld in naam van het Franse volk.<sup>52</sup> Waar de soevereine dictator het mogelijk maakt dat er überhaupt een constitutionele orde tot stand komt, is het kenmerkend voor de commissariële dictator dat hij de constitutionele orde beschermt: hij schort de constitutie op om haar concrete vorm te beschermen.<sup>53</sup> Dit betekent bijvoorbeeld, in het geval van de democratische rechtsstaat, dat individuele, grondwettelijke rechten (tijdelijk) opgeschort kunnen worden om de democratische rechtsstaat als systeem te beschermen.

Het belangrijkste verschil tussen beide vormen van dictatuur is dat de soevereine dictator inhoudelijk beperkt is tot het volbrengen van een enkele taak (namelijk het tot stand brengen van de constitutionele orde), terwijl de commissariële dictator onbeperkt is wat betreft het nemen van de noodzakelijke

---

48 Schmitt 2016, p. 214.

49 Schmitt 2016, p. 215.

50 Schmitt 2016, p. xliv.

51 Schmitt 2016, p. 25. Zie voor een verdere uitwerking van Bodins theorie ook Schmitt 2016, p. 25. Schmitt beschrijft in *Politische Theologie* dat, hoewel deze definitie van soevereiniteit zo bekend is geworden, het interessante van Bodins theorie is dat hij steeds de vraag opwerpt in hoeverre de soeverein verantwoordelijkheid dient af te leggen aan de deelstaten. Zie hiervoor Schmitt 2005, p. 8.

52 Schmitt 2016, p. 19.

53 Schmitt 2016, p. xliii.

maatregelen ter bescherming van de constitutie. De commissariële dictatuur vormt daarom de kern van het staatsnoodrecht:<sup>54</sup>

“Constitutional emergency law is based on the fact that, in an extreme and unpredicted situation, any organ of the state that has the power to act leads the way outside or against constitutional provisions, in order to save the existence of the state and to do what the concrete situation requires.”<sup>55</sup>

Het begrip dictatuur is aldus bij uitstek verbonden met het staatsnoodrecht en hiermee met de uitzondering. Deze uitzondering staat centraal in Schmitts *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität* (1922).<sup>56</sup> Een van de centrale punten die Schmitt verdedigt in dit werk is dat het recht geen neutrale, ofwel apolitieke, aangelegenheid is, zoals dit voor Kelsen het geval is. Het recht is volgens Schmitt altijd gebaseerd op een concrete (politieke) situatie en houdt verband met het werkelijke leven.<sup>57</sup> Dit leidt tot tweërlei constatering: ten eerste kan het werkelijke leven nooit gereduceerd worden tot een set van regels<sup>58</sup> en ten tweede is het recht niet mogelijk zonder menselijk leven en kan het nooit onafhankelijk hiervan bestaan.<sup>59</sup> Daarom blijven autoriteit en het nemen van beslissingen altijd noodzakelijk. De Amerikaanse politicoloog Tracey Strong (geb. 1943) verduidelijkt dit in de inleiding bij de Engelse vertaling van *Politische Theologie* met het voorbeeld van de directeur die een uitzondering maakt voor een student. Aan de ene kant bevestigt hij hiermee de regel, maar aan de andere kant laat hij ook zien dat het recht door mensen is gemaakt en ons niet automatisch beheerst.<sup>60</sup> Dit is precies wat Schmitt duidelijk tracht te maken over de werking van het recht.

Schmitt beschrijft in *Politische Theologie* de begrippen soevereiniteit en beslissing, die volgens hem van cruciale betekenis zijn voor het recht en tevens nauw verband houden met elkaar. Hij opent het werk met zijn fameuze definitie van de soeverein: “[s]overeign is he who decides on the exception”.<sup>61</sup> Volgens Strong bedoelt Schmitt hiermee dat de soeverein zowel beslist wat de uitzondering is en daarna beslissingen neemt op basis van deze uitzondering.<sup>62</sup> Hiermee wordt duidelijk waarom de uitzondering en de soeverein nauw met elkaar zijn verbonden: aan de ene kant maakt het bestaan van de uitzondering soevereiniteit

54 Over Schmitt en het staatsnoodrecht, zie Blommestijn 2020, p. 82-86.

55 Schmitt 2016, p. 201.

56 T. Strong 2005, p. xiv.

57 Schmitt 2005, p. 13.

58 Schmitt 2005, p. 15. Zie tevens Strong 2005, p. xvii.

59 Strong 2005, p. xviii.

60 Strong 2005, p. xxi. Zie tevens Schmitt 2005, p. 15, 30.

61 Schmitt 2005, p. 5.

62 Strong 2005, p. xii.

mogelijk, maar aan de andere kant 'onthult' de soeverein zich pas na het bepalen van de uitzondering.<sup>63</sup>

Wat is dan de uitzondering volgens Schmitt? In een voetnoot bij de Engelse vertaling van *Politische Theologie* verduidelijkt de Amerikaanse politicoloog George Schwab (geb. 1931) dat er een verschil bestaat tussen de uitzonderings-toestand en de uitzondering. Een uitzondering is volgens hem gebaseerd op een bestaande constitutionele orde, die enige richting geeft aan maatregelen die genomen dienen te worden om de orde te beschermen. De uitzonderingstoestand daarentegen veronderstelt geen dergelijke constitutionele orde.<sup>64</sup> Hieruit wordt duidelijk dat de uitzondering verbonden is met de constitutionele dictatuur en de uitzonderingstoestand met de soevereine dictatuur. In dat wat volgt, staat daarom de uitzondering centraal.

De uitzondering kan volgens Schmitt nooit geheel door de rechtsorde worden gedefinieerd, maar 'at best [can] be characterized as a case of extreme peril, a danger to the existence of the state, or the like'.<sup>65</sup> Met andere woorden, de soeverein kan de uitzondering slechts constateren en dan ad hoc bepalen hoe er gehandeld dient te worden. Er kan volgens Schmitt in een constitutie enkel bepaald worden wie er in het uitzonderlijke geval handelt, maar niet hoe er wordt gehandeld.<sup>66</sup> Dit betekent niet dat de uitzondering niet belangrijk is voor de juridische orde.<sup>67</sup> De uitzondering bepaalt namelijk wanneer de wetten geldig zijn: indien er namelijk geen sprake is van een uitzondering zijn de wetten, als normale toestand, geldig.<sup>68</sup>

De uitzondering wordt gekenmerkt door ongelimiteerde autoriteit, wat betekent dat de gehele rechtsorde kan worden opgeschort.<sup>69</sup> Hier is, zoals ik hierboven al aangaf, een duidelijke overeenkomst te zien met *Die Diktatur* waarbij het opschorten van de gehele rechtsorde (om haar uiteindelijk te kunnen beschermen) wordt beschreven als kenmerkend voor de commissariële dictatuur. In de uitzondering binnen de rechtsorde (rechts-orde) trekt het recht zich terug maar blijft de orde gehandhaafd.<sup>70</sup> Hiermee is er geen sprake van anarchie, maar wordt de naakte macht van de Staat blootgelegd.<sup>71</sup> De uitzondering is daarom bij uitstek karakteriserend voor de autoriteit van de Staat.<sup>72</sup>

63 Strong 2005, p. xx.

64 Zie voetnoot 1 in Schmitt 2005, p. 5.

65 Schmitt 2005, p. 6

66 Schmitt 2005, p. 7.

67 Zie ook de Wit 2006, p. 35.

68 Zie tevens C. Schmitt 2007, p. 46.

69 Schmitt 2005, p. 12.

70 Schmitt 2005, p. 12. Zie tevens P. Hirst 1999, p. 12.

71 Schmitt 2005, p. 14. Deze mogelijkheid van de soeverein kan tevens worden vergeleken met de katechon die 'door de wetten tijdelijk buiten werking te stellen, het einde van de bestaande orde vermag uit te stellen'. Zie De Wilde 2008, p. 181.

72 Schmitt 2005, p. 13.

Deze autoriteit van de Staat(smacht) is volgens Schmitt door de eeuwen heen steeds meer in de verdrukking gekomen binnen de constitutionele theorie. Dit is volgens hem voornamelijk het geval aangezien het recht en de Staat in toenemende mate met elkaar geïdentificeerd worden: beide worden beschouwd als volledig identiek.<sup>73</sup> Dit is bijvoorbeeld terug te zien in de *Reine Rechtslehre* van Kelsen. De hoogste macht binnen een juridische orde wordt daardoor niet meer teruggevoerd tot een autoriteit, maar enkel tot een soevereine orde van de eenheid van normen.<sup>74</sup> Hieruit volgt een van de kernaspecten van Politische Theologie: de beslissing wordt, voor Schmitt, 'vanuit een niets geboren'.<sup>75</sup> Het rechtssysteem gaat namelijk, zoals ik hierboven al beschreef, uiteindelijk over het leven; het dynamische leven dat een beslissing vergt en zich niet laat vangen in een tot een rekentelsom reduceerbare uitkomst.<sup>76</sup>

#### SLOTBESCHOUWING

Als er een ding volgt uit het denken van Schmitt, is dat het recht bij uitstek verbonden is met het echte leven. Het recht dient ertoe om de maatschappij en het leven te ordenen, maar ontkomt hierbij niet aan de onvoorspelbaarheid van dit leven. Aan deze onvoorspelbaarheid en de uitzondering die altijd mogelijk dient te blijven bij de interpretatie van het recht besteedt Kelsen in het geheel geen aandacht. Dit kan hem niet verweten worden: als je het recht beschouwt als een objectief en voorspelbaar systeem is het afwijken hiervan onmogelijk. Denk maar aan een wiskundesom:  $2 + 2 = 4$ , of je dit nu leuk vindt – en of het aan je politieke overtuigingen voldoet – of niet.<sup>77</sup> Met het recht is het anders, het recht dient er, in ieder geval tot op zekere hoogte, toe om de politieke overtuigingen binnen een samenleving tot uitdrukking te brengen: dit blijkt bijvoorbeeld uit het feit dat het de wetgever is die de primaire taak van het tot stand brengen van de wet heeft. Datzelfde geldt voor de morele dimensie in het recht: een beslissing of, zoals in het Baby Kelly-arrest, een baby het recht heeft om niet geboren te worden is nu eenmaal gestoeld op morele opvattingen.

Het blijft dan ook een wankel evenwicht tussen de politiek en moraal aan de ene kant en het recht aan de andere kant. Stolker beschrijft dit treffend:

---

73 Schmitt 2005, p. 18-19.

74 Schmitt 2005, p. 19.

75 Schmitt 2005, p. 31-32.

76 Schmitt 2005, p. 34.

77 Hoewel daar recent ook discussie over is opgelaaid die onder anderen door de Amerikaanse wiskundige James Lindsay wordt gevoerd: Lindsay verdedigt het apolitieke karakter van de wiskunde.

“Legal scholars need to be able to recognise ethical, cultural and behavioural aspects and dilemmas, in addition to being sound legal doctrinalists (...). Legal scholarship is a balancing act, unparalleled by every other discipline in the university.”<sup>78</sup>

In het uitzonderlijke geval, in de noodtoestand, wordt dit wankele evenwicht bij uitstek duidelijk; volledige voorspelbaarheid binnen het recht is onmogelijk – wat bij uitstek volgt uit Schmitts denken.

#### LITERATUURVERWIJZINGEN

- A. Ellian & R. Blommestijn, ‘100 jaar Weimar. Reflectie op democratie’, *Nederlands Juristenblad* 2019.
- R. Blommestijn, ‘The European Parliament, Carl Schmitt and the State of Exception: Two Degrees of Emergency?’, in: A. Ellian & R. Blommestijn, *Reflections on Democracy in the European Union*, The Hague: Eleven International Publishing 2020.
- P. Caldwell, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law. The Theory & Practice of Weimar Constitutionalism*, Durham/Londen: Duke University Press 1997.
- R. Dworkin, *Taking rights seriously*, Londen: Bloomsbury 1997.
- D. Dyzenhaus, ‘Legal Theory in the Collapse of Weimar: Contemporary Lessons?’, *The American Political Science Review*, vol. 91, no. 1, 1997.
- H. Gamader, *Truth and Method*, New York: Continuum Publishing Company 1994.
- V. Giordano, ‘Chapter 6. Constitutionalism and Value-Free Method: Kelsen’s Legacy in Contemporary Challenges’, in: P. Langford, I. Bryan & J. McGarry, *Kelsenian Legal Science and the Nature of Law*, Cham: Springer 2017.
- P. Hirst, ‘Carl Schmitt’s Decisionism’, in: Chantal Mouffe (red.), *The Challenge of Carl Schmitt*, Londen/New York: Verso 1999.
- M. Hoelzl & G. Ward, ‘Introduction’, in: C. Schmitt, *Dictatorship. From the origin of the modern concept of sovereignty to proletarian class struggle* (Michael Hoelzl & Graham Ward vert.), Cambridge: Polity Press 2016.
- M. Jestaedt & O. Lepsius, ‘Der Rechts- und Demokratietheoretiker Hans Kelsen – Eine Einführung’, in: Hans Kelsen, *Verteidigung der Demokratie*, Tübingen: Mohr Siebeck 2006.
- O. Jouanjan, ‘Philosophische Verwicklungen in der Rechtswissenschaft: zur Geschichte des deutschen juristischen Denkens im 19. Jahrhundert’, in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung*, 2008, vol. 125(1).
- H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tübingen: Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1911.
- Hans Kelsen, ‘On the borders between legal and sociological method’, in: A. Jacobson & B. Schlink (red.), *Weimar. A jurisprudence of crisis* (Belinda Cooper vert.), Berkeley/Los Angeles/Londen: University of California Press 2002.
- H. Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal theory* (vertaling van de eerste editie *Reine Rechtslehre* (1934), Bonnie Litschewski & Stanley Paulson vert.), Oxford: Clarendon Press 2002a.
- P. Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Tübingen: Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1911 (herdruk The Bibliolife Network).
- J. Murkens, *From Empire to Union. Conceptions of German Constitutional Law Since 1871*, Oxford: Oxford University Press 2013.
- S. Paulson, ‘Statutory Positivism’, in: *Legisprudence*, vol. 1, 2007.

<sup>78</sup> Stolker 2014, p. 207.

- C. Schmitt, *Political Theology. Four chapters on the concept of sovereignty* (George Schwab vert.), Chicago/Londen: The University of Chicago Press 2005.
- C. Schmitt, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Berlin: Duncker & Humblot 2006.
- C. Schmitt, *The concept of the political* (George Schwab vert.), The University of Chicago Press: Chicago/Londen 2007.
- C. Schmitt, *Dictatorship. From the origin of the modern concept of sovereignty to proletarian class struggle* (Michael Hoelzl & Graham Ward vert.), Cambridge: Polity Press 2016.
- S. Shapiro, *Legality*, Cambridge: Harvard University Press 2011.
- M. Stolleis, *Der Methodenstreit der Weimarer Staatsrechtslehre – ein abgeschlossenes Kapitel der Wissenschaftsgeschichte?*, Stuttgart: Franz Steiner Verlag 2001.
- C. Stolker, "'Ja, geléerd zijn jullie wel!' Over de status van de rechtswetenschap", *Nederland Juristenblad* 2003.
- C. Stolker, *Rethinking the law school: education, research, outreach and governance*, New York: Cambridge University Press 2014.
- T. Strong, 'Foreword. The Sovereign and the Exception: Carl Schmitt, Politics, Theology, and Leadership', in: Carl Schmitt, *Political Theory. Four Chapters on the Concept of Sovereignty* (George Schwab vert.), Chicago/Londen: The University of Chicago Press 2005.
- M. Weber, *Wetenschap als beroep* (H. Driessen vert.), Nijmegen: Uitgeverij Vantilt 2013.
- M. de Wilde, *Verwantschap in Extremen. Politieke Theologie bij Walter Benjamin en Carl Schmitt*, Amsterdam: Vossiuspers UvA-Amsterdam University Press 2008.
- T. de Wit, 'Inleiding. Vriend en vijand – een oneigentijds geschrift over politiek', in: C. Schmitt, *Het begrip politiek* (B. Kerkhof & G. Kwaad vert.), Boom/Parrèsia: Amsterdam 2006.