

EERSTE HOOFDSTUK: KELSENS KRITIEK OP DE NATUURRECHTSLEER

I KELSENS ANALYSE VAN DE NATUURRECHTSLEER

1. *Inleiding*

Naar een beroemd woord van Horatius kun je de natuur wel met een vork uitdrijven, maar keert zij altijd weer terug.¹ Hetzelfde geldt voor de rechtstheorie die zich op die natuur pleegt te beroepen, de natuurrechtsleer. De natuurrechtsleer heeft een “vitality like that of the phoenix”² heeft men wel gezegd, iets dat ook een van haar meest invloedrijke bestrijders, Karl Bergbohm, al was opgevallen. Het natuurrecht lijkt wel een stroom die telkens weer uit andere bronnen put. “Ihn trocken zu legen”, schrijft hij in zijn *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie* (1892), “ist der Kritik bisher nicht gelungen, um so weniger als Sie regelmässig, nachdem Sie den einen oder anderen Zufluss verstopft, selbst gleich wieder eine frische Quelle eröffnet hat, die sich alsbald im vollen Laufe demselben Hauptgewässer zuwände, um ihm das oberhalb Entzogene unterhalb reichlich zu ersetzen”.³

“For over two thousand years the idea of natural law has played a prominent part in thought and in history”, schrijft D’Entrèves.⁴ Iets dergelijks blijft de conservatief fascineren. Hij kan eenvoudigweg niet geloven dat een idee dat zo lang het gemoed van de mensheid heeft bewogen van geen enkele waarde zou zijn: “Il est impossible de croire qu’un

¹ Vgl. D’Entrèves, A.P., *Natural law*, An introduction to legal philosophy, Hutchinson’s University Library, London 1951, p. 113: “A great jurist of the last century who devoted his life to the historical study of law, once wrote that the undying spirit of natural law can never be extinguished. ‘If it is denied entry into the body of positive law, it flutters around the room like a ghost and threatens to turn into a vampire which sucks the blood from the body of law’” (Gierke, *Natural law and the theory of society*, I, p. 226).

² Diaz, R.W.M., *Jurisprudence*, fifth edition, Butterworths, London 1985, p. 471.

³ Bergbohm, Karl, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Leipzig 1892, p. 9.

⁴ D’Entrèves, *Natural law*, p. 7.

mensogne absurde devienne une tradition universelle”.⁵

Na een tijdelijke herleving na de Tweede Wereldoorlog leek het erop dat de natuurrechtsleer weer even werd teruggedrongen door het werk van twee invloedrijke rechtspositivisten, H.L.A. Hart⁶ en Hans Kelsen. Maar nu heeft opnieuw met John Finnis en Ronald Dworkin⁷ natuurrechtelijk geïnspireerde filosofie de wind in de zeilen.

Het ligt in mijn bedoeling te onderzoeken of het mogelijk is een natuurrechtelijk geïnspireerde rechtstheorie staande te houden na de zware kritiek die daarop is uitgeoefend door Hans Kelsen. Kelsen heeft zich in zijn omvangrijke oeuvre veelvuldig met de natuurrechtsleer bezig gehouden. Men kan zelfs zeggen dat hij zijn eigen Reine Rechtslehre heeft ontwikkeld in reactie op de natuurrechtsleer, waarvan hij een van de meest scherpzinnige analyses heeft gegeven die mij bekend is. Iedereen die zich tot natuurrechtelijk denken voelt aangetrokken zal zijn kritiek moeten weerstaan wil het om een levensvatbare rechtstheorie gaan; Kelsens filosofie vormt de Kaap Hoorn voor de natuurrechtsleer.

De opbouw van dit hoofdstuk is als volgt. Eerst zal ik een exposé geven van wat Kelsen onder natuurrecht en de natuurrechtsleer verstaat. Vervolgens geef ik zijn kritiek op die natuurrechtsleer weer en daarop aansluitend een beoordeling van die kritiek. De kritiek van Kelsen vormt dan het vertrekpunt van waaruit een eigen tussenopvatting tussen

⁵ Chateaubriand, *Génie du christianisme ou beautés de la religion chrétienne*, texte établi, présenté et annoté par Maurice Regard, Editions Gallimard 1978 (eerste druk 1802), p. 526.

⁶ Hart is overigens geen rechtspositivist pur sang, want hij verdedigt een “minimum content of natural law”. Dat is ook de reden waarom ik vooral Kelsen zal aanhalen als representatief voor het rechtspositivistische standpunt.

⁷ Vgl. Scruton, Roger, *Thinkers of the new left*, Longman 1985, p. 22: “Dworkin’s work on the philosophy of law is complex and obscure. But its main conclusions are of considerable interest, both as the articulation of a powerful theory of the judicial process, and also as an attempt to revive the doctrine of natural law”. Hierop wordt ook gewezen door: Weinreb, Lloyd L., *Natural law and justice*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts/London, England 1987, p. 8. Terecht merkt echter Soeteman op dat Dworkin zich bij zijn bestrijding van het rechtspositivisme niet beroept op een natuurrecht in traditionele zin, waarbij men uitgaat van metafysische a-priori’s met betrekking tot de inhoud van het recht. Vgl. Soeteman, *Machtig recht*, Samsom H.D. Tjeenk Willink, Alphen aan den Rijn 1986, p. 142.

natuurrechtsleer en rechtspositivisme zal worden ontwikkeld.

2. *Wat is natuurrecht en natuurrechtsfilosofie?*

Wat is natuurrecht? In zijn opstel *Naturrecht und positives Recht* (1927/28) omschrijft Kelsen het natuurrecht als “ein System von Normen (...) die - zum Unterschied von denen des positiven Rechtes - nicht künstlich’, durch menschliche Tat, ‘gesetzt’, sondern ‘natürlich’ gegeben sind, weil sie aus der Natur, aus Gott, aus der Vernunft oder aus einem ähnlichen objektiven Prinzipie sich ergeben”.⁸ We zouden dat het eerste punt van verschil tussen natuurrechtsleer en rechtspositivisme kunnen noemen.

Dat roept natuurlijk de vraag op wat dan onder “natuur” verstaan zou moeten worden. Kelsen zegt daarvan dat het niet gemakkelijk is dit woord te omschrijven, maar, zo zegt hij, “von den vielen Bedeutungen, die das Wort ‘Natur’ sonderlich in seiner adjektivischen Bedeutung ‘natürlich’ anzunehmen versteht kommt hier vor allem jene in Betracht, die sich aus dem Gegensatz zu ‘künstlich’ ergibt”.⁹

Onder een *natuurlijke ordening* wordt dan verstaan een ordening die niet op de menselijke wil berust, een ordening die dus niet willekeurig tot stand gekomen is, maar een die van zelf bestaat, onafhankelijk van een subjectief-menselijk wilsbesluit.¹⁰ Deze ordening zou dan gefundeerd zijn in God, de natuur of de rede.

Het natuurrecht en het positieve recht hebben wel iets met elkaar gemeen: bij beide gaat het om *norm*systemen, om een Sollen. Maar daarbij moet men de formele categorie van het Sollen goed onderscheiden van het idee van het goede of juiste of gerechte in materiële zin. Alleen bij de in het natuurrecht fungerende normen gaat het om een Sollen in absolute zin¹¹, bij

⁸ Klecatsky (Hans), Marcic (René), Schambeck (Herbert), *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, 2 bnd., Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross, Europa Verlag, Wien 1968, p. 215.

⁹ Vgl. Strasser, S., “Opvoeding en cultuur”, in: *Algemeen Nederlands Tijdschrift voor Wijsbegeerte*, 64 (1972), p. 242: alle filosofische en empirische noties van “cultuur” hebben dit gemeen dat het wordt gezien als de dialectische tegenpool van “natuur”.

¹⁰ Klecatsky, *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, p. 283.

¹¹ Klecatsky, *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, p. 255. Vgl. ook Lord Lloyd of Hampstead and M.D.A. Freeman, *Lloyd's introduction to jurisprudence*, fifth edition, Stevens

het Sollen in het positieve recht gaat het slechts om een hypothetisch moeten: de normen van het positieve recht gelden namelijk alleen “unter der Annahme einer die oberste Rechtsautorität einsetzenden Grundnorm, deren Geltung selbst innerhalb der Sphäre des positiven Rechtes unbegründet bleibt”. Daarom behoren ook positivisme en kentheoretisch relativisme tezamen evenals natuurrechtsleer en metafysisch absolutisme, schrijft Kelsen.¹² “Die Normen des positiven Rechtes ‘gelten’ oder, was dasselbe ist: ‘Sollen’ nicht, wie die des Naturrechtes, weil sie aus der Natur, aus Gott oder der Vernunft stammen, sondern weil sie auf eine bestimmte Weise erzeugt sind”, aldus Kelsen.¹³

Naast het feit dat het bij zowel het natuurrecht als het positieve recht om normsystemen gaat hebben zij echter ook nog iets anders gemeenschappelijk, namelijk dat zij op hetzelfde object betrekking hebben: “das gegenseitige Verhalten der Menschen”. Maar de manier waarop het positieve recht en het natuurrecht hun materie regelen is weer verschillend. “Die Naturrechtslehre tut es, indem sie das - social erwünschte - Verhalten unter bestimmten Bedingungen als gesollt setzt, das positive Recht indem sie an das kontradiktorische Gegenteil dieses Verhaltens einem Zwangsakt gegen den sich so Verhaltenden statuiert, also als Zwangsordnung auftritt”.¹⁴ Het natuurrecht heeft dus geen dwang nodig; zijn normen zijn namelijk even inzichtelijk als die van de logica.

Dat dwangmoment is iets dat Kelsen herhaaldelijk benadrukt.¹⁵ Hij is er

& Sons, London 1985 (eerste druk 1959), p. 322.

¹² Vgl. over de relatie rechtspositivisme en positivisme in het algemeen ook: Beyleveld, Deryck & Brownsword, Roger, *Law as a moral judgement*, Sweet & Maxwell, London 1986, p. 4-8.

¹³ Klecatsky, *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, p. 286.

¹⁴ Klecatsky, *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, p. 216.

¹⁵ Vandaar ook dat de rechtspositivist à la Kelsen en Austin moeite heeft met de erkenning van het internationale recht als recht. Vgl. D’Entrèves, “The case for natural law re-examined”, in: *Natural Law Forum*, Volume I, 1956, p. 9: “It is clearly impossible to consider international law as law in the terms of the Hobbesian or Austinian definition. There is no sovereign power to command; ‘sanctions’ there may be, but no proper system of coercion, unless we construe war itself as the sanction of international law”.

ook van overtuigd dat elke tendens om aan het recht het dwangkarakter te ontzeggen uiteindelijk uitloopt op het vervagen van de grens tussen positief recht en natuurrecht. Het natuurrecht is een dwangvrije ordening.¹⁶

Wanneer men dit verschil zou willen typeren aan de hand van de bron waaruit het recht voortvloeit of het fundament waarop het berust zou men kunnen zeggen dat in het geval van het positieve recht het gaat om een formele geldingsgrond, terwijl het bij het natuurrecht gaat om een materiële geldingsgrond.

Maar niet alleen wat betreft hun oorsprong verschillen de normen van het natuurrecht en het positieve recht, “auch nach der Art und Weise, in der die Normen einer Ordnung aus deren Grundnorm abgeleitet werden besteht ein Unterschied zwischen Naturrechtslehre und Rechtspositivismus”. Om dit duidelijk te maken onderscheidt Kelsen tussen een statisch en een dynamisch systeem.

Wat bedoelt Kelsen met dat onderscheid?

Eerst legt hij uit wat hij verstaat onder een ordening. “Verschiedene Normen bilden eine Ordnung, d.h. gehören zu einem und demselben Normsystem, wenn sie letztlich auf einen und denselben Geltungsgrund zurückgeführt werden müssen.”¹⁷ Deze geldingsgrond kan men ook wel de bron noemen.

Nu kan men in dit verband onderscheiden tussen een statisch en een dynamisch systeem. “Im ersteren entfaltet sich die Grundnorm in die inhaltlich differenzierenden Normen ihres Systems so wie ein Allgemeinbegriff in die unter ihn zu subsumierenden Vorstellungen auflöst.” Als voorbeeld geeft Kelsen dat uit de Grundnorm van de waarheid of waarachtigheid zich normen laten afleiden als: Gij zult niet bedriegen, gij zult uw beloften nakomen enz. Die laatste normen zijn reeds in de Grundnorm aanwezig en kunnen daaruit worden afgeleid door een “blosse Gedankenoperation”.

In een dynamisch systeem ligt de situatie anders. In een dynamisch systeem beperkt de Grundnorm zich ertoe een bepaalde menselijke wil tot het uitvaardigen van normen bevoegd te verklaren. Als voorbeeld geeft Kelsen: gehoorzaam je ouders. Uit deze Grundnorm is geen enkele andere

¹⁶ Klecatsky, *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, p. 250.

¹⁷ Klecatsky, *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, p. 15 en 216.

norm af te leiden. Eerst moet een inhoudelijk bepaald bevel van de vader of moeder volgen, bijvoorbeeld dat het kind naar school moet gaan.

Verschillende normen vormen een ordening, wanneer zij uiteindelijk op één en dezelfde geldingsgrond kunnen worden teruggevoerd. De eenheid van het systeem is de eenheid van de delegatiesamenhang (*Delegationszusammenhang*), zegt Kelsen. En daarmee zijn we dan opnieuw een onderscheid tussen het positief recht en het natuurrecht op het spoor gekomen, want “das Naturrecht ist seiner reinen Idee nach ein statisches Normensystem”, terwijl het positieve recht, waarvan de Grundnorm niets anders is dan de delegatie van een normstellende autoriteit, een dynamisch systeem inhoudt.

Dit onderscheid acht Kelsen zo belangrijk dat hij schrijft: “Der ganze Gegensatz zwischen Naturrecht und positivem Recht lässt sich in einem gewissen Sinne als Gegensatz zwischen einem statischen und einem dynamischen Normensystem darstellen”.¹⁸ Waarbij overigens wel moet worden opgemerkt dat in een dynamisch systeem statische elementen kunnen voorkomen en omgekeerd.

En dan het laatste onderscheid tussen natuurrecht en positief recht, respectievelijk natuurrechtsleer en rechtspositivisme. Dat is daarin gelegen dat het bij de natuurrechtsleer gaat om een typisch metafysische en onwetenschappelijke, ja zelfs religieuze beschouwingwijze terwijl het rechtspositivisme zich probeert te houden aan het positief gegevene. Wat dat laatste betreft constateert Kelsen ook een duidelijke verwantschap tussen het rechtspositivisme en het wijsgerig positivisme. Aan het begin van zijn essay *Was ist Juristischer Positivismus* (1965) gaat hij op die verwantschap in.

Allereerst stelt hij dat je het rechtspositivisme wel van het wijsgerig positivisme moet onderscheiden, “doch steht er zu diesem in naher Beziehung”.¹⁹ Onder filosofisch positivisme verstaat hij met Eisler: “jene Richtung der Philosophie und Wissenschaft, welche vom Positiven, Gegebenen, Erfassbaren ausgeht, nur in diesem, bzw. dessen exakter ‘Beschreibung’, das Forschungsobjekt erblickt, jede Metaphysik transzendenter Art verwirft und alle Begriffe vom übersinnlichen, von Kräften, Ursachen, ja sogar oft die apriorischen Denkformen (Kategorien)

¹⁸ Klecatsky, *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, p. 218.

¹⁹ Klecatsky, *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, p. 941.

aus der Wissenschaft eliminieren will".²⁰

En onder het rechtspositivisme verstaat hij:

Jene Rechtstheorie, die nur positives Recht als 'Recht' begreift und jede andere soziale Ordnung, auch wenn sie im Sprachgebrauch als 'Recht' bezeichnet wird, wie insbesondere das 'Naturrecht', nicht als 'Recht' gelten lässt.²¹

Een belangrijke consequentie van dat onderscheid is de scheiding van recht en moraal en dan in het bijzonder van recht en natuurrecht, dat men als een deel van de moraal kan zien.²²

Laat ik voordat ik het betoog voortzet nog even resumeren hoe Kelsen de tegenstelling natuurrechtsleer - rechtspositivisme typeert.

De natuurrechtsleer gaat uit van normen die zijn gegeven en niet kunstmatig gemaakt (1); bij het normstelsel van de natuurrechtsleer gaat het om een Sollen in absolute zin of materiële zin (2); de natuurrechtsleer gaat uit van een metafysisch absolutisme (3); de natuurrechtsleer gaat uit van een recht van nature dat voor haar handhaving geen dwang nodig heeft (4); het natuurrecht berust op een materiële geldingsgrond (5); het natuurrecht vormt een statisch normstelsel (6); de natuurrechtsleer is een religieuze, onwetenschappelijke en metafysische theorie over het recht (7); de natuurrechtsleer hanteert geen scherpe scheiding tussen recht en moraal en tussen Sein en Sollen (8).

Wat zijn nu Kelsens bezwaren tegen deze natuurrechtsleer? Impliciet blijken al enige bezwaren uit de wijze waarop hij het natuurrecht typeert, maar we moeten deze nu in een wat meer gesystematiseerd verband naar voren halen.

Het eerste bezwaar is dan dat de natuurrechtsleer de door Kelsen gehanteerde strenge scheiding van Sein en Sollen niet accepteert. Dit is eigenlijk het *vitium originis* van de natuurrechtsleer waar veel van haar andere dwalingen uit resulteren.

²⁰ Klecatsky, *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, pp. 109-124.

²¹ Klecatsky, *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, p. 941.

²² Klecatsky, *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, p. 951.

Zijn bezwaren hieromtrent vinden we duidelijk uiteengezet in een opstel uit 1911, het jaar waarin ook zijn *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* verscheen.

3. *Eerste bezwaar tegen het natuurrecht: de vermenging van Sein en Sollen*

In het opstel *Über die Grenzen juristischer und zwischen soziologischer Methode* (1911) vraagt hij onze aandacht voor het onderscheid tussen een specifiek juridische methode en die van de sociologie. Hij illustreert dat aan de hand van het vraagstuk van de wil, die in beide wetenschappen een rol speelt. Waar het voor Kelsen op aankomt is “die juristische Begriffsbildung von gewissen Elementen zu befreien, die soziologischen Charakters sind”. En het is ook hier dat we de onderscheiding van Sein en Sollen vinden, waarop hij een indeling in “explikativen und normativen Disziplinen” wil baseren, evenals een in “Kausal - und Normwissenschaften”.

De explicatieve disciplines of causale wetenschappen richten zich op het feitelijk gegevene, op de wereld van het zijn, terwijl de normatieve wetenschappen zich richten op de wereld van het moeten, op de “idealiteit”.

De causale wetenschappen hebben als taak het feitelijke gedrag van de dingen in hun natuurnoodzakelijke en causale samenhang aan het licht te brengen, terwijl de normatieve wetenschappen zich niet bezighouden met wat feitelijk gebeurt, maar wat moet gebeuren.

Tot de causale wetenschappen rekent Kelsen de natuurwetenschappen, maar ook de geschiedwetenschappen. Tot deze laatste behoort ook de rechtswetenschap, maar dan wel met de belangrijke kanttekening dat de rechtswetenschap geen normerende in de zin van *normstellende* wetenschap mag zijn die een functie zou hebben die los staat van het positieve recht.

En daarmee zijn we al een eerste bezwaar tegen de natuurrechtsleer op het spoor gekomen, immers die haalt Sein en Sollen op een ontoelaatbare wijze door elkaar.

Ein Beispiel solcher unzulässiger Verquickung der normativen und der explikativen Betrachtungsweise, solchen fehlerhaften Synkretismus der Methoden liefert das Naturrecht.²³

²³ Kelsen neemt overigens, ondanks zijn aanvankelijke bezwaren, zelf wel bepaalde sociologische elementen op in zijn rechtsbegrip, zoals Jan Klanderman betoogt in het

In het kader en met een techniek van een juridische discipline wordt hier geprobeerd, schrijft Kelsen, om problemen op te lossen waarmee eigenlijk de sociologie zich bezighoudt. Kenmerkend voor het natuurrecht is dat men een sociologische vraag met een juridische constructie meent te kunnen beantwoorden.

Als voorbeeld van zo'n ontorechte vermenging van sociologische en juridische aanpak wijst Kelsen op de natuurrechtelijke contractsleren. Het probleem van het ontstaan van de staat (een sociologische vraag) wordt hier eenvoudigweg met een rechtsbegrip (namelijk het verdrag) beantwoord. In zijn *Die Rechtswissenschaft als Norm- oder Kulturwissenschaft* (1916) wordt dat onderscheid tussen Sein en Sollen verder uitgewerkt. Hij doet dat onder verwijzing naar Herbarts *Allgemeine Metaphysik* omdat daarin de tegenstelling tussen Sein en Sollen nog principiëler en consequenter wordt uitgewerkt dan bij Kant.

Wetenschap heeft met kennen te maken, niet met voelen of met willen. En als voorwerp van kennis valt de wereld uiteen in de twee rijken van Sein en Sollen, een tegenstelling die identiek is met die tussen "Wirklichkeit" en "Wert" of "Natur" en "Zweck".

Welnu, dit onderscheid tussen causale natuurwetten als wetten van het zijn en een rechtsregel als een wet van het moeten gaat in het kader van een religieusmetafysische wereldbeschouwing geheel verloren. In de religieusmetafysische wereldbeschouwing (waarvan de natuurrechtsleer deel uitmaakt) wordt de verbinding van oorzaak en gevolg gezien naar analogie van een menselijke daad van rechtsschepping: de natuurwetten worden geïnterpreteerd als normen "die, von einem göttlichen Willen ausgehend, der Natur ein bestimmtes Verhalten vorschreiben". Vandaar ook dat de metafysische rechtsleer in de natuur een manifestatie van de goddelijke wil meent te herkennen, waardoor men dus weer vanuit een Sein tot een Sollen komt. "Aber das ist ein Trugschluss; und auf diesem Trugschluss ist die Naturrechtslehre gegründet".

vierde hoofdstuk van zijn boek over Kelsen (Klanderman, J.H.M., *Ratio, wetenschap en recht*, Tjeenk Willink, Zwolle 1986). Vgl. hierover ook de bespreking van het boek van Klanderman door C.J. Loonstra in *Recht en kritiek*, 13 (1987) 2, p. 188. Kelsen spreekt namelijk van een dwangmonopolie, "Gemeinschaft", "Gesellschaft", enz.

Uit de natuur als een “Inbegriff von Tatsachen”²⁴ kan nooit een norm worden afgeleid. “Wer in Tatsachen Normen, in der Wirklichkeit Werte zu finden, zu entdecken oder zu erkennen glaubt, täuscht sich selbst”²⁵, schrijft Kelsen. “Denn er muss- wenn auch unbewusst - die von ihm irgend wie vorausgesetzten, Werte konstituierenden Normen in die Wirklichkeit der Tatsachen projizieren, um sie aus dieser deduzieren zu können”²⁶. Waarde en werkelijkheid behoren immers tot twee streng van elkaar gescheiden bereiken. Dat de natuurrechtsleer zich schuldig maakt aan deze onjuiste vermenging van Sein en Sollen blijkt duidelijk uit al die pogingen om het natuurrecht uit de menselijke natuur af te leiden.²⁷ Daartegen moet worden ingebracht “der Haupteinwand, der gegen die Naturrechtslehre im allgemeinen zu erheben ist: dass aus dem Sein kein Sollen, aus Tatsachen keine Normen gefolgert werden können”²⁸.

Maar Kelsen heeft nog een ander argument tegen deze deductie van natuurrechtelijke normen uit een zogenaamde natuur van de mens. Wanneer men uit het voorhanden zijn van bepaalde driften die de natuur van de mens uitmaken zou besluiten tot een norm: namelijk dat mensen zich ook zo *behoren* te gedragen, dan kan men zich afvragen of die norm niet volledig overbodig is. Immers wanneer de mensen zich overeenkomstig hun natuur zo gedragen waarom dan nog een norm vaststellen die stelt dat het ook zo zou moeten gebeuren?

Een goede illustratie hiervan is de manier waarop Thomas van Aquino schrijft over de drang tot zelfbehoud (*Selbsterhaltungstrieb*), die in zijn natuurrechtsleer een belangrijke rol speelt. Thomas leidt uit die drang tot zelfbehoud het natuurrechtelijk verbod tot zelfmoord af. Maar kennelijk is die drang tot zelfbehoud niet altijd even sterk: het feit dat zelfmoord voorkomt bewijst dat. En dan zou men dus ook een drang om het leven

²⁴ Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, Mit einem Anhang: *Das Problem der Gerechtigkeit*, Zweite vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage 1960, Unveränderter Nachdruck 1976, Verlag Franz Deuticke, Wien 1976, p. 5.

²⁵ Kelsen, *Reine Rechtslehre*, p. 405.

²⁶ Kelsen, *Reine Rechtslehre*, p. 5.

²⁷ Kelsen, *Reine Rechtslehre*, p. 409.

²⁸ Kelsen, *Reine Rechtslehre*, p. 409.

onder bepaalde omstandigheden te beëindigen voor “natuurlijk” moeten houden.²⁹

Dat laatste, daarvan wil de natuurrechtsleer echter niets weten. Toch zou het consequenter zijn wanneer zij ook voor driften die van zelfzuchtige aard zijn bereid was de ogen te openen. “Wer kann (...) leugnen, dass in vielen Menschen Triebe ebenso lebendig sind, die auf ein gerade entgegengesetztes Verhalten gerichtet sind und die, in der modernen Psychologie unter dem Namen des Aggressionstriebes bekannt, als ein integrierender Bestandteil der menschlichen ‘Natur’ erkannt sind?”³⁰

De ontoelaatbare vermenging van Sein en Sollen treft Kelsen ook aan in wat hij noemt “der in sich widerspruchsvolle Begriff der *praktischen Vernunft*” waarmee men opereert in de zogenaamde rationalistische natuurrechtsleer.³¹

De aanhangers van deze richting zien de natuur van de mens in zijn rede en uit de rede proberen zij normen voor rechtvaardig recht te deduceren: het rechtvaardige is het natuurlijke omdat het het redelijke is.

Wat men dan over het hoofd ziet, is dat de empirische psychologie ons leert dat de specifieke functie van de rede *kennen* is. De rede is een kenfunctie, geen instantie voor normstelling of het maken van wetten.

Dat laatste, normstelling, is een typische wilsfunctie. En een normstellende rede zou dan ook moeten zijn een zowel kennende als willende rede, kortom een innerlijke tegenspraak.

Als men zich nader op die rede van het rationalistisch natuurrecht bezint, dan ziet men dat het niet gaat om de rede in zijn feitelijke werkzaamheid, maar om een ‘juiste’ rede (‘rechte’ Vernunft), eigenlijk niet om de rede zoals zij is, maar om de rede zoals deze moet zijn. Reeds Cicero definieerde het natuurrecht als een product van de *recta ratio*. Kortom, de natuurrechtsleer is niet consequent: zij wil slechts dat gedeelte van de natuur als basis voor het natuurrecht erkennen dat haar bevalt. Maar wanneer men uit het voorhanden zijn van naastenliefde bij vele mensen tot het gebod van de naastenliefde wil besluiten, uit de bij vele mensen voorhanden zijnde wil tot vrede tot een natuurrechtelijk gebod tot vrede wil komen, dan zou men ook

²⁹ Kelsen, *Reine Rechtslehre*, p. 410.

³⁰ Kelsen, *Reine Rechtslehre*, p. 411.

³¹ Kelsen, *Reine Rechtslehre*, p. 415.

uit het feitelijk aanwezig zijn van de agressieve driften tot een gebod om zich overeenkomstig die driften te gedragen moeten komen.³²

4. *Tweede bezwaar tegen het natuurrecht: de onverenigbaarheid van natuurrecht en positief recht*

Een ander argument dat Kelsen tegen het natuurrecht in het geding brengt is dat het onverenigbaar is met het positieve recht.

Dit was ook al door Bergbohm naar voren gebracht, maar Kelsen heeft dat standpunt verder uitgewerkt. Het positieve recht zegt eigenlijk: “Dies ist mein Bereich, hier gelte und walte ich, hier gewähre ich; was da draussen vorgeht dagegen soll, immer kraft meiner Autorität, nicht durch zwingende Normen beengt und nicht durch Nachteile bedroht werden; es soll sich frei entwickeln”.³³

Het natuurrecht houdt zich natuurlijk niet aan deze grensafbakening, het erkent die rechtsvrije ruimte niet maar nestelt zich juist daarin. Kortom, dat natuurrecht is geen “hilfsbereiter Freund”, zegt Bergbohm, maar een “heuchlerischer Nebenbuhler”.

Deze kritiek wordt nu door Kelsen verder uitgewerkt, waarbij hij ook aannemelijk wil maken dat van een verhouding tussen natuurrecht en positief recht geen sprake kan zijn, een consequentie die aanhangers van de natuurrechtstheorie niet graag erkennen.³⁴

Dit argument tegen de natuurrechtsleer komt er dus eigenlijk op neer dat, als de natuurrechtsaanhangers consequent zouden zijn, zij zich gedwongen zouden zien elk positief recht als onnodig van de hand te wijzen. En dat is een manifest absurde stellingname die geen enkele rechtsleer graag voor haar rekening neemt.

Hoe wordt dit standpunt door Kelsen beargumenteerd? We hebben hiervoor gezien dat hij het natuurrecht typeerde als een statisch systeem en

³² Kelsen, *Reine Rechtslehre*, p. 411.

³³ Bergbohm, Karl, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Leipzig 1892, *l.c.*

³⁴ Klecatsky, Marcic (René), Schambeck (Herbert), *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, 2 bnd., Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross, Europa Verlag, Wien 1968, p. 8. Vgl. ook p. 301.

het positieve recht als een dynamisch systeem. Ook verschillen de twee normsystemen hierin dat de geldingsgrond van het positieve recht een formele is, terwijl de geldingsgrond van het natuurrecht een materiële is. Welnu, wanneer het zo is dat twee normcomplexen op twee verschillende Grundnormen terug te voeren zijn dan kan slechts één van die twee geldig zijn. De normen van de twee systemen hebben immers betrekking op één en hetzelfde object: “auf das in Zeit und Raum sich abspielende menschliche Verhalten”.³⁵

Kortom, de mogelijkheid van een logische tegenspraak is niet uitgesloten. Het is mogelijk dat de norm van het ene systeem gedrag A eist, terwijl de norm van het andere systeem juist gedrag B eist.

Ook van een *verhouding* tussen de twee normsystemen kan geen sprake zijn. Immers een verhouding is alleen mogelijk tussen de elementen van hetzelfde systeem. Als men de gelding aanneemt van een natuurlijke ordening dan kan men daarnaast niet tegelijk een positieve rechtsorde accepteren: dat zou zowel overbodig zijn als een logische tegenspraak opleveren.

Denn wozu bedürfte es menschlich willkürlicher Satzung, um ein Lebensverhältnis zu regeln, wenn dieses schon in einer natürlichen, jedermann evidenten und jedermanns gutem Willen entsprechenden Ordnung seine gerechte Regelung findet?³⁶

Kelsen ziet eigenlijk maar één mogelijkheid om een verhouding tussen het positieve recht en het natuurrecht te construeren, namelijk als men het positieve recht van zijn normatieve karakter berooft - een consequentie overigens die de natuurrechtsleer niet graag neemt.

Deze mogelijke verhouding heeft daarmee te maken, dat wanneer men van het bestaan van het recht spreekt, men daarmee een tweetal dingen kan bedoelen: de normatieve kracht van de rechtsnormen (*Sollgeltung der Rechtsnormen*) en de effectiviteit van de rechtsnormen (*Wirksamkeit*).³⁷

³⁵ Klecatsky, *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, p. 9. Vgl. ook p. 302.

³⁶ Klecatsky, *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, p. 3. Vgl. ook 306.

³⁷ Klecatsky, *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, p. 25.

Alleen wanneer men het positieve recht benadert onder de laatste invalshoek is een verhouding mogelijk: “Aber dann sieht man das positive Recht nur als Machtbeziehungen und zwischen dem Naturrecht und dem Faktum des positiven Rechtes besteht dann ein Verhältnis der Entsprechung”.³⁸ En dat is een benadering die natuurrechtsaanhangers niet aanstaat: zij willen het positieve recht niet tot louter “Machtverhältnisse denaturieren”, maar als een systeem van geldige normen naast het natuurrecht handhaven.³⁹

Elke verhouding van positief recht en natuurrecht op een wijze die voor de natuurrechtsleer acceptabel is, is daarmee uitgesloten. Kan dan misschien het natuurrecht tot het positief recht in een delegatieverhouding staan?

Ook dat acht Kelsen uitgesloten.

Door de eeuwen heen is vaak geprobeerd het positieve recht op een natuurrechtelijke delegatie te grondvesten. De heerschappij werd dan als van God gegeven beschouwd. Maar wat betekent dat? Dat betekent dat in het systeem van het natuurrecht een norm wordt vastgesteld, die een hoogste autoriteit in het leven roept die tot het uitvaardigen van positiefrechtelijke normen competent zou zijn. De normen die deze autoriteit uit zou vaardigen gelden niet op grond van hun inhoud, maar op grond van hun herkomst. Ook dat voert dus tot ongerijmdheden, want voor natuurrechtelijke normen geldt juist dat zij gelden op grond van hun inhoud.

Daarmee meent Kelsen de natuurrechtsleer in een moeilijk dilemma gebracht te hebben: of je accepteert het natuurrecht en dan is er voor het positieve recht geen plaats; of je accepteert het positieve recht en dan is er voor het natuurrecht geen plaats. Beide voert voor de natuurrechtsleer tot ongerijmdheden.

5. *Derde bezwaar tegen de natuurrechtsleer: De legitimerende werking van het natuurrecht*

Een ander argument van Kelsen tegen de natuurrechtsleer heeft een wat onduidelijke status: het hangt in tussen een immanente kritiek en een

³⁸ Klecatsky, *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, p. 25.

³⁹ Klecatsky, *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, p. 308 en 311.

rechtspolitiek verwijt. Het gaat erom dat de natuurrechtsleer, in tegenstelling tot haar pretenties (immanente kritiek), altijd de bestaande orde heeft gelegitimeerd, hoe onderdrukkend deze ook is geweest (het rechtspolitiek verwijt).

In *Naturrecht und positives Recht* schrijft hij dat de natuurrechtsleer een wezenlijk dualistisch systeem is, dat tot tegenspraken moet leiden (zie onder 4). Toch dringen die tegenspraken nooit tot het bewustzijn van natuurrechtsaanhangers door, schrijft hij. Hoe komt dat? Kelsen geeft daarvoor een politiek-psychologische verklaring, namelijk “dem theoretischen Ideal logischer Einheit wirkt hier ein praktisch/politisches Interesse entgegen, das stark genug ist, das theoretische Ideal überhaupt nicht ganz bewusst werden zu lassen”. Waar het namelijk voor de natuurrechtsleer op aankomt is het zekerstellen (*Sicherstellung*) en de legitimering van het positieve recht.⁴⁰ Ook wanneer men - hoewel dat onmogelijk is - het natuurrecht en het positieve recht in een soort delegatieverhouding tot elkaar wil stellen, dan is dat altijd om het positieve recht te legitimeren. “Das positive Recht wird so zu einer Art Realisierungsstufe des Naturrechtes und erhält auf diese Weise mit der ‘Geltung’ den Wert, den es an und für sich hat”.⁴¹

Hoe is het dan mogelijk dat de natuurrechtsleer de naam heeft een revolutionaire beweging te zijn? Kelsen verklaart dat uit de invloed van Bergbohms *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*. Daarin wordt namelijk de natuurrechtsleer beschuldigd van “subversive Konsequenzen in der Praxis”.⁴² Ook Friedrich Julius Stahl is verantwoordelijk voor de volgens Kelsen volkomen onjuiste opvatting dat het natuurrechtelijk denken revolutionaire trekken heeft. Zowel Bergbohm als Stahl hebben zich teveel georiënteerd aan het achttiende-eeuwse natuurrecht en men kan betwijfelen of de invloed daarvan zo groot is als bovengenoemde auteurs schijnen te denken.⁴³

⁴⁰ Klecatsky, *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, p. 2. Vgl. ook 313.

⁴¹ Klecatsky, *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, p. 233.

⁴² Klecatsky, *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, p. 238.

⁴³ Klecatsky, *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, p. 24.

6. *Vierde bezwaar tegen de natuurrechtsleer: het natuurrecht bestaat uit lege formules*

We moeten nu een bezwaar bezien dat een van de meest bekende kritiekpunten is die jegens de natuurrechtsleer in het geding zijn gebracht: namelijk dat het helemaal niet in staat is criteria aan te reiken die ons kunnen helpen het positieve recht op zijn rechtvaardigheidsgehalte te toetsen, omdat de natuurrechtsleer slechts inhoudsloze frasen produceert: “Leerformeln”. Het komt er dus op neer dat zelfs wanneer men die natuurrechtelijke beginselen zou accepteren als universeel geldig, dan nog heeft men aan die beginselen niets.

We vinden deze kritiek scherp geformuleerd in het opstel *Die Platonische Gerechtigkeit* (1933).⁴⁴ Plato, zo schrijft Kelsen, identificeert gerechtigheid met vergelding. Maar wat is daarmee bereikt? Men zou denken dat hij daarmee een antwoord heeft gegeven op de vraag wat gerechtigheid is, maar dat is toch onterecht. Dit antwoord is slechts een schijnantwoord:

Sie beschreibt im Grunde nur die tatsächliche Funktion des positiven Rechtes, das den Tatbestand des Unrechtes mit einem von dem Täter als Übel empfundenen Zwangsakt, mit der Unrechtsfolge verknüpft, sie spiegelt nur die äussere Struktur der gegebenen gesellschaftlichen Ordnung, die eine Zwangsordnung ist, und rechtfertigt sie, indem sie ihre Mechanik von Schuld und Strafe als einen Spezialfall jenes allgemeinen Gesetzes darstellt, das -als Wille der Gottheit- die Vergeltung ist.⁴⁵

De idee van de vergelding is even inhoudsloos als die van de gelijkheid, ja eigenlijk *is* deze niets anders dan gelijkheid. Er wordt namelijk niets anders gesteld dan dat kwaad met kwaad, goed met goed vergolden moet worden. Een antwoord op de vraag *wat* nu dat goede is kan men uit de dialogen van

⁴⁴ Vgl. tevens: Kelsen, *Die Illusion der Gerechtigkeit*, Eine kritische Untersuchung der Sozialphilosophie Platons, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 1985.

⁴⁵ Klecatsky, *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, p. 371.

Plato niet opmaken.

In een nog radicalere vorm wordt dit standpunt uitgewerkt in *Was ist Gerechtigkeit?* (1953). Kelsen schrijft daar:

Die Bestimmung der absoluten Werte im allgemeinen und die Definition der Gerechtigkeit im besonderen (...), erweisen sich alle als völlig leere Formeln, durch die jede beliebige gesellschaftliche Ordnung als gerecht gerechtfertigt werden kann.⁴⁶

Zo leert de rationalistische natuurrechtsleer, dat rechtvaardig is dat ieder het zijne krijgt. Maar deze formule is volledig inhoudsloos zolang onbeslist blijft waaruit dat “zijne” bestaat. “Daher ist das Prinzip ‘Jedem das Seine’ nur unter der Voraussetzung anwendbar, dass diese Frage schon vorher entschieden ist”. Een formule als “ieder het zijne” kan dan ook ter rechtvaardiging van elke willekeurige maatschappelijke ordening dienen, of het nu om een kapitalistische, een socialistische, een democratische of een autocratische gaat. In al deze ordeningen wordt aan ieder het zijne toebedeeld, zij het dan dat het “zijne” in al die ordeningen een andere inhoud heeft. “Ieder het zijne” als definitie van de gerechtigheid is dus volledig zonder betekenis.

Ook het gelijkheidsbeginsel, gelijkheid voor de wet, is een lege huls voor Kelsen. Het zegt alleen dat het recht toegepast moet worden volgens de regels die het zelf stelt en als criterium voor rechtvaardige beslissingen brengt het ons dus geen stap verder.⁴⁷

En wat te denken van het grondbeginsel dat men wel als de gouden regel aanduidt? Wat jij niet wilt dat jou geschiedt, doe dat ook een ander niet. Het probleem dat zich met dit beginsel al direct opdringt is: wat moet je doen met mensen die het schenden? Toepassing van het beginsel zou hier tot absurde consequenties voeren: “Niemand wünscht bestraft zu werden, auch wenn er ein Verbrechen begangen hat. Daher darf man - der Goldenen Regel zufolge - Verbrecher nicht bestrafen”.

⁴⁶ Kelsen, *Was ist Gerechtigkeit?*, Zweite Auflage, Franz Deuticke, Wien 1975 (eerste druk 1975), p. 26.

⁴⁷ Kelsen, *Was ist Gerechtigkeit?*, p. 26.

7. *Vijfde bezwaar tegen het natuurrecht: waardeoordelen als uitingen van gevoelens niet verifieerbaar*

We komen nu bij het laatste bezwaar van Kelsen tegen de natuurrechtsleer. Hij ziet wel dat de natuurrechtsleer ook inhoudelijke principes heeft aangedragen; dus niet alleen de “Leerformeln” waarvan hierboven sprake was. Maar ook die inhoudelijke beginselen brengen ons niet verder, meent Kelsen, omdat de geschiedenis uitwijst dat daarover geen enkele consensus bestaat. En dat is ook niet verbazingwekkend, want het gaat slechts om subjectieve uitingen van gevoelens waarvoor geen enkele redelijke argumentatie te geven is.

In het opstel *Was ist Gerechtigkeit?* wordt deze stelling op radicale manier geponeerd.⁴⁸ Hier stelt Kelsen dat een behoefte aan gerechtigheid alleen ontstaat waar belangentegenstellingen zich doen gevoelen. En een belangenconflict doet zich alleen daar voor waar het ene belang slechts ten koste van het andere belang kan prevaleren.

Is zo’n belangenconflict met redelijke middelen op te lossen? Kelsen is ervan overtuigd dat dit niet mogelijk is. Slechts een emotioneel oordeel is mogelijk, een oordeel dus dat sterk subjectief is. De vraag bijvoorbeeld of individuele vrijheid een hoogste waarde is, is iets waarover slechts een subjectief oordeel gegeven kan worden. Het is een geheel andere vraag dan of ijzer zwaarder is dan water of andersom. Bij die laatste oordelen gaat het om oordelen over de werkelijkheid, die geverifieerd kunnen worden door experimenten en geen waardeoordelen die niet geverifieerd kunnen worden. Het standpunt dat waardeoordelen slechts uitingen van emoties zijn en niet

⁴⁸ Vgl. Strauss, Leo, “What is political philosophy?”, in: *What is political philosophy and other studies*, The Free Press, Collier-Macmillan, New York London 1959, p. 22: “The rejection of value judgments is based on the assumption that the conflicts between different values or value-systems are essentially insoluble for human reason. This assumption, while generally taken to be sufficiently established, has never been proven. Its proof would require an effort of the magnitude of that which went into the conception and elaboration of the *Critique of Pure Reason*; it would require a comprehensive critique of evaluating reason. What we find in fact are sketchy observations which pretend to prove that this or that specific value conflict is insoluble”.

rationeel te rechtvaardigen werkt Kelsen ook uit onder verwijzing naar de doel-middel relatie.

Wanneer iets - bijvoorbeeld menselijk gedrag - alleen als middel tot een bepaald doel gerechtvaardigd is, dan doet zich de vraag voor of dat doel zich laat rechtvaardigen, schrijft hij. En dit moet ons tenslotte tot het aannemen van een hoogste doel brengen.

De vraag dringt zich dan op of dat laatste doel zich rationeel laat rechtvaardigen. Is dat mogelijk? Kelsen is ervan overtuigd dat dat niet kan. Rechtvaardiging is mogelijk door naar een hogere waarde te verwijzen, maar ergens moet dat ophouden. Absolute waarden, zo schrijft hij verder, zijn voor de menselijke geest onbereikbaar; voor de menselijke geest is altijd slechts een beperkte, een voorwaardelijke oplossing van het probleem van de gerechtigheid te bereiken.

Kortom, de natuurrechtsleer kan haar pretentie tot het vinden van bovenwillekeurige beginselen niet waarmaken: waardeoordelen zijn immers subjectief en als emanaties van gevoelens niet redelijk te rechtvaardigen.

II KRITIEK OP KELSENS ANALYSE VAN DE NATUURRECHTSLEER

8. *Beoordeling van Kelsens kritiek in het algemeen: de ideaaltypische methode*

Voordat we de punten waarop Kelsen de natuurrechtsleer bekritiseerd heeft afzonderlijk bekijken wil ik eerst een paar algemene opmerkingen maken over de wijze waarop hij het natuurrechtsbegrip omlijnt en de natuurrechtsleer typeert. Wanneer zich namelijk hier reeds problemen voordoen, dan zal dat *vitium originis* de overtuigingskracht van zijn verdere argumentatie natuurlijk beïnvloeden.

Ik denk inderdaad dat zich hier enige problemen voordoen. Een drietal punten zal ik nu aansnijden: allereerst Kelsens ideaaltypische methode, vervolgens de omlijning van het natuurrechtsbegrip waartoe hij komt en als derde zijn dualisme.

Ik begin met de *ideaaltypische methode*. Ik hoop duidelijk te maken dat deze methode het gevaar met zich meebrengt dat men onvoldoende recht doet aan de historische werkelijkheid van het natuurrecht.

Kelsen spreekt voortdurend over het “wahren Wesen der Naturrechtslehre”. Maar waar haalt hij dat “ware wezen” van de naturrechtsleer vandaan? Een ding is zeker: niet uit datgene wat zich historisch als naturrechtsdenken heeft gepresenteerd.

Helemaal vreemd is het dat wanneer Kelsen een tegenspraak constateert tussen zijn eigen constructie van de naturrechtsleer en de historische verschijningsvormen van deze rechtstheorie, hij niet de conclusie trekt dat er iets mis is met zijn theorievorming, nee, hij ziet dit opnieuw als een argument *tegen* de naturrechtsleer: “diese reine Idee des Naturrechtes” wordt door de aanhanger van het natuurrecht niet consequent doorgevoerd. Zo wordt de “historische naturrechtsleer” verweten dat deze zich niet zo gedraagt als in de boeken van Kelsen wordt beschreven:

Die Wirklichkeit des Naturrechtes, das ist das Naturrecht so wie es von der genannten Naturrechtslehre durch mehr als zwei Jahrtausende wirklich dargestellt wird, weicht von seinem hier gezeichneten Urbild ganz wesentlich ab.⁴⁹

Volkomen openlijk geeft hij toe: “Bei keinem irgendwie nahmhaften Vertreter der unter dem Namen der Naturrechtstheorie zusammengefassten wissenschaftlichen Richtungen ist sie zu finden”⁵⁰, als hij weer eens een bepaald kenmerk van de naturrechtsleer geïntroduceerd heeft. Kelsens kritiek heeft dus niet zozeer betrekking op het werk van levende of historische persoonlijkheden, maar op een “ware essentie” van het natuurrecht. Het is duidelijk dat dan het gevaar van een gevecht tegen windmolens of stromannen wel zeer voor de hand ligt.

En met ideaaltypen werkt Kelsen dan niet alleen bij zijn benadering van de naturrechtsleer maar ook als hij zijn typologie van levens- en wereldbeschouwingen ontwikkelt, waarop ik overigens niet in zal gaan. Ook daarvan zegt hij dat “keines der in der Geistesgeschichte wirklich auftretenden philosophischen Systeme sich ganz und restlos” laat invoegen

⁴⁹ Klecatsky, Marcic (René), Schambeck (Herbert), *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, 2 bnd., Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross, Europa Verlag, Wien 1968, p. 310.

⁵⁰ *O.c., L.c.*

in het door hem opgestelde schema. En hij vervolgt: “Das ist es ja, was die Methode der Idealtypen für manche so bedenklich erscheinen lässt”.

Ik kan niet anders dan dit laatste volkomen beamen. Natuurlijk is het zo dat elke theorievorming gebaseerd is op generalisatie. Dat geldt bijvoorbeeld ook voor Wilhelm Diltheys “Typologie der Weltanschauungen”.⁵¹ Ook kan men niet verwachten dat elk kenmerk van het natuurrecht dat in een theorie over het natuurrecht als kenmerkend wordt gezien bij elke individuele natuurrechtsdenker wordt aangetroffen. Zou het echter moeilijk worden om in de historische werkelijkheid materiaal te vinden waarop het kader van Kelsen van toepassing is, dan zijn er toch wel problemen aan de theorievorming te onderkennen.

9. *Het idee van de familiegelekenis*

De bestrijding van natuurrechtsopvattingen die heden ten dage niet veel aanhang meer vinden en het onaangeroerd laten van die opvattingen waartoe de natuurrechtsleer zich in de loop der eeuwen heeft geëvolueerd had Kelsen misschien kunnen vermijden.

Naar mijn idee had hij niet moeten proberen om de natuurrechtsleer te typeren aan de hand van een limitatieve lijst van kenmerken die bij alle natuurrechtsopvattingen te vinden zijn, maar had hij het natuurrechtelijk denken als een *traditie* moeten tekenen. Tegenwoordig zou men dit inzichtelijk kunnen maken aan de hand van de idee van de familiegelekenis: de natuurrechtsopvattingen vormen een familie, waarbij er, zoals dat ook met biologische families het geval is, niet één (set van) kenmerk(en) te geven is die bij alle familieleden afzonderlijk te vinden is.⁵²

Zou men de natuurrechtstraditie op deze manier typeren, dan is er ook ruimte voor de grote hoeveelheid niet-traditionele opvattingen van het natuurrecht en zou een eventuele weerlegging van die opvattingen veel

⁵¹ Vgl. Dilthey, Wilhelm, “Die Typen der Weltanschauung und ihre Ausbildung in den metaphysischen Systemen”, in: Dilthey, Wilhelm, *Weltanschauungslehre*, Abhandlungen zur Philosophie der Philosophie, Gesammelte Schriften, Band VIII, B.G. Teubner Verlagsgesellschaft, Van den Hoek & Ruprecht, Stuttgart Göttingen 1977.

⁵² Vgl. Wittgenstein, Ludwig, *Filosofische onderzoekingen*, Boom, Meppel 1976, p. 65 e.v.

overtuigender zijn dan het geval is met de wijze waarop Kelsen te werk gaat.

Deze niet-traditionele of niet met de Kelseniaanse “reine Idee” van het natuurrecht corresponderende opvattingen zijn er vele. Men kan denken aan die van Erich Jung, zoals verdedigd in zijn boek *Das Problem des natürlichen Rechts* (1912). Van een onveranderlijk en universeel geldig recht dat in een onveranderlijke of metafysische natuurlijke orde gegrond is, is geen sprake bij Jung. Het natuurrecht is bij hem gefundeerd in sociale feiten met een zekere mate van variabiliteit. Het natuurrecht ziet hij als een spontaan ontspringend recht dat onder bepaalde voorwaarden het positieve recht terzijde kan schuiven en aanvullen in het geval dat dit leemten vertoont. Het natuurlijk recht is niet met Gods vinger aan de hemel geschreven, wordt niet uit de menselijke natuur afgeleid, noch is het in de harten van de mensen gegrift; het is een recht, aldus Jung, dat “aus dem Gemeinschaftsleben und dem damit gegebenen Aufeinanderwirken der Zusammenlebenden sich entwickeln musste”.⁵³

Terwijl bij Jung geen sprake is van een onveranderlijke natuur waaruit het natuurrecht wordt afgeleid, is het bij Francois Génys weer zo dat het door hem ontwikkelde natuurrecht geen gelding heeft los van menselijke vormgeving (hetgeen Kelsen kenmerkend voor het natuurrechtelijk denken acht).

Génys wijkt af van de door Kelsen geschetste natuurrechtsleer voorzover hij een ‘minimum de droit naturel’ accepteert dat geen juridische gelding per se heeft.⁵⁴

Ook de overtuiging dat het bij natuurrechtelijke principes zou moeten gaan om volstrekt onveranderlijke beginselen is niet iets dat bij alle natuurrechtsopvattingen te vinden is. Men hoeft maar te denken aan Stammlers “natuurrecht met variabele inhoud”⁵⁵ en aan de existentialistische

⁵³ Vgl. (Eikema) Hommes, H.J. (van), “Problemen rond het natuurrechtsbegrip”, in: *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, Tijdschrift voor publiek- en privaatrecht, aflevering 1 1970, p. 27.

⁵⁴ (Eikema) Hommes, H.J. (van), “Problemen rond het natuurrechtsbegrip”, p. 28.

⁵⁵ Vgl. hierover ook: Pound, Roscoe, *Social control through law*, Archon Books 1986; Pound, Roscoe, “Natural natural law and positive natural law”, in: *Natural Law Forum*, Volume 5 (1960), pp. 70-82. Een sociologische “natuurrechtsopvatting” vindt men ook bij Cohen, Morris Raphael, *Reason and law*, studies in juristic philosophy, Greenwood Press Publishers, Westport, Connecticut 1972 (eerste druk 1950), waarop Prof. C.J.M. Schuyt

natuurrechtsopvattingen, zoals die van Werner Maihofer die een “existentieel Naturrecht” wil verdedigen. Overigens: zelfs in Thomistische kringen is men een natuurrecht met variabele inhoud gaan verdedigen, in ons land W.H.A. Jonkers in zijn proefschrift *Het subjectieve recht in het licht der gerechtigheid* (1962).

Zouden wij nu al deze natuurrechtelijke opvattingen uit moeten sluiten van de “reine Idee” van het natuurrecht en de natuurrechtsleer? Dat is wat Kelsen gedaan heeft. Maar is dat gelukkig?

Ik denk het niet. Allereerst al niet omdat in een groot aantal van de hier genoemde opvattingen de schrijvers zelf zich als deulitmakend van de natuurrechtelijke traditie presenteren. Een bepaald element of bepaalde elementen uit die traditie spreken hen aan en daarbij zoeken zij aansluiting. Moet men nu dergelijke auteurs buiten de traditie sluiten?

Deze vraag is ook het onderwerp geweest van een controverse tussen H.J. Van Eikema Hommes en G.E. Langemeijer. Afkeurend schrijft Hommes:

(..) velen noemen iedere opvatting die een bovenwillekeurige grondslag voor de positieve rechtsvorming aanvaardt, natuurrechtelijk, ook wanneer het gaat om materiële rechtsbeginselen, waarvan erkend wordt dat ze los van menselijke vormgeving geen juridische gelding bezitten.⁵⁶

Hij is van mening dat hierdoor veel te veel onder het natuurrecht zou komen te vallen en wil in zijn proefschrift *Een nieuwe herleving van het natuurrecht* (1961) het natuurrecht in “traditionele zin” omlijnen als:

het geheel van bovenpositieve (niet door menselijke rechtsvormende wilsverklaring tot stand gebrachte) onveranderlijke, universele en per se geldende rechtsnormen en eventueel natuurlijke rechten met daarmede correlate plichten, die rusten in een al of niet op goddelijke oorsprong teruggevoerde natuurlijke orde en door de mens op a-priorische wijze uit die natuurlijke orde met behulp van de natuurlijke rede worden afgeleid.⁵⁷

mij attendeerde tijdens een lezing voor het rechtsfilosofische dispuut Felix.

⁵⁶ (Eikema) Hommes, H.J. (van), “Problemen rond het natuurrechtsbegrip”, p. 28.

⁵⁷ (Eikema) Hommes, H.J. (van), *Een nieuwe herleving van het natuurrecht*, W.E.J. Tjeenk

Langemeijer heeft in een voordracht *De bruikbaarheid van de term "natuurrecht"* (1965) deze enge benadering terecht bekritiseerd. Langemeijer geeft weliswaar toe dat het natuurrechtsbegrip van Hommes "ideaaltypisch uit de grondgedachte van de natuurrechtsleer" voortvloeit, maar wijst er tevens op dat het begrip innerlijke spanningen vertoont, omdat de begrenzing te eng is. Tevens stelt Langemeijer voor de kenmerken van onveranderlijkheid en algemeen-geldigheid niet strikt te handhaven.

De voordelen hiervan zijn duidelijk. Men perst dan de traditie niet in een ideaaltypisch keurslijf en voert geen schijngevecht tegen een natuurrechtsleer die geen aanhang (meer) vindt.

Dat Hommes zich wat betreft zijn natuurrechtsbegrip overigens geheel aan Kelsen refereert blijkt uit zijn *Problemen rond het natuurrechtsbegrip* (1970) waarin hij erop wijst dat "de grote bestrijders van de natuurrechtsidee, Bergbohm en Kelsen, precies hetzelfde traditionele natuurrechtsbegrip op het oog hadden" als door hem verdedigd werd.⁵⁸ Hij wijst erop dat vooral Viktor Cathrein in zijn boek *Recht, Naturrecht und positives Recht* (1901) het natuurrecht in de traditionele vorm verdedigd heeft, iets dat naar mijn idee weinig betekenis heeft omdat Cathrein eerder als een van de laatste der Mohikanen kan gelden dan als toonaangevend voor de moderne natuurrechtsopvattingen.

10. *Beoordeling van Kelsens kritiek in het algemeen: het absolutistisch natuurrechtsbegrip*

Het feit dat moderne natuurrechtsopvattingen overigens niet of minder getroffen worden door Kelsens kritiek is natuurlijk begrijpelijk. Geen enkele natuurrechtsaanhanger kon aan zijn kritiek voorbij gaan en zo heeft hij zijns ondanks bijgedragen tot een geamendeerde, een van tegenstrijdigheden gezuiverde, natuurrechtsleer. De natuurrechtstheorie blijft daarmee voortdurend in beweging. Terecht schrijft Lord Lloyd of Hampstead: "The expression 'natural law' has continuity but this does not mean that the

Willink, Zwolle 1961, p. 65.

⁵⁸ (Eikema) Hommes, H.J. (van), "Problemen rond het natuurrechtsbegrip", pp. 26-48.

concept has remained static. It has had very different meanings and has served entirely different purposes”.⁵⁹ Ook Perelman wijst erop dat het huidige natuurrecht een ander karakter heeft dan de door Kelsen bekritiseerde absolutistische rechtstheorie:

C'est un fait également, contrairement aux thèses positivistes, que dans les décisions judiciaires, des notions sont introduites qui relèvent de la morale; certaines ont été fondées, dans le passé, sur le droit naturel, que l'on considère plus modestement aujourd'hui comme conformes aux principes généraux du droit.⁶⁰

Dit “meer bescheiden” natuurrechtelijke denken heeft zich niet alleen doorgezet in de theorievorming, maar ook in de rechtspraktijk.⁶¹ Na de Tweede Wereldoorlog en na het proces van Neurenberg doen de rechtbanken steeds vaker een beroep op algemene rechtsbeginselen, die gemeenschappelijk zijn voor alle beschaafde volkeren, aldus Perelman in zijn *Juridische logica als leer van de argumentatie*.⁶² Als voorbeelden van dat soort beginselen noemt hij het *nullum crimen, sine lege*-principe en het *audiatur et altera pars*-beginsel. Bij deze beginselen gaat het niet om een willekeurige schepping, ook niet om een eenvoudige vaststelling, maar om een tussensituatie.⁶³

Ook Dennis Lloyd schrijft dat

there are cases where a legal system may invoke ‘natural justice’; for

⁵⁹ Lord Lloyd of Hampstead and M.D.A. Freeman, *Lloyd's introduction to jurisprudence*, fifth edition, Stevens & Sons, London 1985 (eerste druk 1959), p. 92.

⁶⁰ Perelman, Chaïm, *Droit, morale et philosophie*, préface de Michel Villey, 2e édition revue et augmentée, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris 1976, p. 159.

⁶¹ Vgl. hierover: Abraham, Henry J., *The judicial process*, An introductory analysis of the courts of the United States, England and France, Fifth edition, Oxford University Press, New York Oxford 1986 (eerste druk 1962), p. 7 en D'Entrèves, *Natural law*, p. 96.

⁶² Perelman, Chaïm, *Juridische logica als leer van de argumentatie*, Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, Antwerpen/Amsterdam, p. 113.

⁶³ Perelman, *Juridische logica als leer van de argumentatie*, p. 118.

instance, English law may set aside a decision of a domestic tribunal (...) if the decision is contrary to natural justice, or may refuse to enforce a foreign judgement on this account.⁶⁴

Hoe moeten wij een dergelijke situatie typeren met het begrippenapparaat van Kelsen? Kennelijk wordt hier een beroep gedaan op iets natuurrechtelijks, maar, zo schrijft Lloyd terecht, “such rules do not necessarily presuppose the existence of a higher law either to explain or justify the attitude of English law, which is entitled to and does form its own view of what justice requires”.⁶⁵

De vraag die zich dan opdringt is of het mogelijk is een dergelijke ondogmatische, of zoals Perelman zegt, bescheiden, natuurrechtsleer te verdedigen die niet getroffen wordt door Kelsens kritiek.

Ik denk inderdaad dat zo'n natuurrechtsleer mogelijk is (zij het dan dat ik de term “natuurrecht” zou willen laten vallen) en we zullen zien dat de contouren daarvan vanzelf oprijzen, wanneer we proberen bepaalde elementen van Kelsens kritiek op de absolutistische natuurrechtsleer te verwerken zonder de juiste kern van de natuurrechtelijke inspiratie prijs te geven. Die juiste kern van de natuurrechtsleer lijkt mij dan daarin te liggen dat men oog heeft voor het feit dat niet alle recht ethisch gelijkwaardig is, maar dat er in de rechtsorde bepaalde beginselen zijn aan te wijzen die als de normatieve grondslag voor die orde kunnen gelden: rechtsbeginselen.

Rechtsbeginselen zijn in zoverre *natuurrecht*, dat ze niet bewust door mensen zijn uitgedacht of gemaakt en ze ook niet naar willekeur terzijde geschoven kunnen worden. In het vervolg van dit boek zal ik deze gedachte verder uitwerken.

11. *Beoordeling van Kelsens kritiek in het algemeen (vervolg): Kelsens dualisme*

Men kan zich afvragen hoe het toch mogelijk is dat Kelsen tot zo'n absolutistische stellingname met betrekking tot de natuurrechtsleer komt. Ik

⁶⁴ Lloyd, Dennis, *The idea of law*, Penguin Books, Harmondsworth 1981 (eerste druk 1964), p. 92.

⁶⁵ Lloyd, *The idea of law*, p. 92.

denk dat dit te maken heeft met wat Perelman wel het “intransigent dualisme”⁶⁶ van Kelsen heeft genoemd.

Kelsen oppose d’un part, l’être au devoir-être, la réalité à la valeur, la connaissance à la volonté (et conjointement les sciences de la nature aux sciences de l’esprit, la nature à la société, ainsi que la causalité à l’imputabilité) et de l’autre, le droit à la morale, et le droit positif au droit naturel.⁶⁷

Voordat we overgaan tot een waardering van Kelsens bezwaren tegen de natuurrechtsleer is het misschien verhelderend eerst iets langer stil te staan bij dit typisch Kelseniaans dualisme en dan met name bij de strenge scheiding die hij maakt tussen het “natuurlijk” gegeven en datgene dat door mensen is “gemaakt”.⁶⁸

We hebben gezien dat van de vele betekenissen die het woord “natuur” heeft Kelsen benadrukt dat het gaat om iets dat radicaal tegengesteld is aan wat door mensen is gemaakt. Onder een natuurlijke ordening, de ordening waarop de natuurrechtsleer zich beroept, wordt verstaan een ordening die niet op de menselijke wil berust, die niet willekeurig is in tegenstelling tot het positieve recht dat terug te voeren valt op een subjectief-menselijk wilsbesluit.

Maar is het nodig de werkelijkheid in dit keurslijf te persen? Is deze dichotomie zo absoluut noodzakelijk als Kelsen ons wil doen voorkomen? Ik denk dat het heilig geloof van het rechtspositivisme in de noodzaak van het streng handhaven van dit onderscheid een belangrijk obstakel is voor een beter begrip van het verschijnsel recht. Dit is ook heel scherp ingezien

⁶⁶ Perelman, Chaïm, *Droit, morale et philosophie*, préface de Michel Villey, 2e édition revue et augmentée, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris 1976, p. 157. Vgl. tevens Del Vecchio over de Reine Rechtslehre: Del Vecchio, Giorgio, *Lezioni di filosofia del diritto*, XIII edizione riveduta, Dott. A. Giuffrè, Milano 1965 (eerste druk 1930), p. 158: “Caratteristica di tale teorie è la repulsa di ogni dualismo nel campo del diritto (..)”.

⁶⁷ *O.c., l.c.*

⁶⁸ Vgl. hierover ook: Cornford, F.M., *Before and after Socrates*, Cambridge University Press, London 1976 (eerste druk 1932), p. 42 e.v. Het onderscheid werd duidelijk gemaakt door de sofist Antiphon. Vgl. Stone, I.F., *The trial of Socrates*, Boston Toronto 1988, p. 44.

door twee denkers, waarbij vooral de laatste de defecten van het rechtspositivisme in dit opzicht nog recentelijk heeft benadrukt: Lon Fuller en Friedrich Hayek.

Ik zal nu op de opvattingen van Hayek iets nader ingaan. Hayeks opvattingen over recht hebben een voorlopige voltooiing gekregen in zijn driedelige serie *Law, Legislation and Liberty* (1973-1979), waarvan eigenlijk de hoofdgedachte te vinden is in zijn opstel *The results of human action but not of design*.⁶⁹

Hayek stelt dat het geloof in de superioriteit van overwogen constructie en planning (*deliberate design and planning*) boven de spontane krachten in de maatschappij met het constructivistisch denken van Descartes zijn intrede doet in de Europese cultuur. Descartes weigerde als waar te beschouwen wat niet logisch afgeleid kon worden van premissen die hij als helder en onderscheiden boven alle twijfel verheven hield.⁷⁰ Elke vorm van orde is een orde die door de menselijke geest als zodanig herkend kan worden. Hayek is het met deze visie oneens:

the basic assumption underlying the belief that man has achieved mastery of his surroundings mainly through his capacity for logical deductions from explicit premises is factually false.

Een groot gedeelte van de instituties in de maatschappij die een onontbeerlijke voorwaarde zijn voor een succesvol nastreven van onze bewuste doelstellingen zijn het resultaat van “customs, habits or practices which have been neither invented nor are observed with any such purpose in view”. Volledige rationaliteit in de Cartesiaanse zin zou een volledig overzicht en volledige kennis vergen van alle relevante feiten. Een ontwerper of ingenieur heeft alle gegevens nodig en de volledige macht daarover om te kunnen beheersen (control) en manipuleren (manipulate) en

⁶⁹ In: Hayek, F.A., *Studies in philosophy, politics and economics*, The University of Chicago Press, Chicago 1967, pp. 96-106.

⁷⁰ Hayek, F.A., *Law, legislation and liberty*, A new statement of the liberal principles of justice and political economy, Complete edition in new one-volume paperback, Routledge & Kegan Paul, London Melbourne and Henley 1982, p. 10.

het gewenste resultaat te kunnen bereiken. Maar ligt dat in de maatschappij ook zo?⁷¹ Hayek is ervan overtuigd dat zulks niet het geval is: “The success of action in society depends on more particular facts than anyone can possibly know.” Het Cartesiaans constructivisme lijdt aan wat men zou kunnen noemen de “Synoptic delusion”: de fictie dat alle relevante feiten bekend kunnen zijn aan één intellect. Natuurlijk is dat voor bepaalde eenvoudige systemen mogelijk, maar voor het grote systeem van de maatschappij is dat volstrekt ónmogelijk. Dit is reeds helder onder woorden gebracht door Adam Smith in zijn *The theory of moral sentiments* (1759).⁷²

Hayek gaat in *Law legislation and liberty* ook in op de historische wortels van het constructivisme. Het onbegrip van Kelsen en andere positivisten voor het evolutionaire, spontane karakter van bepaalde ordeningen (waaronder de rechtsorde) brengt hij in verband met een “much older erroneous dichotomy which derives from the ancient Greeks” die hij ziet als “the greatest obstacle to a proper understanding of the distinct task of both social theory and social policy”. Hayek doelt op de misleidende onderscheiding van alle verschijnselen in hetzij “natuurlijk”, hetzij “kunstmatig” (*natural and artificial*).⁷³

We hebben hiervoor gezien dat dit onderscheid inderdaad ten grondslag ligt aan de manier waarop Kelsen de natuurrechtsleer van het rechtspositivisme afbakent. Bij het natuurrecht immers ging het om een “System von Normen (...) die - zum Unterschied von denen des positiven Rechtes - nicht ‘künstlich, durch menschliche Tat, ‘gesetzt’, sondern ‘natürlich’ gegeben sind, weil sie aus der Natur, aus Gott, aus der Vernunft oder aus einem ähnlichen objektiven Prinzipie sich ergeben”. De “natuur” wordt dan door Kelsen als een volstrekt onveranderlijke zijnsfeer onderscheiden van de producten van menselijke makelij die variabel zijn.

Het is *dit* onderscheid dat Hayek misleidend acht. Het is overigens al oud. Reeds bij de Sofisten vinden we het. Zij meenden dat van alle instituties gevraagd kon worden of het iets van nature (*phusei*) was of dat het aan overeenstemming (*thesei of nomoi*) zijn bestaan ontleende.

⁷¹ Hayek, *Law, legislation and liberty*, p. 12.

⁷² Hayek, *Law, legislation and liberty*, p. 35.

⁷³ Hayek, *Studies in philosophy, politics, and economics*, p. 96.

Waarom is dat onderscheid misleidend? Het is misleidend om de volgende reden:

because those terms make it possible to include a large and distinct group of phenomena either under the one or the other two terms, according as to which of two possible definitions is adopted that were never clearly distinguished and are to the present day constantly confused.⁷⁴

Hayek geeft in zijn werk vele voorbeelden van ordeningen die niet berusten op menselijke constructie. Men kan denken aan de taal.⁷⁵ Deze heeft een zeer complexe grammaticale structuur: woorden moeten consistent gebruikt worden, de taalgebruikers moeten de betekenis van de woorden hanteren overeenkomstig het heersend taalgebruik enz. Toch zal niemand willen beweren dat taal het product is van constructie of uitvinding door een rationeel denkend wezen. Een orde zoals die van de taal is eenvoudigweg gegroeid en heeft zich bewezen omdat zij nuttig bleek.⁷⁶ Ook dierensamenlevingen vormen een mooi voorbeeld van ordeningen die niet “bedacht” zijn. Men kan denken aan de complexe manier van samenleven van bijen of van termieten, die door hun arbeidsverdeling, verdediging tegen vijandelijke aanvallen e.d. een bijzonder ordelijke indruk maken. Maar wie zou willen beweren dat deze orde te danken is aan het feit dat elke afzonderlijke bij of termiet weet hoe zijn gedrag bijdraagt tot het grotere geheel?⁷⁷

⁷⁴ Hayek, *Studies in philosophy, politics, and economics*, p. 20.

⁷⁵ Een voorbeeld dat we overigens bij vele conservatieven aantreffen. Bijvoorbeeld bij De Bonald. Vgl. Thonnard, F.-J., *Précis d'histoire de la philosophie*, 5e Edition, revue et corrigée, Société de S. Jean l'évangéliste, Desclée & Cie, Editeurs Pontificaux, Paris Tournai Rome 1966, p. 681. Ook Maistre wijst in dit opzicht op de taal. Niemand komt op het idee om een taal te gaan maken. De taal komt in het leven doordat generaties lang men bepaalde gewoonten conserveert. “Yet, the outcome is a masterpiece of orderly cohesion”, zoals Talmon de opvattingen van Maistre parafraseert. Vgl. Talmon, J.L., *Political messianism, The romantic phase*, Secker & Warburg, London 1960, p. 300.

⁷⁶ Vgl. hierover ook: Flew, Anthony, *David Hume, Philosopher of moral science*, Basil Blackwell, Oxford 1986, p. 156 e.v.

⁷⁷ Vgl. voor een beknopte samenvatting van Hayeks ideeën over een “order without

Ook in het alledaagse leven is dit verschijnsel bekend: een voetpad kan zich vormen omdat verschillende mensen in het spoor van hun voorganger lopen. Dat maakt het lopen eenvoudiger en is dus louter zelfzuchtig gedrag. Maar na verloop van tijd heeft zich een pad gevormd “which eases the journey of everyone in the future”.⁷⁸

Dat deze kwestie ook van belang is voor de natuurrechtsleer vinden we in Hayeks *Law, legislation and liberty*. Hij gaat daar in op de geschiedenis van het begrip “naturalis”.

In de twaalfde eeuw brachten schrijvers onder “naturalis” al datgene wat niet het product was van menselijke uitvinding (*invention*) of weloverwogen makelij (*deliberate creation*). En na verloop van tijd kwam men steeds meer tot het inzicht dat een groot aantal sociale verschijnselen in deze derde classe van “resultaat van menselijk handelen maar niet van ontwerp” (Ferguson) geplaatst moesten worden.⁷⁹ Luis Molina stelde bijvoorbeeld dat de “natuurlijke prijs” zo moest worden genoemd omdat:

It results from the thing itself without regard to laws and decrees, but is dependent on many circumstances which alter it, such as the sentiments of men, their estimation of different uses, often even in consequence of whims and pleasures.⁸⁰

Ook Bernard Mandeville en David Hume was dit principe bekend, waarbij zij waarschijnlijk werden geïnspireerd door de Engelse common-law traditie: “It came increasingly to be seen that the formation of regular patterns in human relations that were not the conscious aim of human actions raised a problem which required the development of a systematic social theory”,

commands”: Butler, Eamonn, *Hayek*, His contribution to the political and economic thought of our time, Temple Smith, London 1983, p. 15 en verder: Gray, John, *Hayek on liberty*, Basill Blackwell 1986 (eerste druk 1984), in het bijzonder hoofdstuk 2.

⁷⁸ Butler, *Hayek*, p. 17.

⁷⁹ Hayek, F.A., *Law, legislation and liberty*, A new statement of the liberal principles of justice and political economy, Complete edition in new one-volume paperback, Routledge & Kegan Paul, London Melbourne and Henley 1982, p. 21.

⁸⁰ Hayek, *Law, legislation and liberty*, p. 21.

schrijft Hayek.⁸¹ En na Mandeville en Hume waren het conservatieven als Burke, Von Humboldt, Von Savigny, Maine, en Menger die deze gedachte uitwerkten. Kortom, lang voor Darwin en de evolutietheorie.

Pas in de Verlichtingsperiode werd het Cartesiaans constructivisme weer opgenomen, waarbij Voltaire de uiterst karakteristieke opmerking maakte: “Voulez-vous avoir de bonnes lois? Brûlez les vôtres et faites nouvelles”.⁸²

Kenmerkend voor deze periode was de onwil om gedragsregels als bindend te erkennen, waarvan de rechtvaardiging niet rationeel aangetoond kon worden. Het is een traditie die in het modern positivisme wordt voortgezet waarin men van ons vraagt ons te bevrijden “from any kind of rules to which we have been conditioned through experience and traditions”⁸³ (Reichenbach).

Het is duidelijk dat die positivistische traditie, waarin alle normen, waarden en menselijke instituties worden teruggevoerd op een individuele wil en rationele constructie geen enkel licht kan laten schijnen op de wijze waarop een cultuur gestalte krijgt. Symptomatisch in dit verband is ook Schlicks minachting voor cultuurfilosofie:

Kulturphilosophie ist heute ein Ausweg für schlechte Philosophen, die gleich Doktoranden, denen ein Thema fehlt, verzweifelt nach einem Eckchen des wissens suchen, das von den grossen Denkern der Vergangenheit vergessen wurde.⁸⁴

In het hiernavolgende zal ik laten zien dat het onderscheid tussen het natuurlijk gegevene en het bewust gemaakte dat ook door Kelsen gehanteerd wordt als de enig mogelijke manier om de werkelijkheid te benaderen een fnuikende rol gespeeld heeft in de rechtstheorie. Het is

⁸¹ Hayek, *Law, legislation and liberty*, p. 22.

⁸² Hayek, *Law, legislation and liberty*, p. 54. Vgl. hierover ook: Lokin, J.H.A., & Zwolve, W.J., *Hoofdstukken uit de Europese codificatiegeschiedenis*, Wolters-Noordhoff/Forsten, Groningen 1986, p. 153.

⁸³ Hayek, *Law, legislation and liberty*, p. 25.

⁸⁴ Geciteerd bij Lemaire, Ton, *Over de waarde van kulturen*, Een inleiding in de cultuurfilosofie, derde druk, Ambo boeken, Baarn 1976, p. 16.

vooral dit onderscheid dat de waarneming van rechtspositivistisch georiënteerde auteurs zo vervormd heeft dat men totaal geen oog heeft voor de natuur van rechtsbeginselen.

Rechtsbeginselen zijn geen natuurrechtelijke absolute en universeel geldige principes, zoals in Kelsens “reine Idee”, van het natuurrecht geleerd wordt. Maar evenmin zijn het volstrekt willekeurige en voortdurend veranderende en door doelbewuste menselijke schepping gemaakte juridische constructies. Rechtsbeginselen zijn, in tegenstelling tot dat deel van de rechtsstof dat we als rechtsregels aanduiden, “the results of human action but not of human design”, om maar weer met de woorden van Ferguson te spreken.

Wat moeten we ons daarbij voorstellen, bij die “results of human action but not of design”?

In het opstel met de gelijknamige titel *The results of human action but not of design* wijst Hayek erop dat de termen *natuurlijk* en *kunstmatig* gebruikt konden worden om het contrast aan te geven tussen iets dat onafhankelijk van menselijk handelen bestaat en iets dat het resultaat was van menselijk handelen; ook kon men het onderscheid gebruiken “to describe the contrast between something which had come about without, and something which had come about as a result of, human design”. Zo kon het voorkomen dat al die instituties die Adam Ferguson had aangewezen als “due to human action but not to human design” hetzij als natuurlijk, hetzij als kunstmatig geklassificeerd moesten worden. Weinig denkers leken in te zien, schrijft Hayek, dat er nog andere indelingen mogelijk waren: “it (...) never became clear that what was really required was a threefold division” waarbij plaats gemaakt zou moeten worden voor een “distinct middle category comprising all those unintended patterns and regularities which we find to exist in human society and which it is the task of social theory to explain”.⁸⁵

Maar welke term zouden we moeten hanteren om die verschijnselen aan te duiden?

Men hanteerde traditioneel de term “natuurlijk” of “organisch” “to refer to the spontaneously grown in contrast to the invented or designed”, maar met het constructivisme van Descartes werd de term “natuurlijk” al snel gebruikt als aanduiding voor “the product of designing reason”.

⁸⁵ Hayek, F.A., *Studies in philosophy, politics, and economics*, The University of Chicago Press 1980 (eerste druk 1967), p. 97.

Vooral door Bernard Mandeville, Hume, Tucker, Ferguson en Adam Smith is er toen een antirationalistische reactie ingezet.

Smiths tijdgenoot Tucker zag zeer duidelijk dat

institutions had developed by a process of the elimination of the less effective which did bring about a reconciliation of the divergent interests.⁸⁶

Het is duidelijk dat deze manier van denken geheel antithetisch staat op het rechtspositivisme van Kelsen.

De “natuur” wordt door hem verstaan als een onveranderlijke, universeel geldige zijnsfeer, niet als een spontaan gegroeide orde. Je zou kunnen zeggen dat Kelsen de natuur beschouwt zoals Descartes en de door het Cartesiaans constructivisme geïnspireerde Verlichtingsfilosofen. Omdat Kelsen zo sterk gepreoccupeerd is door de dichotomie van een volstrekt veranderlijke, op willekeur gebaseerde en door mensen gemaakte ordening enerzijds en een onveranderlijke, metafysische orde anderzijds, is het begrijpelijk dat hij wel het standpunt moet verdedigen dat een “consequente” vorm van natuurrechtelijk denken uiteindelijk tot het aannemen van een bestaan van God moet komen. Immers Kelsen kent geen andere orde dan een bewust gecreëerde orde en als men dus in de natuur een orde meent te ontwaren die niet door mensen gemaakt is, moet deze orde wel door een ander intellect bewust zijn gecreëerd. We moeten goed begrijpen dat de claim die door Kelsen gemaakt wordt een vergaande is: hij stelt niet alleen dat het natuurrecht historisch voortgesproten is uit een religieus gekleurd wereldbeeld (iets dat gemakkelijk aan te tonen zou zijn), maar hij spreekt van een logisch noodzakelijke koppeling van theïsme en natuurrechtsleer. Deze koppeling van natuurrechtsleer en theïsme is zo karakteristiek voor Kelsen en werpt zoveel licht op zijn manier van denken dat het verantwoord is hier iets langer bij stil te staan. Wat ik zal proberen aan te tonen is dat Kelsen op grond van zijn rigide onderscheid tussen natuur en cultuur gedwongen is een koppeling te maken tussen natuurrechtsleer en theïsme.⁸⁷

⁸⁶ Hayek, *Studies in philosophy, politics, and economics*, p. 100.

⁸⁷ Vgl. hierover: Cliteur, P., “Over Kelsen, godsbewijzen en de sociale orde”, in: *Staatkundig jaarboek 1987*, A.W. Heringa, R.E. de Winter, W.J. Witteveen (red.), Ars Aequi

12. *De relatie natuurrechtsleer en theïsme*

Over de relatie van natuurrechtsleer en theïsme heeft Kelsen zich in een opstel uit 1963 expliciet uitgelaten: *Die Grundlagen der Naturrechtslehre*. Het gaat hier om een lezing voor “Anhängern der Naturrechtslehre”, zoals ons in de inleiding wordt meegedeeld, waarbij hij zich de volgende vraag stelt:

unter welchen Voraussetzungen allein mann die Geltung eines ewigen, unveränderlichen, der Natur immanenten Rechts annehmen kann.⁸⁸

Dit, zo zegt Kelsen dan, is slechts mogelijk onder één vooronderstelling, enwel: “Der Glaube an eine gerechte Gottheit, deren Wille der von ihr geschaffenen Natur nicht transzendent, sondern auch immanent ist.”

Dit ziet hij als de vooronderstelling, ja zelfs de “wesentliche und unvermeidliche Voraussetzung einer echten Naturrechtslehre”.⁸⁹

Uit dat woordje “echte” blijkt al dat het Kelsen niet te doen is om een historisch onderzoek naar de natuurrechtsleer. Natuurlijk is het hem bekend dat vele aanhangers van de natuurrechtsleer het natuurrecht zien als iets dat onafhankelijk van een goddelijke schepper kan bestaan, maar Kelsens antwoord daarop is dat deze natuurrechtsaanhangers de consequenties van hun eigen benadering onvoldoende doordacht hebben.⁹⁰

Zijn argumenten voor de koppeling van natuurrechtsleer en theïsme laten zich samenvatten in een tweetal punten: allereerst wil hij aannemelijk maken

Libri, Nijmegen 1987.

⁸⁸ Klecatsky, Marcic (René), Schambeck (Herbert), *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, 2 bnd., Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross, Europa Verlag, Wien 1968, p. 869.

⁸⁹ Klecatsky, *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, p. 869.

⁹⁰ Vgl. ook: Scheltens D.F., *Inleiding tot de wijsbegeerte van het recht*, Alphen aan den Rijn/Brussel 1983, p. 68 e.v. end Ayer, Alfred, *The central questions of philosophy*, Penguin Books, Harmondsworth, 1976, p. 225.

dat de natuurrechtsleer die naar zijn overtuiging uitgaat van het bestaan van absolute normen en absolute gerechtigheid tot een *absolute oorsprong* van die normen moet komen, terwijl hij als tweede argument voor de koppeling van natuurrechtsleer en theïsme aandraagt dat de natuurrechtsleer die in zijn teleologische variant uitgaat van een objectieve ordening in de natuur een *ordenaar* vooronderstelt.

We zullen beginnen met het eerste argument. Ten grondslag hieraan ligt Kelsens analyse van de rechtsnorm. Een norm, zo schrijft hij in de *Reine Rechtslehre*, geeft aan “dass etwas sein oder geschehen, insbesondere dass sich ein Mensch in bestimmter Weise verhalten *soll*”.⁹¹ Normen zijn “Willensakte”. Willen en Moeten zijn intrinsiek op elkaar betrokken: “Derjenige, der gebietet oder ermächtigt, will, derjenige, an den das Gebot gerichtet ist oder dem die Erlaubnis oder Ermächtigung gegeben wird, *soll*”.⁹² Het onderscheid tussen Sein en Sollen is daarmee dan ook geïntroduceerd, want de norm is een Sollen, de wilsakt die de norm stelt een Sein. Het onderscheid tussen Sein en Sollen kan niet verder verklaard worden, aldus Kelsen: “Er ist unserem Bewusstsein unmittelbar gegeben”.⁹³

Nu bestaat het recht uit normen. Talig manifesteert zich dat in de uitdrukking van een “Soll-satz”.⁹⁴ De zin daarvan is het voorschrijven van bepaald gedrag en “Vorschreibung” dient men zeer goed te onderscheiden van “Beschreibung”. Bij de norm gaat men van de ene wil naar de andere, bij een uitspraak in de zin van een beschrijving gaat men van het denken van de een naar het denken van de ander. Van normen kan ook niet gezegd worden dat ze waar zijn of niet (zoals bij beschrijvingen) maar een norm geldt of geldt niet.

Treffen we dus ergens normen aan dan moet er altijd een wil aan ten

⁹¹ Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Mit einem Anhang: *Das Problem der Gerechtigkeit*, Zweite vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage 1960, Unveränderter Nachdruck 1976, Verlag Franz Deuticke, Wien 1976, p. 4.

⁹² Kelsen, *Reine Rechtslehre*, p. 5.

⁹³ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, p. 5. Voor het begrip “Sollen” geldt hetzelfde als wat G.E. Moore opmerkt over “goed” (“‘good’ is a simple notion just as ‘yellow’ is a simple notion”) aldus Kelsen. Het gaat om een enkelvoudig begrip dat niet verder definieerbaar en analyseerbaar is.

⁹⁴ Klecatsky, *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, p. 870.

grondslag liggen. Normen kunnen nooit worden afgeleid uit feiten op grond van het dualisme van norm en uitspraak, Sollen en Sein, Wollen en Denken. Maar wat leert de natuurrechtsleer? Deze leert “die Geltung von Normen, die nicht der Sinn von menschlichen Willensakten sind”.⁹⁵ En men hoopt daarmee te vermijden dat de waarden die deze normen constitueren willekeurig, subjectief en relatief zijn, zoals dat het geval is met normen die door mensen zijn gesteld. Wat betreft het *zijn* waaruit de natuurrechtsleer normen pleegt af te leiden kan het dan gaan om de omstandigheden waaronder de mens leeft, de natuur van de mens zelf, de menselijke rede of een buiten de mens gelegen natuur. Men gaat hierbij uit van “die Immanenz eines Sollens im Sein”.⁹⁶

Waarom moet een dergelijke rechtsbeschouwing nu uitkomen bij een schepper? Omdat men weliswaar kan aannemen dat “Normen nicht notwendig der Sinn menschlicher Willensakte sein müssen”, maar men nooit kan stellen “dass es Normen gibt, die nicht der Sinn eines Willensaktes, wenn auch nicht gerade eines menschlichen Willensaktes, sind”.⁹⁷ Anders gezegd: aan een natuur waaraan normen immanent zijn moet ook een wil immanent zijn waarvan die normen de zin zijn. En waar kan een dergelijke wil vandaan komen? Het moet dan wel gaan om een animistisch geloof in een “Wille in der Natur” of het gaat om “der Wille Gottes in der von ihm geschaffenen Natur”.⁹⁸

Kelsen illustreert de door hem verdedigde stelling ook aan de hand van het onderscheid tussen relatieve gerechtigheid en absolute gerechtigheid.

Hij stelt dat het onderscheid tussen rechtspositivisme en natuurrechtsleer onder andere daarin gezocht moet worden dat de ene theorie uitgaat van een relatieve gerechtigheid, terwijl de andere de mogelijkheid van een absolute gerechtigheid proclameert. Wanneer een bepaalde norm optreedt met de pretentie de alleen geldige te zijn dan zou in die norm absolute gerechtigheid verwerkelijkt zijn. De natuurrechtsleer gaat uit van het bestaan van dergelijke normen, terwijl het rechtspositivisme leert dat gerechtigheid niet anders dan

⁹⁵ Klecatsky, *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, p. 873.

⁹⁶ Klecatsky, *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, p. 874.

⁹⁷ Klecatsky, *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, p. 874.

⁹⁸ Klecatsky, *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, p. 874.

relatieve gerechtigheid kan zijn.

De vraag is dan: waar kan zo'n absoluut geldige norm vandaan komen? Kelsen is van mening dat deze "nur von einer transzendenten Autorität" kan uitgaan.⁹⁹

Samenvattend kunnen we dus zeggen: normen zijn voorschriften die altijd iemand vooronderstellen die de voorschriften uitvaardigt, die deze "wil". Mensen kunnen alleen relatieve normen stellen, normen die niet absoluut en objectief geldig zijn. Zou men dan ook aannemen dat er absolute normen bestaan - hetgeen de natuurrechtsleer doet - dan moet men die normen wel op een hogere wil terugvoeren dan die van de mens en dat is de wil van God.

Maar nu ziet ook Kelsen wel dat de natuurrechtsleer zich zelden op een manier presenteert als hierboven beschreven wordt. Veelal worden die absolute waarden gepresenteerd als objectieve doeleinden die inherent zouden zijn aan de natuur. De natuurrechtsleer die daarvan uitgaat, noemt men wel de teleologische natuurrechtsleer; uitgangspunt daarvoor vormt een bepaalde immanente natuurlijke ordening. Is een dergelijke teleologische natuurrechtsleer in staat de fouten te vermijden waartoe het bovenbeschreven model van natuurrechtelijk denken komt? Weet men hier het afleiden van een Sollen uit een Sein te vermijden?

Kelsen is ervan overtuigd dat dit niet het geval is. De verhulling van absolute waarden in het kleed van objectieve doeleinden kan niet verhouden dat men zich schuldig maakt aan de onterechte overgang van Sein naar Sollen. Ook hier maakt men zich schuldig aan de vermenging van waarde en werkelijkheid. Immers het doel in objectieve zin is niets anders dan wat verwerkelijkt moet worden: doel is wat gesteld is door een norm. De gedachte dat de natuur behept is met doelen die daar niet door een menselijke danwel goddelijke wil in geprojecteerd zijn is zelfbedrog, meent Kelsen.¹⁰⁰ Opnieuw stelt Kelsen dan de vraag: onder welke voorwaarden kan men zo'n teleologische natuurrechtsleer verdedigen? En het antwoord is

⁹⁹ Klecatsky, *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, p. 869.

¹⁰⁰ Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Mit einem Anhang: *Das Problem der Gerechtigkeit*, Zweite vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage 1960, Unveränderter Nachdruck 1976, Verlag Franz Deuticke, Wien 1976, p. 405.

hetzelfde: dat kan alleen onder de aanname van een God. Immers alleen dán kan de natuur behept zijn met doelen die er niet door de mens zijn ingebracht:

Wenn die Natur von einem gerechten Gott geschaffen oder regiert wird, dann - aber nur dann - können in den Gesetzen dieser Natur das gerechte Recht gefunden, aus dieser Natur das gerechte Recht deduziert werden.¹⁰¹

Ook de teleologische natuurrechtsleer heeft dus een metafysisch-religieuze oorsprong. Wat dat betreft is de natuurrechtsleer van Thomas van Aquino ideaaltypisch voor het gehele genre: “Wenn die Natur zielstrebig ist, ist es so, weil Gott der Natur gebietet, zum Guten als zu ihrem Ziel zu streben, und die Natur dem Gebote Gottes gehorcht”.¹⁰² Doelen kunnen er alleen zijn onder “die Annahme einer transzendenten Autorität, die der Natur ihren Zweck setzt”¹⁰³:

Nur eine theologische Naturrechtslehre kann teleologisch sein.

Laten we nu proberen Kelsens argumenten nader te analyseren. Hiervoor werd al aangegeven dat Kelsens argumenten voor de koppeling van natuurrechtsleer en theïsme zich toespitsen op een tweetal hoofdpunten:

- *Normen vooronderstellen een wil.* Relatieve normen worden door mensen gesteld; erkent men het bestaan van niet door mensen gewilde normen dan moeten die wel door God gewild zijn;
- Niet alleen normen, ook *doelmatigheid is altijd terug te voeren op een wil.* Zou men menen dat er in de natuur een objectieve ordening ligt, een teleologische orde, dan vooronderstelt dit een schepper.

De vraag die zich dan onmiddellijk opdringt is: wat verstaat Kelsen onder

¹⁰¹ Kelsen, *Reine Rechtslehre*, p. 405.

¹⁰² Klecatsky, *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, p. 900.

¹⁰³ Klecatsky, *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, p. 875.

willen? Het woord “wil” staat voor een veelheid van verschijnselen. Het wordt wel gehanteerd voor:

- een algemeen dynamisch principe dat de gehele werkelijkheid omvat, resp. tot aanzijn brengt (bijv. de wil bij Schopenhauer);
- de vitale impulsen waardoor het gedrag van alle levende wezens richting en vorm krijgt (de wil omvat dan ook instincten en driften die niet bewust zijn);
- een specifiek menselijke mogelijkheid doeleinden na te streven.

Uit alles blijkt dat Kelsen bij “wil” aan een bewuste streefkracht denkt (het laatste dus).

En dan dienen zich meteen de problemen aan. Immers is het in alle redelijkheid vol te houden dat bijv. normen altijd het resultaat zijn van zo’n bewust wilsproces? Men kan natuurlijk *per definitie* volhouden dat men tot de normen alleen die normen rekent die het resultaat zijn van bewust streven, maar het is ten eerste de vraag of dat vruchtbaar is. Een groot deel van de normen immers zoals we die in het recht tegenkomen zijn niet bewust gewild evenals de normen in het maatschappelijk verkeer slechts ten dele bewust gecreëerd zijn.

Wat betreft het ontstaan van normen is het onderscheid tussen “crescive” en “enacted” van Sumner bekend geworden. Er zijn normen die formeel en expliciet tot stand zijn gekomen zoals wetten, statuten en reglementen. Deze zijn “enacted”. Maar er zijn ook vele normen, zeden, gewoonten en tradities waarvan de oorsprong in een ver verleden ligt. Deze zijn veeleer gegroeid dan gemaakt. En men kan eigenlijk alleen volhouden dat deze gewild zijn wanneer men het woord “wil” in een zeer ruime betekenis zou hanteren.¹⁰⁴

Wat wil hiermee nu gezegd zijn? Eigenlijk dit: dat Kelsens theorie te zeer uitgaat van de gedachte dat normativiteit een product is van bewuste constructie en dat hij ook alleen onder die vooronderstelling tot een koppeling van natuurrechtsleer en theïsme kan komen.

Zouden we zijn opvatting met betrekking tot het ontstaan van normen met een paar kernwoorden willen typeren, dan zou men kunnen zeggen dat deze bij uitstek rationalistisch is. Terecht zegt Hayek: “Law is (...) for Kelsen

¹⁰⁴ *Sociologische Encyclopedie*, L. Rademaker (red.), Utrecht/Antwerpen 1978, deel 2, p. 467.

a deliberate construction, serving known particular interests”.¹⁰⁵

En dat geldt niet alleen voor zijn visie op normen, maar ook voor die op waarden en sociale instituties. Zo sterk heeft Kelsen het land aan allerlei vormen van natuurrechtelijk “angehaucht” filosoferen waarbij dit soort zaken als “gegeven”, als van “nature bestaand” wordt gezien, dat hij zich op het extreme andere uiterste stelt, namelijk dat het allemaal bewust gemaakt en gewild is. Daarom heeft Kelsen ook wel iets gemeen met wat Popper de “conspiracy theorist” noemt: “The conspiracy theorist will believe that institutions can be understood completely as the result of conscious design”.¹⁰⁶

Hiermee wil ik dan het eerste punt van kritiek op Kelsens constructie afsluiten. Samenvattend: hij oriënteert zich eenzijdig op “enacted norms”, op rationale constructies en voor normen die niet gewild zijn is in zijn systeem geen plaats. Het is duidelijk dat daarmee zijn koppeling van natuurrechtsleer en theïsme op losse schroeven is komen te staan. Immers deze is gebaseerd op de gedachte dat elke vorm van normativiteit “Wille” vooronderstelt: het bestaan van niet door mensen gewilde normen betekent voor hem dat deze normen door een andere, niet-menselijke wil geproduceerd zouden moeten zijn.

Maar we moeten nog een variant van Kelsens argumentatie bezien. Hij wijst er namelijk tevens op dat wanneer men het bestaan van *absolute* normen aanneemt, absoluut in de zin van volkomen rechtvaardig of zedelijk hoogst perfect, dit een absolute oorsprong vooronderstelt: God.

Het gaat hier om dezelfde vraag als die ook gesteld wordt in de godsbewijzen: wijst een hogere mate van perfectie, een hogere mate van ordening, een complex van zedelijk volkomen normen, niet uit bóven de mens die immers uit de aard van zijn mens-zijn niet tot dergelijke constructies in staat geacht kan worden?

In twee godsbewijzen wordt deze vraag inderdaad bevestigend beantwoord: het *argument from the objectivity of morality* en het *argument from*

¹⁰⁵ Hayek, *New studies in philosophy, politics, economics and the history of ideas*, The University of Chicago Press, Chicago 1985 (eerste druk 1978), p. 18.

¹⁰⁶ Popper, Karl R., “Towards a rational theory of tradition”, in: *Conjectures and refutations*, Harper Torchbooks, Harper & Row, New York Hagerstown San Francisco London 1968 (eerste druk 1962), p. 125.

design.

Ik begin met het laatste.

14. *De Godsbewijzen*

Het *argument from design* of teleologisch of fysico-theologisch godsbewijs wordt treffend getypeerd in de verwoording van Cleanthes in Humes *Dialogues concerning natural religion* waar deze aanhanger van het teleologisch godsbewijs zegt:

The order and arrangement of nature, the curious adjustment of final causes, the plain use and intention of every part and organ - all these bespeak in the clearest language an intelligent cause or author. The heavens and the earth join the same testimony: the whole chorus of nature raises one hymn to the praises of its creator.¹⁰⁷

Het *argument from the objectivity of morality* verloopt ongeveer op dezelfde manier. Het uitgangspunt daarvoor vormt de gedachte dat “some moral judgements (...) strike us as being objectively valid and yet as appealing to our autonomous reason; and this consideration has been thought to point to a theistic metaphysic in various ways”, aldus Nowell-Smith.¹⁰⁸ Deze schrijver wijst er dan ook terecht op dat de argumenten nauw met elkaar samenhangen:

The argument is similar to the argument from design, according to which there is order in the universe (otherwise science would be impossible), and this order presupposes a Great architect. In the same way, it is said, the fact that there is an objective ‘moral order’ presupposes a Great Moralist.

De vooronderstelling van deze argumenten is telkens dat ordening en

¹⁰⁷ Hume, David, *Dialogues concerning natural religion*, edited with introduction by Henry D. Aiken, Hafner Press, Collier Macmillan Publishers, New York London 1948, p. 17.

¹⁰⁸ Vgl. Nowell-Smiths artikel “Religion and morality” in: *The Encyclopedia of Philosophy*, Edwards (ed.), Vol. 7, London 1967, p. 157.

objectieve moraliteit niet iets is dat op zichzelf kan bestaan; het behoeft een verklaring die daarin bestaat dat men het terugvoert op respectievelijk een ordenaar (*argument from design*) en een “grote moralist” (*argument from the objectivity of morality*).

Nu is dat eigenlijk precies wat we ook bij Kelsen hebben aangetroffen: ordening en normativiteit zijn altijd bewust geconstrueerd en gewild. In de godsbewijzen komt er echter nog een andere vooronderstelling naar voren, namelijk dat de “cause must be proportionate to the effect”, zoals het in Humes *Dialogues* geformuleerd wordt (*causa aequat effectum*). We vinden die gedachte prachtig geformuleerd door Cleanthes: “Kijk rond”, laat Hume hem zeggen, “kijk rond in de wereld en beschouw ieder deel ervan evenals het geheel”:¹⁰⁹

you will find it to be nothing but one great machine, subdivided into an infinite number of lesser machines, which again admit of subdivisions to a degree beyond what human senses and faculties can trace and explain. All these various machines, and even their most minute parts, are adjusted to each other with an accuracy which ravishes into admiration all men who have ever contemplated them. The curious adapting of means to ends, throughout nature, resembles exactly, though it much exceeds, the productions of human contrivance - human design, thought, wisdom, and intelligence. Since therefore the effects resemble each other, we are led to infer, by all the rules of analogy, that the causes also resemble, and that the Author of nature is somewhat similar to the mind of man, though possessed of much larger faculties, proportioned to the grandeur of the work which he has executed. But by this argument a posteriori, and by this argument alone, do we prove at once the existence of a Deity and his similarity to human mind and intelligence.

Opnieuw kunnen we ons afvragen of de vooronderstellingen van Cleanthes, die overigens ook door Kelsen worden aanvaard en die hem tot de koppeling van natuurrechtsleer en theïsme brengen, onderschreven kunnen worden. Is het inderdaad zo dat “the cause must be proportionate to the

¹⁰⁹ Hume, David, *Dialogues concerning natural religion*, edited with introduction by Henry D. Aiken, Hafner Press, Collier Macmillan Publishers, New York London 1948, p. 17.

effect” en we vanuit het groots karakter van het ontwerp tot het groots karakter van de ontwerper mogen besluiten?

De relevantie van deze vraag voor de rechtsfilosofie lijkt misschien ver te zoeken, maar is toch groot. Vaak wordt namelijk de natuurrechtsleer een zekere mateloosheid verweten: men matigt zich aan absoluut rechtvaardige normen te kunnen herkennen, construeren e.d., aldus een veelgehoorde kritiek op het natuurrechtelijk denken. De natuurrechtsleer plaatst de mens op een hoog voetstuk, zegt men dan, het acht de mens in staat tot het construeren van een orde die alleen door God bedacht zou kunnen zijn. Vandaar ook dat Kelsen zegt “nur eine theologische Naturrechtslehre kann teleologisch sein”.¹¹⁰ Ook Holmes wijst op de mateloosheid van de natuurrechtsleer. Kenmerkend voor de mens, zo zegt hij, is een “demand for the superlative”:

It seems to me that this demand is at the bottom of the philosopher’s effort to prove that truth is absolute and of the jurist’s search for criteria of universal validity which he collects under the head of natural law.¹¹¹

Holmes wijst die mateloosheid en onbescheidenheid echter af: we kunnen niet zeggen dat onze kleine waarheden “cosmic truth” zijn, dat “the ultimates of a little creature on this little earth are the last of the unimaginable whole”.

Wat Holmes hier parten speelt is naar mijn idee hetzelfde rationalisme dat ook kenmerkend is voor de beide godsbewijzen en het denken van Kelsen. Wat ik hoop duidelijk te maken is dat de natuurrechtsleer in het geheel niet uit behoefte te gaan van een mateloze pretentie; het zoeken naar een normatieve grondslag voor het recht kan zeer goed gemotiveerd zijn als “modest and humble creed” gebaseerd op een “low opinion of men’s

¹¹⁰ Klecatsky, *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, p. 875.

¹¹¹ Holmes, Oliver Wendell, *The path of the law* (1897), in: *Collected legal papers*, Peter Smith, New York 1952, p. 310. Vgl. ook het commentaar op deze uitspraak van D’Entrèves, A.P., *Natural law*, An introduction to legal philosophy, Hutchinson’s University Library, London 1951, p. 96.

wisdom and capacities” (Hayek).¹¹²

Zoals ik nog hoop duidelijk te maken is het zeer goed mogelijk een natuurrechtelijke inspiratie te verbinden met een pessimistisch mensbeeld en een sceptische kentheorie. Ook is het volstrekt niet juist om te stellen: “Das Naturrecht gedeiht nur auf dem Boden eines grundsätzlichen Seinsvertrauens. Nur Geschlechter, die vertrauen zu sich und zur Welt heben, wenden sich dem Naturrecht zu” (Kaufmann).¹¹³

Het enige optimisme dat men misschien als de ideologische basis voor de natuurrechtsleer hoog zal moeten houden is een minimum aan vertrouwen aangaande de mogelijkheid om van onze fouten te leren en onze kennis hieromtrent over te dragen aan opvolgende generaties. Dat is het minimale vertrouwen dat het romantisch-conservatief temperament nodig heeft.

En het is vooral Hume die dat in zijn weerlegging van de twee godsbewijzen briljant verwoord heeft. Daarom zijn de *Dialogues* niet alleen van groot belang voor de godsdienstfilosofie, maar vinden we hier ook de grondslagen van een geheel nieuwe manier van kijken naar de sociale orde die van belang is voor de rechtsfilosofie en in het bijzonder een natuurrechtelijke visie op het recht.¹¹⁴

De idee waar Hume de aandacht voor vraagt is wat ik zou willen noemen die van: orde zonder plan, perfectie als product van organische groei en

¹¹² Hayek, *The constitution of liberty*, Routledge & Kegan Paul, London and Henley 1976 (eerste druk 1960), voorwoord.

¹¹³ Kaufmann, A. & Hassemer, W. (Hrsg.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 4., völlig Neubearbeitete und erweiterte Auflage, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1985, p. 14.

¹¹⁴ David Hume en Edmund Burke zijn niet zozeer critici van de natuurrechtsidee (zoals George Sabine, Leslie Stephen, Georges Gurvitch, Morley en anderen ten onrechte leren) maar juist de grondleggers van een nieuw soort natuurrechtsdenken waarvan Hayek de bekendste hedendaagse vertegenwoordiger is. Vgl. voor deze interpretatie van Burke bijvoorbeeld: Leo Strauss, *Natural right and history* (1953), Francis Canavan, *The political reason of Edmund Burke* (1960), Peter J. Stanlis, *Edmund Burke and natural law* (1958) en het hoofdstuk over Burke in Russell Kirk's *The roots of American order* (1974). Vgl. voor Hume de *Studies in Philosophy, politics, and economics*, the Chicago Press 1967, chapt. 7: *The legal and political philosophy of David Hume*; evenals: Duncan Forbes, *Hume's philosophical politics*, Cambridge university press 1975 en Jonathan Harrison, *Hume's theory of justice*, Oxford university press 1981.

gerechtigheid zonder constructie.

15. *Organicisme versus mechanisme*

Het eerste waar Philo, een van Humes *dramatis personae* op wijst, is dat het universum meer lijkt op een organisch systeem dan op een mechanisch geconstrueerd geheel. “It must be confessed”, zegt Philo, “that the universe resembles more a human body than it does the works of human art and contrivance”.¹¹⁵ En dat heeft verregaande consequenties voor het *argument from design* immers kenmerkend voor een organisch systeem is nu juist dat de orde die men daarin kan ontwaren geen bewust geconstrueerde orde is, maar een gegroeide orde, een orde die wordt overgedragen door “vegetation and generation”:

A tree bestows order and organization on that tree which springs from it, without knowing the order.¹¹⁶

Kortom, orde en perfectie verwijzen niet naar bewuste constructie, niet naar menselijke of goddelijke makelij, maar naar spontane groei. Teleologie wijst niet naar theologie, zoals Kelsen stelt, maar naar biologie.

Dit beeld, het beeld van de groei, van de organische ontwikkeling, is het voor het conservatisme van groot belang. Hier zien we de oorsprong ervan: in de kritiek op de godbewijzen van Hume. Bij Hume begint het conservatief protest tegen het rationalisme van verlichters als Kelsen, een rationalisme dat ook de verdedigers van de godsbewijzen bezielde.

In zekere zin is de conservatieve natuurrechtsleer waarvan ik hierna de contouren zal schetsen dan ook een terug-naar-Hume-beweging. Dat is door Hayek ook duidelijk als zodanig erkend, zij het dan dat ik bij hem niet heb gevonden dat hij beseft hoe deze problematiek zich uitkristalliseert in de kritiek op de godsbewijzen. Maar genoeg voor wat Hume betreft.

We moeten nu nog een variant van Kelsens argumentatie - en het *argument*

¹¹⁵ Hume, *Dialogues concerning natural religion*, p. 47.

¹¹⁶ Hume, *Dialogues concerning natural religion*, p. 50.

from design - bezien, namelijk het standpunt dat als we geconfronteerd worden met iets dat lijkt op wat mensen maken, maar wat “exceeds the productions of human contrivance” we gerechtigd zijn dit toe te schrijven aan een *goddelijk* intellect.

Ook die vraag wordt door Hume natuurlijk ontkennend beantwoord, waarbij hij dan een vergelijking maakt die van groot belang is voor de politieke filosofie, omdat daarin eigenlijk de quintessens besloten ligt van wat door de toekomstige generaties conservatieven zal worden uitgewerkt.¹¹⁷ Zelfs wanneer we de wereld bezien als een perfect kunstwerk, zegt Hume, dan nog blijft het hoogst twijfelachtig of het verantwoord is “the excellences of the work” aan één maker toe te schrijven:

If we survey a ship, what an exalted idea must we form of the ingenuity of the carpenter who framed so complicated, useful, and beautiful a machine? And what surprise must we feel when we find him a stupid mechanic who imitated others, and copied an art which, through a long succession of ages, after multiplied trials, mistakes, corrections, deliberations, and controversies, had been gradually improving?¹¹⁸

En, zo voegt hij er dan aan toe: imiteren, kopiëren, corrigeren - dat is de nuchtere werkelijkheid. Nooit is zo'n schip van het ene moment op het andere tot stand gebracht maar in een proces van verbetering langs trial and error “through a long succession of ages”. Alleen doordat velen samenwerken gedurende een lange tijd kan cumulatie van kennis ontstaan: *the individual is foolish, the species is wise*.

Wat ons hier getoond wordt is eigenlijk precies het piecemeal engineering van Karl Popper *avant la lettre*. Humes visie op het schip is niet verschillend van die van Popper op sociale instituties als de democratie. “Alles lebendige sucht nach einer besseren Welt”, schrijft Popper in het voorwoord van zijn jongste essaybundel: “Die Aktivität, die Unruhe, die Suche ist wesentlich für

¹¹⁷ Flew haalt daarom ook Hume naar voren als de grondlegger van het conservatisme. Vgl. Flew, Anthony, *David Hume, Philosopher of moral science*, Basil Blackwell, Oxford 1986, p. 172. Vgl. tevens: Wolin, Sheldon. S., “Hume and conservatism”, in: *American political science review*, XLIII (1954), pp. 999-1016.

¹¹⁸ Hume, *Dialogues concerning natural religion*, p. 39.

das Leben, für die ewige Unruhe, die ewige Unvollkommenheit; das ewige Suchen, Hoffen, Werten, Finden, Entdecken, Verbessern, Lernen und Schaffen von Werten; aber auch für das ewige Irren, das Schaffen von Werten.”¹¹⁹

Popper, die zich van zijn eigen intellectuele wortels weinig bewust is lijkt niet te beseffen dat zijn gedachte in Humes kritiek op de godsbewijzen reeds op een opvallende manier gestalte hebben gekregen.¹²⁰ Het is alleen langs

¹¹⁹ Popper, Karl R., *Auf der Suche nach einer besseren Welt*, Vorträge und Aufsätze aus dreissig Jahren, Piper, München Zürich 1984, p. I.

¹²⁰ Zo wordt door Popper bijvoorbeeld volkomen miskend dat zijn politieke filosofie grote overeenkomsten vertoont met die van Hegel. Gottfried Dietze schrijft over Hayek's Rule of Law : “Just as for the German idealist (Hegel; PC) the state as the realization of the moral idea is the march of God in the world, for the constitutionalist, the ‘Old Whig’ Hayek, that march is the (rule of) law as the liberal idea of justice” (Vgl. *Essays on Hayek*, F. Machlup (ed.), London 1977, p. 124). Maar die overeenkomst met Hegel is ook iets dat in het werk van Popper te constateren valt. Poppers geschiedfilosofie, waarbij een ontwikkeling geconstateerd wordt van gesloten naar open maatschappijen “assumes historical types, phases, or stages of civilization” zoals Melvin Richter terecht opmerkt (in: *The open society in theory and practice*, D. Germino and K. von Beyme, Den Haag 1974, p. 101). Het is ongelooflijk wat er bij Popper ook niet allemaal “groeit”: de kennis (zie ondertitel van *CR*), maatschappijen, beschavingen enz. enz.: “a civilization which is still in its infancy (...) and which continues to grow (...)” (*The open society and its enemies* I, p. 1). Geboorte, groei, geboorteschokken - alle organicistische metaforen zijn bij Popper te vinden. “In de ene democratie zal de maatschappij rijper zijn, verder in haar ontwikkeling” (Marcuse/Popper, *Sociale revolutie/sociale hervorming*, Baarn 1971, p. 27). Zoals ik in een ander verband nog hoop duidelijk te maken is de term “open” bij Popper dan ook altijd dubbelzinnig: niet alleen “open” in de zin van open voor kritiek, maar ook “open” in de zin van ontloken, geopend zoals een knop van de plant zich ontvouwt en daarmee wordt wat zij is. Een dergelijk organicistisch denkmodel toegepast op de politiek vooronderstelt natuurlijk een beperktere beheersbaarheid en maakbaarheid van maatschappelijke structuren. *Natura non facit saltus* en een geschiedenis die men in biologische termen beziet maakt evenmin sprongen. Van het tribalisme van de Spartaanse maatschappij naar een parlementaire democratie zoals het Engeland van de dertiger jaren is een lange weg. Wanneer Popper dan ook zegt “The future depends on ourselves” dan klinkt dat natuurlijk wel heel mooi maar zijn eigen theorie laat nu juist zien dat het utopian engineering dat denkt op elk willekeurig moment een open maatschappij te kunnen realiseren illusoir (en gevaarlijk) is. Er is één passage in de *Open Society* waarin het Popper lijkt te dagen dat het toch Hegel is geweest die op de historische gesitueerdheid van al ons politieke streven gewezen heeft. Hij weet zichzelf echter snel gerust te stellen omdat Hegel in dit opzicht niet origineel was: “I found only one idea

deze weg van copiëren, imiteren en corrigeren, zoals Hume zegt, trial and error, zoals Popper het formuleert, en beslist niet langs de weg van rationele constructie dat we veranderingen aan kunnen brengen in de sociale werkelijkheid.

Zoals Hume het beeld van het schip hanteert om deze gedachte duidelijk te maken, zo hanteert Popper het beeld van de motor: “An engineer does not create a motor-engine just from the blueprints. He develops it from earlier models; he changes it; he alters it over and over again”.¹²¹

Vandaar ook dat een door niemand bedachte, in geen enkele blauwdruk getekende, door niemand voorziene en door geen enkele centrale instantie te beheersen orde een veel grotere perfectie kan vertonen dan een systeem dat op bewuste constructie berust. Hayek heeft dat heel scherp aangevoeld toen hij zei dat de “possibility of justice”¹²² niet in gevaar wordt gebracht door onze beperkte verstandelijke vermogens, nee, deze beperkingen zijn juist een voorwaarde voor gerechtigheid.

Waarom is de open maatschappij die Popper in Engeland aantrof zoveel rechtvaardiger dan een utopische blauwdruk zoals we die in Platos geschriften aantreffen? De reden hiervan geeft Popper zelf: “Too many social reformers have an idea that they would like to clean the canvas, as

which was important and which might be claimed to be implicit in Hegel’s philosophy. It is the idea which leads Hegel to attack abstract rationalism and intellectualism which does not appreciate the indebtedness of reason to tradition. It is a certain awareness of the fact (which, however, Hegel forgets in his Logic) that men cannot start with a blank, creating a world of thought from nothing; but that their thoughts are, largely, the product of an intellectual inheritance. I am ready to admit that this is an important point, and one which might be found in Hegel if one is willing to search for it. But I deny that it was Hegel’s own contribution. It was the common property of the Romantics. That all social entities are products of history; not inventions, planned by reason, but formations emerging from the vagaries of historical events, from the interplay of ideas and interests, from sufferings and from passions, all this is older than Hegel. It goes back to Edmund Burke (...). (OS II, p. 60).

¹²¹ Popper, Karl R., “Towards a rational theory of tradition”, in: *Conjectures and refutations*, Harper Torchbooks, Harper & Row, New York Hagerstown San Francisco London 1968 (eerste druk 1962), p. 131.

¹²² Hayek, *Law, legislation and liberty*, A new statement of the liberal principles of justice and political economy, Complete edition in new one-volume paperback, Routledge & Kegan Paul, London Melbourne and Henley 1982, p. 13.

Plato called it, of the social world, wiping off everything and starting from scratch with a brand-new rational world”.¹²³

Zeer instructief is ook een passage uit Hayeks *The constitution of liberty*:

Cicero quotes Cato as saying that the Roman constitution was superior to that of other states because it was based upon the genius, not of one man, but of many: it was founded, not in one generation, but in a long period of several centuries and many ages of men.¹²⁴

Wat hebben we nu gezien?

We hebben gezien dat Kelsens redenen om de natuurrechtsleer aan het theïsme te koppelen bepaald niet zo vanzelfsprekend zijn als hij ons voorhoudt. En duidelijk is geworden dat deze gedachte weliswaar harmonieert met de wijze waarop Kelsen het natuurrechtsbegrip omlijnt maar dat deze omlijning zelf weinig gelukkig is. Wat in de Reine Rechtslehre zo'n fnuikende rol speelt dat is dat dualisme van een volstrekt onveranderlijke natuur en daarop gebaseerd absoluut natuurrecht enerzijds en anderzijds de volkomen variabele producten van menselijke makelij waartoe Kelsen het positieve recht rekent.

Een nieuw te ontwikkelen natuurrechtsleer zal dat fnuikend dualisme te boven moeten komen door het opnieuw centraal stellen van de categorie ordeningen tussen de twee uitersten die Kelsen hanteert. Dat betekent een hernieuwde aandacht voor groei-ordeningen en de traditie die groei altijd sterk in het centrum van de aandacht heeft geplaatst: de conservatieve.

Maar dat is iets waarop ik nog terugkom. Voorlopig is belangrijk dat geïllustreerd is dat Kelsens redenen om de natuurrechtsleer te koppelen aan theïsme sterk samenhangen met de vooronderstellingen van zijn Reine Rechtslehre die bepaald niet zo evident zijn als Kelsen zelf doet voorkomen. “Der Glaube an eine gerechte Gottheit” is geenszins een “wesentliche und unvermeidliche Voraussetzung einer echten Naturrechtslehre”, zoals hij beweert¹²⁵. Ook is het zeer goed mogelijk dat er een ordening en normen

¹²³ Popper, “Towards a rational theory of tradition”, p. 131.

¹²⁴ Hayek, *The constitution of liberty*, Routledge & Kegan Paul, London and Henley 1976 (eerste druk 1960), p. 57.

¹²⁵ Klecatsky, *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, p. 869.

bestaan die “nicht der Sinn eines Willensaktes” zijn - iets dat Kelsen onmogelijk acht.

Maar zoals ik al gezegd heb bij de aanvang van dit stuk is dat niet het belangrijkste.

De betekenis van de kritiek op de godsbewijzen van Hume, van Poppers politieke filosofie en Hayeks werk is dat ordening, perfectie en de mogelijkheid van gerechtigheid, zoals Hayek zegt, juist niet in de richting van constructie, wil en bewustzijn van één centraal intellect of instantie wijzen. Het resultaat is, met andere woorden, precies het tegengestelde aan wat Kelsen voor mogelijk houdt. De open maatschappij (Popper), de rule of law (Hayek) en, zoals ik daar zelf aan toe zou willen voegen, *rechtsbeginselen* kunnen alleen maar daarom een gedeeltelijke verwerkelijking van de rechtsidee behelzen omdat het hierbij gaat om “the results of human action but not of design” (Ferguson).¹²⁶

Tot een tekening van de rechtsidee kan men niet komen door argumenteren achter een sluier van onwetendheid, deducties uit een menselijke natuur, rationale afleidingen uit een eeuwige wet en dergelijke. Het is de geschiedenis die ons iets leert omtrent de rechtsidee. In de geschiedenis vinden we een “door alle eeuwen voortschrijdende openbaring Gods”, zoals Dooyeweerd schrijft.¹²⁷

In een rechtsbeginsel als het nulla-poena-beginsel ligt de wijsheid van eeuwen besloten - *the wisdom of our ancestors*. Datgene waartoe één mens, één generatie van mensen of zelfs God niet toe in staat is, dat kan de mensheid als geheel, “through a long succession of ages” (Hume), “in a long period of several centuries and many ages of men” ((Hayek), wel degelijk bewerkstelligen.

Dit wat betreft mij excursie naar de thematiek van de godsbewijzen als een uitvloeisel van de behandeling van Kelsens dualisme. Eigenlijk heb ik hiermee al alles verklapt dat ik voor de lezer *in petto* heb: een eigentijds natuurrechtsdenken zal aansluiting moeten zoeken bij spontane ordeningen. Maar goed, er is nog niets uitgewerkt en daarvoor zijn de resterende

¹²⁶ Vgl. Hayek, *Studies in philosophy, politics, and economics*, The University of Chicago Press 1980 (eerste druk 1967), p. 96 e.v.

¹²⁷ Dooyeweerd, H., *Calvinisme en natuurrecht*, Amersfoort 1925, p. 27.

hoofdstukken bestemd. Voordat ik daartoe overga gaan we echter eerst verder met Kelsens kritiek op de natuurrechtsleer.

16. *Zijn natuurrecht en positief recht onverenigbaar?*

We hebben gezien dat een argument dat Kelsen tegen de natuurrechtsleer in het geding bracht is dat naast het positieve recht geen plaats zou zijn voor het natuurrecht. Wanneer men daarentegen uitgaat van het bestaan van het natuurrecht dan zou er geen plaats zijn voor het positieve recht.

Is dat juist? Ik denk het niet.

Ik denk dat men er terecht op heeft gewezen dat dit argument alleen op zou gaan wanneer het natuurrecht de pretentie zou hebben alle verhoudingen, ook in concrete gevallen, te kunnen regelen. Dat is echter, zoals Alfred Verdross opmerkt, een pretentie die slechts weinig natuurrechtsaanhangers gehad hebben. “Nur einzelne Schriftsteller, darunter vor allem Josef Funk, vertreten die Ansicht, dass das Naturrecht alle Einzelstationen regle”, schrijft hij in zijn *Abendländische Rechtsphilosophie* (1958).¹²⁸ De meeste aanhangers van het natuurrecht leren dat het natuurrecht en het positieve recht op elkaar aangewezen zijn. Wanneer bijvoorbeeld het natuurrechtsdenken ervan uitgaat dat, in het geval van een tekort aan levensmiddelen, deze op rantsoen gesteld moeten worden, dan moet de manier waarop deze rantsoenering doorgevoerd kan worden door het positieve recht worden bepaald.

Overigens hebben Kelsen en trouwens ook Bergbohm wel gelijk wanneer zij stellen dat een natuurrecht met exact dezelfde inhoud, dezelfde mate van concretisering en hetzelfde juridische geldingsgebied een zinloze verdubbeling van de werkelijkheid zou opleveren naast het positieve recht. Maar zoals gezegd, dit wordt tegenwoordig door niemand verdedigd.

Wie gelijk heeft, Kelsen of Verdross, met betrekking tot de vraag of de natuurrechtsleer in het verleden zich aan deze verdubbeling van de werkelijkheid heeft schuldig gemaakt zullen we in het midden laten. Veel belangrijker is voor ons of een natuurrechtelijk geïnspireerde rechtsleer

¹²⁸ Verdross, Alfred, *Abendländische Rechtsphilosophie*, Ihre Grundlagen und Hauptprobleme in geschichtlicher Schau, Zweite erweiterte und neubearbeitete Auflage, Springer Verlag, Wien 1963 (eerste druk 1958), p. 278.

noodzakelijk in deze fout moet vervallen. Dit is naar mijn idee niet het geval: het is bijvoorbeeld zeer goed mogelijk - en moderne natuurrechtelijke opvattingen doen dat ook - natuurrechtelijke beginselen te zien als slechts *potentieel recht*. Net als we in het voorgaande gezien hebben dat het wenselijk is tussen het natuurlijk gegevene en het door mensen bewust gemaakte een derde categorie te onderscheiden (die van de “gegroeide” ordeningen), zo geldt dat ook voor de geldingsvraag. Het is niet noodzakelijk, zoals Kelsen stelt, te kiezen tussen enerzijds een consequent rechtspositivisme dat elke normatieve grondslag van het recht de deur wijst en anderzijds een zich in tegenspraken verstrikkende natuurrechtsleer. Door het accepteren van een *beginsel-orde* kan men de Scylla en Charybdis vermijden.

Zo leert Arthur Kaufmann terecht dat het recht uit de aard der zaak positief recht is. Dat klinkt positivistisch, maar hij voegt daar dan aan toe dat het rechtspositivisme niet het laatste woord heeft. Van recht wil Kaufmann namelijk alleen maar spreken wanneer een een normsysteem naast positiviteit ook nog een benadering van de rechtsidee is.¹²⁹

Kortom, positivering is een noodzakelijke, maar geen voldoende voorwaarde voor recht en hetzelfde geldt voor een rechtvaardige inhoud van de norm of regel.

De vraag is nu: kan Kelsens argument dat het natuurrecht een zinloze en tegenstrijdige verdubbeling van de werkelijkheid (het positieve recht) oplevert ook tegen deze gematigde natuurrechtelijke opvatting van Kaufmann gehandhaafd worden?

Het is duidelijk dat dit niet het geval is. Immers het natuurrecht wordt nu niet meer gezien als een van menselijke positivering onafhankelijke orde met gelding per se, maar als een *beginsel-orde*, als een potentieel of voorwaardelijk recht. Daarom is ook het Nederlandse woord “beginsel” zo veelzeggend vergeleken met het Latijnse “principe”. In het woord “beginsel” resonneert nog de suggestie mee dat het slechts om potentieel recht, om een begin van recht gaat.

Deze visie wordt overigens ook door Heinrich Henkel verdedigd in zijn *Einführung in die Rechtsphilosophie* (1964). Hij schrijft dat zijn onderzoekingen hebben uitgewezen dat wij “in den sozialen Verhaltensmodellen und in den

¹²⁹ Kaufmann, Arthur, *Rechtsphilosophie im Wandel*, Stationen eines Weges, 2., überarbeitete Auflage, Carl Heymanns Verlag KG, Köln/Berlin/Bonn/München 1984 (eerste druk 1979), p. 16, 104, 108.

ontologischen Sozialstrukturen lediglich *Vorformen des Rechts* vorfinden, denen die entscheidende Ausprägung zu 'Recht' erst durch den rechtlichen Gestaltungsakt gegeben wird".¹³⁰ De beginselen van het recht, het potentiële recht, zoals ik het maar noem, dat Henkel in de ontologische sociale structuren aantreft geldt niet alleen op basis van de inhoud - zoals Kelsen kenmerkend acht voor natuurrechtsnormen - maar daarvoor is ook nog positivering nodig: "An dieser Betrachtung ist wichtig, dass die Positivierung ein *konstitutives Merkmal geltenden Rechts* darstellt".¹³¹ Maar net als bij Kaufmann wordt het element van de positivering niet verabsoluteerd. Als essentie van het recht ziet Henkel: "eine bestimmte Wesens- und Wertqualität".

Dat betekent dus dat Henkel een natuurrechtelijke inspiratie handhaaft (een normatieve basis voor het positieve recht) zonder te vervallen in het accepteren van een naast of boven het positieve recht bestaand natuurrecht met gelijke inhoud en gelijk geldingsgebied als het positieve recht - een visie waarvan Kelsen het zinloze heeft aangetoond.

De normatieve grondslag van het recht, de "Wesens- und Wertqualität" waarvan Henkel spreekt, zou dan naar mijn idee gevonden kunnen worden in wat Larenz noemt "konkretisierungsbedürftige, aber doch nicht jedes Regelungsinhalts bare Anfangsgründe" voor positief recht; in rechtsbeginselen kortom, "Prinzipien richtigen Rechts", zoals ze door Larenz worden getypeerd.¹³² We zullen hierna nog zien dat het hierbij om inhoudelijke beginselen gaat en niet om de "Leerformeln" die Kelsen bekritiseerde.

17. *Verdedigt de natuurrechtsleer de bestaande orde?*

We zullen ons dan nu bezighouden met Kelsens verwijt dat de natuurrechtsleer slechts de bestaande orde rechtvaardigt, ondersteunt of

¹³⁰ Henkel, Heinrich, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 2. Auflage, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1977 (eerste druk 1964), p. 492.

¹³¹ Heinrich Henkel, *Einführung in die Rechtsphilosophie*. L.C.

¹³² Vgl. Larenz, Karl, *Richtiges Recht*, Grundzüge einer Rechtsethik, Verlag C.H. Beck, München 1979.

legitimeert en geen rechtvaardigheidsbeginselen formuleert waaraan die orde getoetst kan worden.

Hierbij moeten we twee vragen onderscheiden: ten eerste of deze stelling door historisch onderzoek bevestigd wordt en ten tweede of het *noodzakelijk* is dat de naturrechtsleer de status quo ondersteunt.

We zullen beginnen met de eerste vraag, en eigenlijk is die ook het gemakkelijkste te beantwoorden. Men hoeft maar naar de geschiedenis te kijken om te zien dat de feiten tegen Kelsens stelling pleiten.

Het is natuurlijk op zichzelf al een zaak die te denken geeft dat Kelsen over deze kwestie zo sterk van mening verschilt met Bergbohm. Kelsen schrijft weliswaar: “Es ist (...) die Vermutung nicht ganz von der Hand zu weisen, dass die fragliche These (nl. die van Bergbohm; PC) ohne eine intimere Kenntnis, insbesondere der älteren Naturrechtslehre, aufgestellt wurde”¹³³, maar deze opmerking is volstrekt uit de lucht gegrepen, zoals iedereen duidelijk zal zijn die Bergbohms boek openslaat.

Ook Verdross bevestigt overigens het standpunt van Bergbohm. Hij spreekt van “gewaltigen Leistungen der Naturrechtslehre” die zelfs Bergbohm “nicht übersehen” kon¹³⁴:

So verdanken wir der Naturrechtslehre z.B. die Lehre des “Bellum justum” die Begrenzung der Staatsgewalt, die Begründung des allgemeinen Völkerrechts, die Menschenrechte, den Rechtsstaat, die Volkssouveränität, die Ablehnung der Sklaverei, die Beseitigung der Folter, das Widerstandsrecht und die Sozialen Grundrechte.

Ook Dennis Lloyd¹³⁵ bestrijdt de ongerechtvaardigde generalisering dat de naturrechtsleer voornamelijk de belangen van de gevestigde orde zou hebben gediend. Terecht wijst hij op Marsilius de Padua “who argued from natural-law premisses in favour of democracy not only in the state but even

¹³³ Klecatsky, *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, p. 42.

¹³⁴ Verdross, Alfred, *Abendländische Rechtsphilosophie*, Ihre Grundlagen und Hauptprobleme in geschichtlicher Schau, Zweite erweiterte und neubearbeitete Auflage, Springer Verlag, Wien 1963 (eerste druk 1958), p. 277.

¹³⁵ Lloyd, Dennis, *The idea of law*, Penguin Books, Harmondsworth 1981 (eerste druk 1964), p. 83.

in the Catholic Church”. En van de idee van de mensenrechten, die men toch moeilijk als conservatief kan kwalificeren, schrijft hij:

The notion gradually gained currency that man possessed certain fundamental rights in a state of nature, and that when civil society came into being he took over those rights into his newly gained civil status and these remained protected by natural law.

Verder kan men denken aan de invloed van natuurrechtelijke ideeën op de Amerikaanse revolutie, die, zoals bekend, sterk onder de invloed stond van de natuurrechtelijke opvattingen van John Locke. “The United States Constitution”, schrijft Lloyd, “is essentially a natural-law document setting out the fundamental authority of the people under natural law and guaranteeing the natural rights of the citizens”.¹³⁶

Het is binnen dit kader natuurlijk niet mogelijk een gehele geschiedenis van het natuurrechtelijk denken te schetsen die Kelsens stelling zou ondergraven, maar dat zijn opvatting op grond van historisch onderzoek op z'n minst twijfelachtig is mag uit deze aanhalingen duidelijk zijn. “Der Charakter der Naturrechtslehre war im allgemeinen und der Hauptströmung nach”, niet, zoals Kelsen schrijft, “ein streng konservativer”. Veel meer toepasselijk is M.R. Cohens aansporing: “No one should fail to acknowledge the noble rôle the theory of natural rights had played in the historic process of human liberation”.¹³⁷

Interessant is vooral dat bij de moderne natuurrechtsopvattingen de

¹³⁶ Lloyd, Dennis, *The idea of law*, p. 84. “Elle est la loi fondamentale du pays”, schrijft David over de Amerikaanse constitutie, en het heeft er zelfs de schijn van dat men de common law in zijn gezag afhankelijk stelt van de autoriteit van de constitutie, “conformément aux vues de l’Ecole du droit naturel qui prévalaient en 1787”. David, René, *Les grands systèmes de droit contemporaines*, Huitième édition par Camille Jauffret-Spinosi, Dalloz 1982 (eerste druk 1964), p. 449. Vgl. voor het verschil met Engeland: Dicey, A.V., *Introduction to the law of the constitution*, tenth edition, with introduction by E.C.S. Wade, Macmillan Education, London 1987 (eerste druk 1885), p. 145.

¹³⁷ Morris R. Cohen, *Law and the social order*, aangehaald door Lauterpacht, H., *International law and human rights*, Stevens & Sons Limited, London 1950. Vgl. p. 111: “Legal and political philosophies are not, as a rule, leisurely speculations of philosophers unrelated to human needs and aspirations”.

legitimerende werking van het natuurrecht minder op de voorgrond staat dan ooit en we juist een benadrukking vinden van de functie die Kelsen ontkende: de derogerende werking. Voor Kaufmann komt namelijk aan het positieve recht de gelding te ontvallen wanneer dit niet correspondeert met de natuurrechtelijke grondslag, terwijl natuurrechtelijke beginselen op zich nog geen geldig recht opleveren.

Natuurlijk kan niet worden ontkend dat de natuurrechtsleer in bepaalde gevallen heeft gediend om de bestaande verhoudingen te legitimeren, maar dit is zeker niet altijd het geval geweest. Terecht schrijft D'Entrèves over het natuurrecht: het was een rechtvaardiging zowel voor revolutie als wel voor een meer behoudende visie.¹³⁸

Een verklaring hiervoor vinden we bij Roscoe Pound. Een van de leiders van de hedendaagse rechtsfilosofie, zo schrijft Pound doelend op Kelsen, heeft erop gewezen dat absolutisme gepaard gaat met een autoritaire houding en relativisme met een vrij bewind.

Pound is het daar helemaal niet mee eens. Het is een paradox misschien, zo zegt hij, maar absolute ideeën over rechtvaardigheid hebben vaak de weg vrijgemaakt voor een vrije maatschappij en sceptische ideeën zijn vaak hand in hand gegaan met een autocratie.¹³⁹ De reden daarvan is gemakkelijk te begrijpen. Het idealisme stelt iets boven de heersende macht; iets dat aan de heersende macht als een toets kan worden voorgehouden. "If the idea is absolute, those who wield the force of politically organised society are not".¹⁴⁰ Een skeptisch realistische houding daarentegen stelt niets boven de heersende macht. Er is geen maat om die heersende macht mee te meten, althans niet iets dat meer indruk maakt dat subjectieve mening van een stel individuen. Vandaar ook dat Paulus zei: omdat zij de wet niet hadden waren zij de wet zelf.

Pound stelt overigens dat hij hiermee niet een pleidooi voor absolute waarden wil houden, maar alleen het relativisme aan zijn vruchten wil beoordelen.¹⁴¹

¹³⁸ D'Entrèves, A.P., *Natural law*, An introduction to legal philosophy, Hutchinson's University Library, London 1951, p. 7.

¹³⁹ Pound, Roscoe, *Social control through law*, Archon Books 1986. p. 28.

¹⁴⁰ Pound, *Social control through law*, p. 28.

¹⁴¹ Pound, *Social control through law*, p. 29.

18. *Bestaat het natuurrecht uit "Leerformeln"?*

We hebben dan nu gezien hoe van een tweetal bezwaren van Kelsen tegen de natuurrechtsleer er één (nl. dat het natuurrecht en positief recht niet beide kunnen gelden) ondervangen kon worden (door natuurrechtelijke principes als beginselen van recht te beschouwen) en een ander ongegrond is (nl. dat de natuurrechtsleer de bestaande orde legitimeert). We moeten ons nu bezighouden met de vraag of het juist is, zoals Kelsen stelt, dat het natuurrecht slechts inhoudsloze beginselen kent. Dat zou betekenen dat de natuurrechtsleer slechts in staat is om holle abstracties te produceren die ons geen enkel houvast geven als criteria om het positieve recht op zijn rechtvaardigheidsgehalte te beoordelen. Is dat juist?

Allereerst zou men zich kunnen afvragen of de natuurrechtsleer wel de pretentie heeft die Kelsen haar toeschrijft, namelijk het fourneren van inhoudelijke beginselen. Tammelo ontkent dit. Het verwijt van Kelsen en anderen, zo schrijft hij in zijn *Theorie der gerechtigheid*, "berust op de ongegronde verwachting, die men tegenover een theorie der gerechtigheid vaak heeft, dat deze een *bron* voor rechtvaardige beslissingen in maatschappelijke dilemma's kan zijn".¹⁴² Maar dat is naar het oordeel van Tammelo niet de taak van een theorie der gerechtigheid. Haar werkelijke taak is "denkmiddelen ter beschikking te stellen en denkwegen te wijzen". Je zou dus de stelling kunnen verdedigen dat Kelsen te veel vraagt van een theorie der gerechtigheid. Hij stelt zijn eisen zeer hoog en omdat natuurlijk geen enkele natuurrechtstheorie daaraan kan voldoen wordt de gehele traditie verworpen. Er wordt, om met Larenz te spreken, "eine Jahrtausendlange Tradition auf den Müllhaufen geworfen".¹⁴³ Nu is dat stellen van zulke hoge eisen aan een natuurrechtsleer een manier van doen die bekend is. "Liberty can be so defined as to make it impossible of attainment",¹⁴⁴ schrijft Hayek.

¹⁴² Tammelo, I., *Theorie der gerechtigheid*, Antwerpen/Amsterdam 1979, p. 24.

¹⁴³ Larenz, Karl, *Richtiges Recht*, Grundzüge einer Rechtsethik, Verlag C.H. Beck, München 1979, p. 6.

¹⁴⁴ Hayek, *The constitution of liberty*, Routledge & Kegan Paul, London and Henley 1976

Auteurs die net als Tammelo erop wijzen dat men van een theorie der gerechtigheid geen absolute criteria mag verwachten zijn Lon Fuller en A.P. D'Entreves. Fuller schrijft in *The Law in Quest of Itself*:¹⁴⁵

The chief value of the older books on natural law for us on the present day does not lie so much in the systems they expound, as in the kind of legal thinking they exemplify.

Maar daarmee hebben we de vraag nog niet beantwoord of Kelsen gelijk heeft met zijn stelling omtrent het inhoudloze van natuurrechtelijke beginselen. Heeft hij gelijk? Ik denk dat dit ten dele het geval is. Gehéél inhoudsloos zijn principes als “ieder het zijne” misschien niet. Dat heeft Tammelo juist gezien en hij geeft als reden daarvoor het protest dat men voelt wanneer je die uitspraken omdraait. Dat de uitspraken van een theorie der gerechtigheid niet geheel inhoudsloos zijn “kan men reeds aan het protest zien, dat opkomt wanneer zulke als inhoudsloos bekritiseerde principes door negatie tot uitspraken omgevormd worden, waartegen ons gewone morele gevoel in opstand komt”. Als voorbeeld geeft hij dan “Geef ieder wat hem niet toekomt”, “Kom een ieder te na”: Wanneer de genegeerde principes werkelijk volledig zonder inhoud zouden zijn, dan zou ook hun negatie dat zijn.

Dat is zeker correct. Anderzijds schuilt in de kritiek van Kelsen toch in zoverre een juiste kern, dat sommige natuurrechtstheorieën zich wel al te gemakkelijk tevreden stellen met hoogst abstracte beginselen. Zo zijn bijvoorbeeld begrippen als “menselijke waardigheid” en “vrijheid” veel te algemeen om als normatieve grondslag van de rechtsorde een praktische betekenis te hebben. “Het is moeilijk een goed te vinden dat naast haar eigen naam ook niet de naam vrijheid zou dragen”¹⁴⁶, schrijft Leszek Kolakowski terecht. Wanneer de Nederlandse natuurrechtsaanhanger D.H.M.

(eerste druk 1960).

¹⁴⁵ Fuller, Lon L., *The law in quest of itself*, Julius Rosenthal Foundation Northwestern University, The Foundation Press, Inc., Chicago 1940. Herdruk: AMS Press, New York 1978, p. 109.

¹⁴⁶ Kolakowski, Leszek, *Essays van Leszek Kolakowski*, Uitgeverij Het Spectrum, Utrecht/Antwerpen 1983, p. 121.

Meuwissen “vrijheid” dan ook hanteert als een transcendentale voorwaarde voor een intercultureel gesprek tussen Oost en West dan lijkt mij dat veel te algemeen om als een punt van overeenstemming toe te juichen.¹⁴⁷ Dat zou een intercultureel gesprek worden gekenmerkt door een grenzeloze spraakverwarring. Een natuurrechtstheorie kan alleen maar dan praktische betekenis hebben voor de mensen wanneer zij “allows them to accomplish as much as they can”¹⁴⁸, wanneer men rechtsbeginselen op het spoor komt of daarover consensus bereikt, met een zo groot mogelijke graad van concreetheid. Alleen dan heeft men een natuurrechtsleer die werkelijk criteria aan de hand doet waarmee men het positieve recht op zijn rechtvaardigheidsgehalte kan toetsen.

Met abstracta als “vrijheid” en “gelijkheid” kan een moderne natuurrechtsleer zich niet meer tevredenstellen. Dit wordt ook mooi geïllustreerd in het opstel *Liberalism* van Hayek, waarin hij beschrijft dat er een tweetal varianten van het liberalisme zijn:

Most of liberalism’s adherents would (...) profess a belief in individual

¹⁴⁷ Vgl. Cliteur, Paul, “D.F. Scheltens over recht, ethiek en vrijheid”, in: *Nederlands tijdschrift voor rechtsfilosofie en rechtstheorie*, jaargang 14, juli 1985, aflevering 2, pp. 103-116; Cliteur, Paul, “Reactie op Prof. Scheltens”, in: *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie*, juli 1985, pp. 122-124. Vgl. tevens: Koopmans, T., “Denken en doen in het recht”, Afscheidscollage Leiden, 13 oktober 1978, in: *Staatkundig Jaarboek 1987*, A.W. Heringa, R.E. de Winter, W.J. Witteveen (red.), *Ars Aequi Libri*, Nijmegen 1987, p. 297: “Men smijt soms gemakkelijk met deze polyvalente begrippen, of men bezigt ze in de discussie zonder te preciseren in welke zin ze worden gehanteerd. Als men bv. zegt, in een discussie over waarden in de rechtsgeleerdheid, dat de ‘vrijheid’ de essentiële waarde is waar iedere jurist van moet uitgaan, dan neem ik de vrijheid te geloven dat daar niets mee is gezegd, omdat er geen enkel probleem mee is opgelost”. Van Genugten schrijft in zijn proefschrift dat mijn verwijt aan Scheltens en Meuwissen dat deze te abstract blijven voor tegenspraak vatbaar is. Hij citeert dan een door Scheltens met instemming aangehaalde passage van Welzel en een passage van Meuwissen waaruit blijkt dat zowel Meuwissen als Scheltens oog hebben voor de noodzaak van de verwerkelijking van hun abstracte ideeën (respectievelijk vrijheid en menselijke waardigheid). Maar over wat die verwerkelijking inhoudt; aan welke meer inhoudelijke beginselen zij zich engageren wordt niets gezegd. Naar mijn smaak blijft het dus abstract. Vgl. Genugten, W.J.M., *In naam van de vrijheid*, Een onderzoek naar overeenkomsten en verschillen tussen de mensenrechtenopvattingen van Oost en West, Uitgeverij Jan Mets, Amsterdam 1988.

¹⁴⁸ Fuller, *The law in quest of itself*, p. 110.

freedom of action and in some sort of equality of all men, but closer examination shows that this agreement was in part only verbal since the key terms “freedom” and “equality” were used with somewhat different meanings.¹⁴⁹

Daarom is het ook mogelijk zonder alle kritiek van Kelsen op het inhoudsloze van natuurrechtelijke principes te kunnen onderschrijven toch sympathie te hebben voor het feit dat hij bepaalde hoogst abstracte beginselen (“vrijheid”) bekritiseert. Fuller zegt: “When there is no warning stop sign, reason pushes as far ahead as it can”.¹⁵⁰ Ik vind dat een prachtige uitspraak; niet alleen als een feitelijke beschrijving, maar ook als norm: gaan we op zoek naar normatieve beginselen waarmee we het positieve recht op haar rechtvaardigheidsgehalte willen beoordelen, dan doen we er verstandig aan zo concreet te worden als maar mogelijk is.

Ik acht het dus juist dat Kelsen natuurrechtelijke theorieën bekritiseerd heeft die zich, aansluitend bij Thomas, op natuurrechtelijke principes beroepen als “het rechtvaardige doen en het onrecht nalaten” of “ieder het zijne”.

In 1936 werden deze beginselen nog door Heinrich Rommen als de inhoud van het natuurrecht vastgelegd in zijn studie *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*.

Maar wat voor houvast geven ons deze beginselen? Niet veel, immers wat onrecht is zal toch een positieve wetgeving uit moeten maken en hoe het “zijne” materieel-juridisch bepaald wordt hangt van het positieve recht af.

Voorals het vrijheidsbegrip is, wanneer men dat niet nader omlijnt, ongeschikt als normatieve fundering van het recht. Maar omdat dit begrip zo’n enorme opgang maakt is het misschien verantwoord er iets langer bij stil te staan. Ik zal dat doen door middel van een kort commentaar op het werk van de reeds genoemde Nederlandse natuurrechtelijk geïnspireerde rechtsfilosoof D.H.M. Meuwissen.

Die keuze is overigens betrekkelijk arbitrair. Mijn keuze is op Meuwissen gevallen omdat het interessant is ook wat aandacht te besteden aan de

¹⁴⁹ Hayek, *New studies in philosophy, politics, economics and the history of ideas*, The University of Chicago Press, Chicago 1985 (eerste druk 1978), p. 120.

¹⁵⁰ Fuller, *The law in quest of itself*, p. 103.

Nederlandse traditie. Het feit dat we namelijk in Nederland geen wijsgerige traditie hebben heeft meer te maken met het feit dat we er nooit aan hebben gebouwd dan een mysterieus intrinsieke onbelangrijkheid van onze filosofen. Met een wijsgerige traditie is het als met de beursberichten: een op niets gebaseerde verwachting dat de koers van aandelen gaat zakken heeft een slechte invloed op de koers. Zo is dat ook met de Nederlandse filosofie: de verwachting dat er geen Nederlandse traditie is maakt dat niemand de Nederlandse traditie bestudeert en dat brengt met zich mee dat er nooit zoiets ontstaat als een Nederlandse traditie.

19. *Vrijheid als beginsel van recht*

Het recht, zo schrijft Meuwissen, heeft de pretentie een bepaald doel te verwerkelijken. “We duiden dit doel aan als de rechtsidee”. We kunnen daarbij denken aan orde, vrede, rechtszekerheid, doelmatigheid, gerechtigheid en vrijheid. De vrijheid vormt voor de auteur zelf de inhoud van de rechtsidee.¹⁵¹

Karakteristiek voor het recht is, zo schrijft hij, een zekere spanning. Aan de ene kant staat de rechtsidee en aan de andere kant het juridisch instrumentarium met behulp waarmee deze verwerkelijkt moet worden. Het is duidelijk dat in deze opvatting wet en recht niet samenvallen. Het recht wordt gezien als de uitdrukking van een bovenpositief beginsel en aan dat beginsel ontleent het positieve recht zijn “rechtszin”.¹⁵²

Meuwissen ziet zelf die grondslag van het recht in de vrijheid.¹⁵³ Het recht dient erop gericht te zijn, zo schrijft hij, de uitoefening van de vrijheid zo adequaat mogelijk te realiseren. En daartoe is dan tweemaal noodzakelijk: “In de eerste plaats de erkenning (‘Achtung’) van elkaar als vrij wezen. Het respect voor elkaars persoonlijkheid is primair. In een vrije samenleving dient men elkaar de ‘ruimte’ te laten. Het tweede punt is dat er gezorgd moet

¹⁵¹ Meuwissen, D.H.M., *Recht en vrijheid*, inleiding in de rechtsfilosofie, Aula-paperback, Het Spectrum 1982, p. 14.

¹⁵² Meuwissen, *Recht en vrijheid*, p. 14.

¹⁵³ Meuwissen, *Recht en vrijheid*, p. 99.

worden voor een wezenlijke behoeftebevrediging”.¹⁵⁴

Wat betreft die nadruk op de menselijke waardigheid is er natuurlijk een overeenkomst tussen de rechtsfilosofie van Meuwissen te constateren en de Kantiaanse ethiek. Kant gaat, net als Pascal, uit van de tweeslachtige positie van de mens:

Der Mensch im System der Natur (homo phaenomenon, animal rationale) ist von geringer Bedeutung und hat mit den überigen Tieren, als Erzeugnissen des Bodens, einen gemeinen Wert (pretium vulgare).¹⁵⁵

Alleen wanneer we de mens als persoon beschouwen als “Subjekt einer moralisch-praktischen Vernunft” is hij boven elke prijs verheven.¹⁵⁶ Deze menselijke waardigheid en het persoon-zijn hangen nauw samen met de vrijheid. Dat geldt ook voor Meuwissen:

Omdat de vrijheid de kern van het persoonzijn uitmaakt, behoort zij zich te realiseren; is zij de grond van de verbindende kracht van het recht en het criterium om de kwaliteit van dit recht te beoordelen. De vrijheid is dus het beginsel waarop de normativiteit van het positieve recht berust.¹⁵⁷

20. *Vaag criterium geen bouwast*

Naar mijn idee zijn er een aantal moeilijkheden met een dergelijk natuurrechtelijk denken. Men kan zich afvragen of vrijheid als grondslag van het recht niet een te algemeen begrip is. Verdient het geen aanbeveling

¹⁵⁴ Meuwissen, *Recht en vrijheid*, p. 163.

¹⁵⁵ Kant, Immanuel, *Die metaphysik der Sitten*, hrg. Wilhelm Weischedel, Werkausgabe, VIII Suhrkamp, Frankfurt am Main, p. 568.

¹⁵⁶ Kant, *op. cit.*, p. 569.

¹⁵⁷ Meuwissen, *Recht en vrijheid*, p. 175. Vgl. van dezelfde schrijver ook: *Grondrechten*, Utrecht/Antwerpen 1984, p. 19.

verder te zoeken naar concretere criteria om het positieve recht te beoordelen?

Ik denk het wel. Althans ik denk niet dat wij met “vrijheid” een criterium in handen hebben waarmee *praktisch* iets te beginnen valt.¹⁵⁸ Elk terreurregime kan volhouden dat het de vrijheid verwerkelijkt. Het begrip vrijheid is zo uitermate veelduidig, dat je toch op zijn minst zult moeten proberen dit verder uit te werken naar concretere principes die wél enig houvast kunnen geven bij de beoordeling van het positieve recht. En dat zou bijvoorbeeld kunnen geschieden door het recht te funderen in *rechtsbeginselen*.

Een tweede punt dat men kan aanvoeren tegen de benadering van *Recht en vrijheid* is dat het vrijheidsbegrip onduidelijk blijft. Hayek schrijft wanneer hij een aantal verschillende vrijheidsbegrippen behandelt (politieke vrijheid, fysieke vrijheid, meta-fysische vrijheid) dat “the suggestion must be avoided that, because we employ the same word, these ‘liberties’ are different species of the same genus”.¹⁵⁹

Laat ik er één zo’n vrijheidsbegrip uitlichten en daar wat kanttekeningen bij maken. Het lijkt mij overigens wel het belangrijkste vrijheidsbegrip in Meuwissens werk: vrijheid als zelfverwerkelijking, als de verwerkelijking van een “eigen natuur”.

We hebben hiervoor al gezien hoe dit in verband werd gebracht met de menselijke waardigheid en het persoon-zijn: “Omdat de vrijheid de kern van het persoon-zijn uitmaakt, behoort zij zich te realiseren”, schrijft hij.¹⁶⁰ “Wanneer iemand zijn vrijheid uitoefent verwezenlijkt hij “zichzelf”, zijn eigen “wezen”, zijn eigen natuur”.¹⁶¹ En omdat ethiek de sfeer is waarin het gaat om de realisatie van die vrijheid, zegt hij:

¹⁵⁸ Vgl. Weinreb, Lloyd L., *Natural law and justice*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts/London, England 1987, p. 62: “if we think of natural law principally as a standard of morality or guide to conduct, the theory is worth little; its directives are too general and abstract”.

¹⁵⁹ Hayek, *The constitution of liberty*, Routledge & Kegan Paul, London and Henley 1976 (eerste druk 1960), p. 18.

¹⁶⁰ Meuwissen, *Recht en vrijheid*, p. 175.

¹⁶¹ Meuwissen, *Recht en vrijheid*, p. 187.

Daarin verwerkelijk de mens zijn eigen natuur. Deze natuur legt hem niet vast op bepaalde alternatieven, maar betekent een “open ruimte”, waarbinnen voor de persoon allerlei mogelijkheden aanwezig zijn zichzelf te bepalen”.¹⁶²

Wat staat hier? Hier staat dat mensen een eigen wezen of natuur hebben die zich dient te verwerkelijken.

Dat is natuurlijk een eeuwenoude opvatting. Het is *werde der du bist* dat in het systeem van Aristoteles een indrukwekkende uitwerking heeft gekregen.¹⁶³ Terwijl Plato leerde dat elke vorm van verandering eigenlijk getuigt van imperfectie, kenmerkt zich de theorie van Aristoteles door een zeker optimisme, schrijft Popper in *The open society*¹⁶⁴: “Aristotle’s theory admits of changes which are improvements; thus change may be progress”. De Platoonse vormen worden door hem als aan de dingen immanent gedacht en “the form or essence of anything developing is identical with the purpose or end or final state toward which it develops”.

Dat hiermee ook het fundament gegeven is voor de teleologische natuurrechtsleer wordt helder onder woorden gebracht door H.L.A. Hart. In de teleologische benadering, zo schrijft hij in *The concept of law*, “the events regularly befalling things are not thought of merely as accruing regularly, and the questions whether they do occur regularly and whether they should or whether it is good that they occur are not regarded as separate questions”.¹⁶⁵

Dat mag fantastisch klinken, zegt Hart dan, maar als we naar de organische natuur kijken zien we ook welke charme van deze visie uitgaat:

¹⁶² Meuwissen, *Recht en vrijheid*, p. 187.

¹⁶³ Vgl. ook Nietzsche, Friedrich, *Werke*, II, herausgegeben von Karl Schlechta, Ullstein Buch, Frankfurt am Main 1972, p. 753. De ontplooiingsethiek vindt overigens ook in humanistische kringen aanhang. Vgl. Praag, J.P. van, *Modern humanisme*, Een Renaissance?, Uitgeverij Contact, Amsterdam 1947, p. 73 e.v.

¹⁶⁴ Popper, K.R., *The open society and its enemies*, twee delen, Routledge & Kegan Paul, London 1977 (eerste druk 1945), II, p. 15.

¹⁶⁵ Hart, H.L.A., *The concept of law*, Oxford University Press, Oxford etc. 1961, p. 185. Vgl. tevens: Welzel, Hans, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Unveränderter Nachdruck der 4. Auflage, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1980, p. 29 e.v.

Thus in the case of an acorn, growth into an oak is something which is not only regularly achieved by acorns, but is distinguished unlike its decay (which is also regular) as an optimum state of maturity in the light of which the intermediate stages are both explained and judged as good or bad, and the “functions” of its various parts and structural changes identified.¹⁶⁶

Kortom: eikels moeten eikebomen worden, want het is de natuur van de eikel een boom te worden: daarin verwerkelijkt hij zichzelf.¹⁶⁷

Nu heeft dit organicistisch model ongetwijfeld zijn aantrekkelijkheden, maar het heeft ook problematische kanten en ik vraag mij af of die wel bij Meuwissen voldoende zijn overwogen. Hij schrijft: Wanneer iemand zijn vrijheid uitoefent verwezenlijkt hij “zichzelf”, zijn eigen “wezen”, zijn eigen “natuur”. Mijn vraag is dan: vooronderstelt de wenselijkheid van deze zelfverwerkelijking niet een geloof in de goedheid van dat wezen of die natuur? En is het realistisch om daar maar zonder meer vanuit te gaan?

Als de norm luidt dat iedereen zich verwerkelijkt, geldt dat dan ook voor het wezen of de natuur van de roofmoordenaar? Het probleem met het zelfverwerkelijkingsmodel is dat het altijd gaat over lammetjes die lammeren moeten worden, eikeltjes die eikebomen moeten worden - groei en bloei zijn troef in deze optimistische kijk op de werkelijkheid. Maar bloedzuigers en pestbacteriën komen in het verhaal over het algemeen niet voor. Hebben die dan geen natuur? Of is dat soms een natuur die niet verwerkelijkt moet worden?

21. *Natura corrupta*

Nu weet ik wel dat Meuwissen zijn enthousiasme over het verwezenlijken

¹⁶⁶ Hart, H.L.A., *The concept of law*, p. 185.

¹⁶⁷ Vgl. voor een tussenstandpunt tussen positieve vrijheid en negatieve vrijheid: Glastra van Loon, J.F., “Een liberale maatschappijvisie?”, in: *Honderd jaar liberale partijvorming, 1885-1985*, themanummer van *Liberté, Egalité et Fraternité*, een uitgave van de Jongerenorganisatie Vrijheid en Democratie, derde jaargang, nummer 11, september 1985, p. 66.

van de eigen natuur alleen ventileert met betrekking tot de mens. Maar dat doet niets af aan de problemen: je blijft dan nog altijd met de slechte mensen zitten.

Iemand die dat heel scherp heeft gevoeld is Schopenhauer. In zijn *Über die Freiheit des Willens* stelt hij zich op het Aristotelisch standpunt dat elke ontwikkeling, ook die van de mens, begrepen moet worden als verwerkelijking van een wezen of een natuur. Alles wat bestaat, zo schrijft hij, moet een “ihm wesentliche eigentümliche Natur” hebben.¹⁶⁸ Bij de mens heet die natuur *karakter* en gedurende de levensloop, wanneer zich de menselijke natuur verwerkelijkt in uiterlijk waarneembaar gedrag, komt dat karakter tot uiting. “Durch das, was wir tun, erfahren wir bloss, was wir sind”.¹⁶⁹

Het aardige van Schopenhauer is nu dat hij stelt dat dit zelfverwerkingsproces helemaal niet zo prettig hoeft uit te pakken. Het kan zeer goed zijn dat men zich “über sich selbst enttäuscht, wenn man entdeckt, dass man diese oder jene Eigenschaft, z.B. Gerechtigkeit, Uneigennützigkeit, Mut, nicht in dem Grade besitzt, als man gütigst voraussetzte”.¹⁷⁰

Kortom, dat verwerkelijkingsproces kan wel eens op een grote teleurstelling uitlopen. En moet men het dan nog als norm blijven beschouwen? Ik denk van niet: zelfverwerkelijking kan dan ook niet worden geaccepteerd als een algemene norm. Net als je mocht willen dat bepaalde mensen hun engagement voor zich hadden gehouden (Heidegger, Drieu de la Rochelle, Ernst Jünger, Jean-Paul Sartre, Harry Mulisch, Ezra Pound, Celine)¹⁷¹, zo zou je ook wensen dat bepaalde naturen zich niet verwerkelijken.

¹⁶⁸ Schopenhauer, Arthur, *Über die Grundlage der Moral*, in: *Sämtliche Werke*, Band III, textkritisch bearbeitet und herausgegeben von Wolfgang Frhr. von Löhneysen, Cotta-Verlag/Insel-Verlag, p. 578.

¹⁶⁹ Schopenhauer, Arthur, *Über die Grundlage der Moral*, p. 581.

¹⁷⁰ Vgl. over Schopenhauers visie op het karakter: Cliteur, Paul, “Schopenhauer en het strafrecht”, in: *Algemeen Nederlands tijdschrift voor wijsbegeerte*, 77e jaargang, aflevering 3, juli 1985, pp. 149-163 en verder: Cliteur, Paul, “De strafrechtstheorie van Leo Polak in hedendaags perspectief”, in: *Ars Aequi*, Jaargang 32, nr. 4, april 1983, pp. 353-361.

¹⁷¹ Vgl. Drion, H. *Denken zonder diploma*, Van Oorschot, Amsterdam 1986, p. 18.

Nu is het misschien niet realistisch te verlangen dat Meuwissen een van de belangrijkste problemen van de westerse metafysica tot een oplossing brengt. Maar hij had het probleem in ieder geval wel mogen signaleren. Het is overigens al een probleem dat bij Plato speelt wanneer hij spreekt over het kwaad. Eigenlijk is daarvoor geen plaats ingeruimd in het denken van de klassieke filosofen. Het kwaad kan slechts worden gezien als een afwezigheid van het goede, maar een zelfstandige realiteit heeft het niet¹⁷² (de *privatio*-gedachte). Het is een grote verdienste van de Calvinistische stroming in het Christendom en de conservatieve reactie op de verlichtingsidealen opnieuw de aandacht voor een gecorrumpeerde natuur te

¹⁷² Vgl. voor een beknopte samenvatting van deze problematiek het stukje “evil as privation” in: *The Encyclopedia of Philosophy*, Paul Edwards (ed.), Vol.3, London reprint edition 1972, p. 137.

Het kwaad kon in de neo-platoonse denkwereld van Plotinus geen zelfstandige realiteit zijn: “Nothing evil exists in itself, but only as an evil aspect of some actual entity” (Plotinus). Ook bij Augustinus vinden we de gelijkstelling van zijn met goedheid, waarbij God, als het meest volmaakte wezen ook de hoogste graad van *zijn* vertegenwoordigt. Vgl. Augustinus, *De stad van God*, vertaald en ingeleid door Gerard Wijdeveld, Amsterdam 1983, p. 543: “God is de hoogste essentie, dat wil zeggen dat Hij in de hoogste mate is, en daarom ook onveranderlijk is. Hij heeft aan de dingen die Hij uit het niets heeft geschapen, het zijn gegeven, echter niet het hoogste zijn, zoals Hijzelf dat is”. En verder: “Alle naturen zijn dus zeker goed”. Wanneer men met deze antieke gedachte breekt en stelt dat het kwaad een tot de wortel van de werkelijkheid behorend fenomeen is heeft dat verregaande consequenties. Schopenhauer was die mening toegedaan en achtte deze overtuiging - die ook in de erfzondeleer besloten ligt - de ware kern van het christendom. Vgl. ook Kolakowski's herwaardering van de duivel: “De aanwezigheid van de duivel bevestigt ongetwijfeld dat het kwaad een vast bestanddeel van de wereld is” (in: *Essays van Leszek Kolakowski*, Utrecht/Antwerpen 1983, p. 86).

Het is duidelijk dat met deze meer pessimistische leer aangaande de menselijke en niet-menselijke natuur iedere gedachte van een ideaal recht dat uit de natuur afgeleid zou kunnen worden komt te vervallen. Daarop wordt ook door Langemeijer gewezen in zijn preadvies over *De huidige betekenis van het natuurrecht* (in: *Handelingen van de vereniging voor wijsbegeerte des rechts* 1958, eerste gedeelte, p. 35): “Het ligt voor de hand dat de hinderpalen voor een denkwijze, die zou beantwoorden aan de voorstelling, die het woord ‘natuurrecht’ aanvankelijk oproept, in de Protestantse levensbeschouwing uitzonderlijk sterk moeten zijn, reeds als gevolg van de leer van de radicale versterking van de menselijke rede door de zondeval”. Vgl. hierover ook: Stace, W.T., *Religion and the modern mind*, Macmillan & Co. LTD, London 1953, p. 6.

hebben gevraagd (*natura corrupta*).¹⁷³ “Out of the crooked timber of humanity never a straight thing can be made” - dat is ook een, door antiperfectionistische denkers als Berlin graag geciteerde, uitspraak van Kant.¹⁷⁴ Het is dus niet alleen menselijke waardigheid en vrijheid wat de klok slaat bij de grote Koningsberger, maar een diep besef van “the blind sides of human nature”.¹⁷⁵

Ik denk dat het werk van Meuwissen aan overtuigingskracht zou winnen wanneer *die* dimensie van de werkelijkheid geen gesloten boek voor hem zou blijven. We zullen trouwens nog zien dat juist op dit punt het superieure karakter van een romantisch-conservatieve natuurrechtsleer aan het licht komt: deze heeft namelijk het dubieus anthropologisch en kosmologisch optimisme van de klassieke natuurrechtsleer als fundament niet nodig.¹⁷⁶ Integendeel, dit wordt door vele conservatieve denkers juist afgewezen als zowel illusoir alsook politiek fnuikend. Ik zal later nog het werk behandelen van de Joodse historicus Jacob Leib Talmon en dan in het bijzonder zijn *The origins of totalitarian democracy* waaruit blijkt dat het geloof in een goede menselijke natuur een van de belangrijkste inspiratiebronnen voor het modern totalitarisme vormde. Ook zal ik bij de behandeling van het werk van Paul Scholten, die de natuurrechtsleer een optimistische anthropologie toedicht, nog laten zien hoe men een pessimistisch mensbeeld kan verenigen met een optimistische toekomstverwachting.

Maar eerst zal ik ingaan op de kwestie van de ideologie. We hebben gezien dat Kelsen als een van de argumenten tegen het natuurrechtelijk

¹⁷³ Vgl. hierover ook Dooyeweerd, Herman, *The christian idea of the state*, The craig press, Nutley, New Jersey 1978, p. 6.

¹⁷⁴ “...aus so krummen Holze, als woraus der Mensch gemacht ist, kann nichts ganz Gerades gezimmert werden”, aldus Kant in zijn *Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht*. Citaat bij: Isaiah Berlin, *Against the current*, Oxford University Press 1981, p. 148. Vgl. over de ambivalente houding van Kant tussen perfectionisme en antiperfectionisme ook: Cliteur, Paul, “Kant’s Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht”, in *Civis Mundi*, juni 1984, p. 87 e.v.

¹⁷⁵ Uitspraak van Hume. Vgl. Hume, David, *Of the standard of taste and other essays*, Indianapolis 1965, p. 140.

¹⁷⁶ Wel een ander soort optimisme overigens dat men als evolutionair aan zou kunnen duiden.

denken in het geding bracht dat het hierbij zou gaan om een ideologisch geïnspireerde rechtsleer. Ik denk dat Kelsen hier tot op zekere hoogte gelijk in heeft, maar ik zie het niet als een bezwaar. Wat ik in het navolgende zal proberen te beargumenteren is dat elke rechtsfilosofische richting gedragen wordt door ideologische premissen; ook de Reine Rechtslehre.

22. *Hans Kelsen en de ideologiekritiek*

In 1969 verscheen de biografie van Hans Kelsen. De biografie was geschreven door zijn leerling Rudolf Aladar Métall en wel “dans un effort continuel d’objectivité”, zoals een recensent opmerkt, terwijl wij toch voortdurend “la participation et l’admiration de l’auteur” zien doorschemeren.¹⁷⁷

Wat ons in het boek van Métall getoond wordt is een Kelsen zoals hij zichzelf graag gezien heeft: vrij van vooroordeel en met een wetenschappelijk temperament. Eigenlijk heeft hij een biografie geschreven volgens de principes van de Reine Rechtslehre: surtout point d’idéologie!

Maar het is een belangwekkend boek. Vooral intrigerend is de volgende uitspraak: “Kelsens kritische Auseinandersetzungen mit der herrschenden Lehre auf den verschiedenen von ihm behandelten Fachgebieten waren weitgehend eine Ideologiekritik. Viele seiner Arbeiten liessen sich daher ohne weiteres unter diesem Sammelbegriff zusammenstellen”.¹⁷⁸ Het zou interessant zijn om deze opmerking nu eens serieus te nemen: om “viele seiner Arbeiten” te begrijpen als ideologiekritiek, met daarin de vragen die hem niet alleen als “mens niet koud konden laten”¹⁷⁹, maar kennelijk ook

¹⁷⁷ Losano, Mario G., in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1971, p. 601.

¹⁷⁸ Vgl. over de ideologiekritiek van Kelsen ook het speciaal aan Kelsen gewijde nummer van *Recht en kritiek*, nr. 3, 1980, en in het bijzonder de artikelen van Jan Klanderman: “Hans Kelsen en de ‘Reine Rechtslehre’” en “Ideologiekritiek bij Kelsen”.

¹⁷⁹ Uitspraak van Van Haersolte in het voor een belangrijk deel aan Kelsen gewijde opstel “Het formele positivisme” (*Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en rechtstheorie* 1979, later ook in: *De mens en het zijne*, Zwolle 1984, p. 192). Van Haersolte schrijft: “Er zijn een aantal vragen welke een formeel positivist als zodanig niet stelt en die dus ook niet oplost, maar die hij anderen niet kan beletten wèl te stellen en die ook hemzelf als mens niet koud kunnen laten”. We zullen zien dat Kelsen in zijn ideologiekritiek niets anders

niet als wetenschapper. We zullen dan tevens zien dat de ideologiekritiek zèlf een ideologische basis heeft.

23. *Tantum ideologia potuit suadere malorum*

Dat Kelsen door het vraagstuk van ideologieën en in het bijzonder de fnuikende invloed daarvan op een vrije wetenschapsbeoefening moet zijn gebiologeerd ligt gezien zijn levensloop voor de hand.

Hij werd op 11 okt. 1881 in Praag geboren als zoon van ouders die, zoals dat heette, de “Mozaïsche religie” waren toegedaan.

Geïnteresseerd in filosofische problemen raakte hij door lezing van Büchners *Kraft und Stoff*, maar het materialisme was iets dat hem slechts tijdelijk kon bekoren: “sie war ihm nur als Reaktion gegen die primitive religiöse Einstellung der Schule willkommen gewesen, die von Anfang an seine Opposition wachgerufen hatte”.¹⁸⁰ Later voelde hij zich ook nog een tijd aangetrokken tot de pessimistisch-idealistische filosofie van Schopenhauer en via Schopenhauer kwam hij bij Kant terecht.

Isaiah Berlin heeft prachtig beschreven¹⁸¹ hoe voor vele Duitse negentiende eeuwse Joden hun joodse identiteit een probleem vormde. Het belemmerde hun maatschappelijke perspectieven en riep hetzij een reactie van vurig semitisme, hetzij van het ontkennen van de Joodse achtergrond op. Karl Marx en Kelsen kozen voor dat laatste. “Offenbar war nicht nur die jüdische Religionszugehörigkeit, sondern auch die blossе jüdische Abstammung ein ernstes Hindernis für eine akademische Karriere schon im francisco-josephinischen Osterreich”.¹⁸² Kelsen was zich daarvan natuurlijk

heeft gedaan dan anderen voortdurend verbieden vragen te stellen die hemzelf, Kelsen, inderdaad niet koud lieten en die hij in zijn wetenschappelijk werk ook onophoudelijk beantwoord heeft - zonder dat te willen erkennen overigens.

¹⁸⁰ Métall, R.A., *Hans Kelsen Leben und Werk*, Wien 1969, p. 4.

¹⁸¹ Vgl. bijvoorbeeld het essay “Benjamin Disraeli, Karl Marx and the search for identity”, in: *Against the current*, Oxford/Toronto/Melbourne 1981, p. 252 e.v.

¹⁸² Métall, *Hans Kelsen Leben und Werk*, Wien 1969, p. 11.

pijnlijk bewust en nog gedurende het leven van zijn vader, in 1905, had hij zich laten dopen. Tot die beslissing was hij gekomen, aldus Métall, nadat hij besloten had een academische loopbaan te kiezen, “da er sonst bei dem nicht nur rassistisch, sondern auch religiös bestimmten Antisemitismus, der an den Osterreichischen Hochschulen herrschte, keine Aussichten auf ein Fortkommen zu haben schien”.

Het waren geen religieuze gronden die Kelsen tot de doop brachten, aldus Métall, want hij was in dat opzicht “völlig indifferent”. Wie echter de verdere levensloop van Kelsen volgt kan zich haast niet voorstellen dat deze “volledige onverschilligheid” niet eerder plaats heeft moeten maken voor een diepgewortelde afkeer van elke vorm van religieuze of ideologische preoccupatie, een afkeer die zo pregnant naar voren komt in zijn ideologiekritische geschriften.

Op zeer onaangename wijze werd hij al geconfronteerd met zijn achtergrond tijdens een sollicitatie voor een baan bij de Weense “Universitätskanzlei”. Aanvankelijk leek hij de bestgekwalificeerde kandidaat maar navraag bij het doopregister maakte zijn benoeming onmogelijk: “die Ernennung eines Judenstämmings käme wegen der ständigen Beziehungen der zur Besetzung gelangenden Stelle zu den deutschnational-antisemitischen Studenten nicht in Frage”.¹⁸³

Ook andere gebeurtenissen moeten hem duidelijk hebben gemaakt op welke ingrijpende wijze ideologieën de wetenschappelijke en burgerlijke vrijheid in kunnen perken. Toen eind januari 1933 de nationaal-socialisten in Duitsland aan de macht kwamen was het duidelijk dat zijn dagen in Keulen (hij doceerde aan de universiteit van 1930-33) waren geteld. Toch kwam het einde nog onverwacht: op een ochtend zat hij aan het ontbijt de krant te lezen toen zijn vrouw hem attendeerde op een bericht op de achterpagina. Het bleek te gaan over de “Beurlaubung” van ene Prof.H. Kelsen, hetgeen praktisch betekende: zijn ontslag.

Conflicten deden zich ook voor bij zijn aanstelling aan de universiteit van Praag. Prof. F.X. Weiss had zich sterk gemaakt voor een benoeming van Kelsen, maar tijdens een van zijn colleges werd hij op een fluitconcert onthaald: “Niemals Kelsen! Fort nach Moskau!”¹⁸⁴

¹⁸³ Métall, *Hans Kelsen Leben und Werk*, p. 13.

¹⁸⁴ Vgl. Métall in zijn opstel “Die politische Befangenheit der Reinen Rechtslehre” (in: *33 Beiträge, zur Reinen Rechtslehre*, hrsg. R.A. Métall, Wien 1974, p. 255). Métall wijst erop dat

Deze gebeurtenissen stimuleerden de grondlegger van de Reine Rechtslehre natuurlijk niet daadwerkelijk naar Praag te komen, maar uiteindelijk ging hij toch. De moeilijkheden bleven niet uit. De nationaal-socialistische *Völkischer Beobachter* van 23 okt. 1936 begon met stemming te maken tegen “die Ernennung des jüdischen Emigranten Dr Hans Kelsen” en tijdens een college kwam het tot vechtpartijen tussen nationaal-socialistische en andere studenten. Op een gegeven moment werd er van achter uit de zaal geroepen “Alle verlassen den Saal, nur Juden und Kommunisten bleiben!, waarop de nationaal-socialisten de zaal verlieten, zich voor de deur posteerden en anderen beletten de colleges te bezoeken. In die tijd ontving Kelsen ook meerdere, met een hakenkruis ondertekende, dreigbrieven waarin hij gesommeerd werd de universiteit te verlaten. Een bezoek van de weduwe van Theodor Lessing die eveneens vermoord was na dergelijke brieven ontvangen te hebben, kon hem sterken in de overtuiging dat het de nationaal-socialistische studenten ernst was.

Een hoogtepunt bereikte de precaire situatie toen de politie bekend was geworden dat er door de studenten een aanslag werd beraamd op Kelsen. Hij werd toen bewaakt door twee detectives die hem overal begeleidden. “In meinen Vorlesungen”, schrijft Kelsen in zijn ongepubliceerde autobiografie waartoe Métall toegang had, “sass einer in der ersten und der andere in der letzten Bank, ein groteskes Bild akademischer Freiheit!”¹⁸⁵

24. *Methodische zuiverheid*

Het is eigenlijk verbluffend dat Métall deze gebeurtenissen allemaal navertelt en dat hij toch nog schijnt te denken dat Kelsen in zijn nadruk op wetenschappelijke reinheid (het elimineren van politieke, ideologische, religieuze en wereldbeschouwelijke elementen uit een wetenschappelijke rechtstheorie) voornamelijk is beïnvloed door de Marburger richting van het

de Reine Rechtslehre van burgerlijke zijde socialistische sympathieën verweten werd, maar van socialistische zijde als burgerlijk werd afgewezen. Democraten achtten het verder een fascistische ideologie en fascisten een democratische. Vgl. ook Kelsen zelf over deze kwestie in het voorwoord tot zijn *Reine Rechtslehre*, 2e Aufl. Wien 1960, p. V.

¹⁸⁵ Métall, *Hans Kelsen Leben und Werk*, p. 72.

Kantianisme. “Mit der Vertiefung in die auf höchste Methodenreinheit abzielende Kantische Philosophie Marburger Richtung schärfte sich auch Kelsens Blick für die zahlreichen höchst bedenklichen Trübungen, welche die juristische Theorie durch bewusste oder unbewusste politische Tendenzen erfährt”.¹⁸⁶

Wat Kelsen tegenstond in natuurrechtelijk geïnspireerde theorieën was zeker niet alleen dat daarin de scheiding tussen Sein en Sollen onvoldoende wordt gerespecteerd, maar het waren ook duidelijk politiek-ideologische bezwaren die hem in zijn ideologiekritiek motiveerden. Nergens komt dat beter tot uitdrukking dan in het volgende citaat: “Die Frage, die auf das Naturrecht zielt, ist die ewige Frage, was hinter dem positiven Recht steckt. Und wer die Antwort sucht, der findet, fürchte ich, nicht die absolute Wahrheit einer Metaphysik noch die absolute Gerechtigkeit eines Naturrechts. Wer den Schleier hebt und sein Auge nicht schliesst, dem starrt das Gorgonenhaupt der Macht entgegen”.¹⁸⁷

Een van de belangrijkste boeken waarin Kelsen zijn kritiek op de natuurrechtsleer heeft ontvouwd is ongetwijfeld *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus* (1928). Het is in dit geschrift dat hij voor het eerst de natuurrechtsleer bekritiseert met een “in der Geschichte der Rechtswissenschaft fast beispiellosen Leidenschaftlichkeit, die sich in keiner Weise aus den sachlichen Gegensätzen erklären lässt” om maar eens de woorden te gebruiken waarmee hijzelf de kritiek van anderen op de *Reine Rechtslehre* typeert. De enorme heftigheid waarmee de polemieek tegen de Reine Rechtslehre gevoerd wordt, zegt Kelsen, doet hem vermoeden “dass sich in dem Kampf gegen die Reine Rechtslehre nicht nur wissenschaftliche, sondern vor allem politische, also höchst affektbetonte Motive auswerken”.¹⁸⁸

Dat laat zich ook prima zeggen van de ideologiekritiek van Kelsen.

In *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus* gaat Kelsen in op de filosofische grondslagen van het rechtspositivisme om

¹⁸⁶ Métall, *Hans Kelsen Leben und Werk*, p. 16.

¹⁸⁷ Métall, *Hans Kelsen Leben und Werk*, p. 30.

¹⁸⁸ Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Mit einem Anhang: *Das Problem der Gerechtigkeit*, Zweite vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage 1960, Unveränderter Nachdruck 1976, Verlag Franz Deuticke, Wien 1976, p. V.

een “scharfes Gegenbild” tegenover de natuurrechtsleer te krijgen en zo “den grossen, die Rechtswissenschaft seit jeher beherrschenden Gegensatz im engsten Zusammenhang mit den parallelen Strömungen im Bereiche der Philosophie darzustellen”.¹⁸⁹

Karakteristiek voor de natuurrechtsleer is dan volgens Kelsen: “die Annahme einer “natürlichen” Ordnung, deren das gegenseitige Verhalten der Menschen regelnde Normen nicht, wie die Normen des positiven Rechtes, gelten, weil sie “künstlich”, von einer bestimmten menschlichen Autorität gesetzt sind”.¹⁹⁰ Deze natuurrechtelijke normen zouden dan even inzichtelijk zijn als de regels van de logica en dwang zou niet noodzakelijk zijn om die normen te realiseren.

25. *Logische drogredenen en tegenspraken*

Tegen deze opvatting heeft Kelsen een aantal bezwaren die allemaal verband houden met de door hem hartstochtelijk verdedigde scheiding tussen Sein en Sollen. Hoe gaat men namelijk te werk in die natuurrechtsleer? Men vat het natuurrecht op als norm en het positieve recht als iets louter feitelijks. Het kan dan voorkomen dat het feitelijke gedrag van mensen in strijd verkeert met die natuurrechtelijke norm of normen.¹⁹¹ En dat heeft tot gevolg dat aan het positieve recht de gelding komt te ontvallen.

Deze opvatting is echter ongerijmd, meent Kelsen, en hij legt dat uit als volgt:

“Da das positive Recht im Verhältnis zum Naturrecht überhaupt keine ‘Geltung’ hat, weil es für das Naturrecht nicht als gültige Norm, sondern nur als blosses Faktum in Betracht kommt, kann daher die Frage, ob eine Norm des positiven Rechtes, wegen ihrer Übereinstimmung oder ihres Widerspruches im Verhältnis zum Naturrecht, gültig oder ungültig sei, vom

¹⁸⁹ Kelsen, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, Pan Verlag Rof Heise, Berlin 1928.

¹⁹⁰ Kelsen, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, p. 8. Vgl. tevens: Kelsen, *Was ist Gerechtigkeit?*, Zweite Auflage, Franz Deuticke, Wien 1975 (eerste druk 1975), p. 37.

¹⁹¹ Kelsen, *Was ist Gerechtigkeit?*, p. 35 en 38.

Standpunkt der reinen, konsequent entwickelten Idee des Naturrechtes gar nicht gestellt werden”.¹⁹²

Dit citaat illustreert nu voorbeeldig hoe Kelsen te werk gaat. Enerzijds bekritiseert hij de aanhangers van de natuurrechtsleer omdat zij ten onrechte de scheiding tussen Sein en Sollen niet erkennen maar anderzijds ziet hij ook nog kans hun het verwijt te maken dat zij het natuurrecht als louter norm tegenover het positieve recht als louter feitelijkheid contrasteren.¹⁹³ Welnu, één van de twee: of het natuurrecht erkent die scheiding wel of het doet dat niet en men kan dan ook maar tegen één van die posities argumenteren.

Hoe Kelsen ertoe komt om op deze manier te werk te gaan blijkt echter uit het laatste deel van zijn citaat (het spreekwoordelijke venijn in de staart). Daar heeft hij het namelijk over een consequent ontwikkelde natuurrechtsleer. En wat is consequent? Dat is een natuurrechtsleer die beantwoordt aan de aprioristische constructie van Kelsen zelf.

Kelsen lijkt zich dan ook, zoals we hiervoor al hebben opgemerkt, geen zorgen te maken wanneer hij constateert dat de natuurrechtsleer zoals zij zichzelf door de eeuwen heen gepresenteerd heeft niet beantwoordt aan zijn aprioriconstructie: “Allein diese reine Idee des Naturrechtes wird von der historischen Naturrechtslehre nicht festgehalten”, zegt Kelsen die met dit citaat te kennen geeft dat hij kennelijk niet alleen een “reine Rechtslehre” van het positieve recht heeft maar ook van het natuurrecht: De historische werkelijkheid van het natuurrecht wijkt af van het door hem getekende “oerbeeld” van de natuurrechtsleer, geeft Kelsen ook wel toe. Kelsen ziet dus wel degelijk dat tweeduizend jaar natuurrechtsgeschiedenis het door hem getekende “Urbild” (waar zou dat trouwens anders dan uit de geschiedenis vandaan moet komen?) lijkt te logenstraffen maar in plaats van iets te doen aan zijn inadequate begripsvorming wijdt hij dat aan het feit dat de natuurrechtsleer haar eigen “reine Idee” onvoldoende weet te doorvorsen: een taak die hij dan van haar overneemt om vervolgens deze wél consequente theorie met het grootste gemak te weerleggen.

We zien dit proces ook heel duidelijk aan het werk in de verhandeling *The*

¹⁹² Kelsen, *Was ist Gerechtigkeit?*, p. 38. Vgl. tevens p. 33 en 35.

¹⁹³ Vgl. ook de natuurrechtskritiek van Karl Bergbohm in *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, met name p. 170.

*natural-law doctrine before the tribunal of science*¹⁹⁴, een opstel dat voor het eerst in 1949 verscheen en waaruit kan blijken dat Kelsens opvattingen in de loop der jaren niet milder werden. Net als in *Die philosophischen Grundlagen* schetst hij hier twee typen van wereldbeschouwing: de metafysische en de wetenschappelijk-kritische. “The natural-law doctrine”, zo schrijft hij “is characterized by a fundamental dualism of positive and natural law”. Boven het imperfecte positieve recht, dat door mensen is gemaakt, bestaat er een absoluut volmaakt recht in de vorm van een natuurrecht. Maar, zo schrijft Kelsen dan: wat kan een positief recht naast dit natuurrecht nog voor zin hebben? Het positieve recht is dan volstrekt overbodig geworden! Natuurlijk weet Kelsen wel dat elke natuurrechtsaanhanger van Thomas van Aquino tot Arthur Kaufmann¹⁹⁵ dit bezwaar kende en dat zij daarvan niet onder de indruk waren, maar dat verklaart hij dan weer met de mededeling dat zij niet consequent waren, of, nog sterker, zij hadden de moed niet om hun eigen theorie consequent uit te werken: “none of the followers of this doctrine had the courage to be consistent”.¹⁹⁶

¹⁹⁴ Kelsen, “The natural-law doctrine before the tribunal of science”, in: *The western political quarterly*, dec. 1949, later ook in: *What is justice?*, Berkeley and Los Angeles 1960.

¹⁹⁵ Men zou zich af kunnen vragen of het terecht is Kaufmann tot de natuurrechtsaanhangers te rekenen. H.J. Hommes rekent hem in *Een nieuwe herleving van het natuurrecht*, Zwolle 1961, p. 145, wel tot het natuurrecht, zij het dan dat “van een natuurrecht in de traditionele zin geen sprake meer is”. Kaufmanns standpuntsbepaling met betrekking tot het natuurrecht vindt men helder uiteengezet in zijn opstel *Natuurrecht und Geschichtlichkeit* (1957), ook in: *Rechtsphilosophie im Wandel* (2e überarbeitete Auflage, Köln 1984, pp. 1-17). Kaufmann bekritiseert daar de “horror juris naturalis” en het waardenrelativisme van het rechtspositivisme dat “dem totalen Wertnihilismus Tür und Tor geöffnet” heeft. Hij ziet positivering van het recht als noodzakelijke maar niet voldoende voorwaarde voor de gelding van het recht. Vgl. ook de onlangs verschenen vierde bewerkte druk van *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, A. Kaufmann & W. Hassemer (hrsg.), Heidelberg 1985, waarin hij opnieuw de stelling verdedigt dat “die Gesamtwirklichkeit des Rechts weit über das hinausgreift, was der Positivismus davon erfasst hat” (p. 17), maar nu tevreden constateert dat “die Epoche des Rechtspositivismus” teneinde lijkt.

¹⁹⁶ Ook Bergbohm wijst reeds op de zinloze verdubbeling wanneer men naast het natuurrecht een positief recht aanneemt: *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, p. 170: “Warum sind denn, so darf man fragen, noch staatliche Rechtsgesetze nötig, da sie doch den aus der Vernunft geborenen Rechtsnormen nichts, was sie nicht ohnehin besitzen, hinzuzufügen vermögen?” Het antwoord van natuurrechtelijke zijde hierop zou kunnen

26. *Theologie en rechtstheorie*

Een van de elementen waarop Kelsen in bijna al zijn kritieken op de natuurrechtsleer terugkomt is de band die er volgens hem bestaat tussen een religieus-metafysische manier van denken en de natuurrechtsleer. Men kijke naar de geschiedenis: Jehova zou aan Mozes de wetsragels op de berg Sinai overhandigd hebben, Allah resp. de aartsengel Gabriël dicteerde aan Mohammed de Koran, Hammurabi kreeg van de zonnegod het wetboek, de oude Grieken zagen Dikè, de godin van het recht, als een geschenk van Zeus.¹⁹⁷ Ook hier stelt Kelsen weer dat de natuurrechtsleer alleen dan “consistent” kan zijn wanneer deze een religieus karakter aanneemt, immers “it can deduce from nature just rules of human behavior only because and so far as nature is conceived as a revelation of God’s will, so that examining nature amounts to exploring God’s will”.¹⁹⁸ Soms lijkt het er even op of

zijn: natuurrechtelijke principes zijn geen recht, maar wel beginselen van recht. Dit is het standpunt dat in Duitsland wordt voorgestaan door Heinrich Henkel (*Einführung in die Rechtsphilosophie*, 2e Aufl., p. 498 e.v.). Arthur Kaufmann (*Rechtsphilosophie im Wandel*, 2e Aufl., p. 18, 19, 45, 155 e.v.) en Karl Larenz (*Richtiges Recht* 1979, p. 25 e.v.) en in Nederland door Van Eikema Hommes (*De rechtsbeginselen volgens de transcendentiaal-empirische methode*, in G.J. Scholten, D.F. Scheltens, H.J. van Eikema Hommes, *Rechtsbeginselen*, Zwolle 1983). Ook voor deze auteurs, net als in het geval van Kaufmann, kan men zich afvragen of men ze tot de natuurrechtsaanhangers moet rekenen. Van Eikema Hommes zag zichzelf in ieder geval niet zo, maar dat heeft te maken met zijn tamelijk enge begrenzing van de term “natuurrecht”. Vgl. de kritiek van Langemeijer daarop in diens Voordracht door de Kon.Ned.Ak. van Wetensch. 1965 onder de titel *De bruikbaarheid van de term “natuurrecht” en het antwoord van Hommes in: Philosophia Reformata*, 1968, p. 109.

¹⁹⁷ Kelsen, “The natural-law doctrine before the tribunal of science”, in: *The western political quarterly*, dec. 1949, later ook in: *What is justice?*, Berkeley and Los Angeles 1960, p. 47.

¹⁹⁸ Kelsen, “The natural-law doctrine before the tribunal of science”, p. 138. Vgl. tevens: *The foundation of the theory of natural law*, in: Hans Kelsen, *Essays in legal and moral philosophy*, selected and introduced by Ota Weinberger, Dordrecht-Boston 1973, p. 114 e.v.

Kelsen zijn eigen constructie van de natuurrechtsleer laat varen en kijkt wat zich historisch als zodanig heeft gepresenteerd, zoals wanneer hij zegt: “As a matter of fact, there is no natural-law doctrine of any importance which has not a more or less religious character”.¹⁹⁹ Maar ook hier blijkt hij weer voldoende slagen om de arm gehouden te hebben, immers “more or less religious” zal, al naar gelang je die termen invult, ook het werk van LaMettrie wel zijn en eveneens de beperkende clause dat het moet gaan om een “doctrine of any importance” laat altijd nog de mogelijkheid open een niet-religieuze natuurrechtsleer buiten te sluiten als een van weinig belang. Zelden laat Kelsen zich verleiden om zijn visie te illustreren met voorbeelden en bij de enkele keren dat hij dat doet zijn eenvoudig tegenvoorbeelden te bedenken. Zo probeert hij in *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (1929) aan te tonen dat de metafysisch-absolutistische wereldbeschouwing parallel loopt met een autocratische politiek, terwijl de kritisch-relativistische houding samengaat met sympathie voor democratie. In een voetnoot wijst hij dan op Plato en Heraclitus als metafysici die een autocratische politiek voorstonden en de sofisten die als relativisten een democratische politiek omarmden. Ook het “gewaltige metaphysische Lehrgebäude der mittelalterlichen Scholastik”²⁰⁰ laat zich volgens Kelsen niet scheiden van de autocratische politiek die werd voorgestaan door politieke filosofen uit die tijd. En verder kan men wijzen op Spinoza. Spinoza? denkt de lezer dan. Dat was toch een volbloed metafysicus en tevens democraat! Maar Kelsen schrijft dat zijn pantheïsme als “Wendung von der Metaphysik zu empirischer Naturerkenntnis verstanden werden muss”²⁰¹, zodat via deze Spinozainterpretatie ook diens werk als illustratie voor het door Kelsen te bewijzen verband kan worden opgevoerd. Dat Machiavelli (empiricus en geen democraat), Hobbes (idem), Voltaire (idem) en Thomas van Aquino (metafysicus met democratische tendenzen) en vele anderen niet in het schema passen lijkt Kelsen niet te storen, en in 1948, toen hij *Absolutism and relativism in philosophy and politics*, publiceerde bleek hij er nog precies zo over

¹⁹⁹ Kelsen, “The natural-law doctrine before the tribunal of science”, p. 138.

²⁰⁰ Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 1929, neudruck Aalen 1963, p. 28. Vgl. tevens: Hans Kelsen, *Staatsform und Weltanschauung*, Tübingen 1933, p. 26 e.v.

²⁰¹ Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, p. 118.

te denken.²⁰²

Frappant is dat Kelsen zelf niet lijkt in te zien hoezeer zijn denken doortrokken is van dat typisch negentiende eeuwse wetenschapspositivisme. “Under the fundamental law of evolution as formulated by Comte, mankind

²⁰² Kelsen, “Absolutism and relativism in philosophy and politics”, in: *American Political Science Review*, oct. 1948, ook in: *What is justice?* Vgl. ook Kelsen, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, p. 14. De poging metafysische filosofie in diskrediet te brengen door deze te verbinden met autocratische politiek was ook een van de programmapunten van de Verlichting en het logisch-positivisme. En dat het zichzelf ziet als een uitwerking van de idealen van de Verlichting blijkt duidelijk uit het manifest van de Weense Kring dat, geschreven door Carnap, Hahn en Neurath in 1929 verscheen onder de titel *Wissenschaftliche Weltauffassung - der Wiener Kreis*. Men stelt zich expliciet tot doel de “Geist der Aufklärung” te verdedigen tegen “metaphysisches und theologisierendes Denken”. Vgl. Neurath, Otto (samen met Carnap, Rudolf en Hahn, Hans), *Wissenschaftliche Weltauffassung - der Wiener Kreis*, in: Neurath, Otto, *Wissenschaftliche Weltauffassung, Sozialismus und Logischer Empirismus*, herausgegeben von Rainer Hengselmann, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1979, p. 81. “Diesem Geist der Aufklärung ist es zu danken, dass Wien in der wissenschaftlich orientierten Volksbildung führend gewesen ist”. Het liberalisme was de dominante politieke richting en “antimetafysischer Geist gepflegt” werd er door Gomperz, Suess en Jodl. Die laatste heeft ook invloed uitgeoefend op Kelsen. Jodl (1849-1914) doceerde vanaf 1896 aan de universiteit van Wenen. Hij verwierp kategorisch alle vormen van metafysica en zag de taak van de filosofie in het funderen van een wetenschappelijke levenshouding. Ethische waarden waren volgens hem onderwerpen aan een continuë verandering en ten aanzien van de vooruitgang van de cultuur was hij optimistisch gestemd; een typische verlichter wiens *Über das Wesen des Naturrechts* van invloed was op het werk van Kelsen die ook naar Jodl verwijst. Dit was de positivistische verlichtingsideologie die zowel in de Weense Kring van logisch-positivisten vloeide alsook in de Weense school van de Rechtsfilosofie. Vergelijk ook het einde van het manifest van Carnap, Hahn en Neurath waarin men de verwachting uitspreekt dat de geest van de wetenschappelijke wereldbeschouwing “in steigendem Masse die Formen persönlichen und öffentlichen Lebens, des Unterrichts, der Erziehung, der Baukunst durchdringt, die Gestaltung des wirtschaftlichen und sozialen Lebens nach rationalen Grundsätzen leiten hilft”: Die wissenschaftliche Weltauffassung dient dem Leben, und das Leben nimmt sie auf, aldus de suggestieve evocatie waarmee het manifest eindigt. (Vgl. ook de opmerking van een andere bekende Oostenrijker Karl Popper: “Ich bin ein alter Aufklärer und Liberaler - und zwar ein vorhegelischer”. Ook Popper is weer optimist en verwijt Hegel het liberalisme in Duitsland vernietigd te hebben. Citaat: Th.W. Adorno, *Der Positivismusstreit in der deutschen Soziologie*, Darmstadt 1969, 1972, p. 152).

passes through three successive stages: the theological, the metaphysical and the positive stage”, schrijft hij in zijn militante artikel *The natural-law doctrine before the doctrine of science*. Wat dan volgt is een kritiek op Comte en Spencer omdat deze grondleggers van de sociologie net als de natuurrechtsaanhangers Sein en Sollen door elkaar halen. Hun boeken “are characterized by the confusion of a description and explanation of the actual social life and the proclamation of normative postulates, of statements about social reality and political value judgements”.²⁰³

De sociale ontwikkeling wordt door hen getekend als een “permanent progress of mankind from a lower to a higher and finally highest stage” en dat hoogste stadium correspondeert dan met hun politieke ideaal. Dat politieke ideaal wordt dus op dezelfde wijze uit de evolutie afgeleid als de natuurrechtsaanhangers hun juiste recht uit de natuur halen, aldus Kelsen. En dat acht hij, zoals we hebben gezien, uiterst verwerpelijk.

Het is werkelijk verbazingwekkend Kelsen hier het positivisme van Comte en Spencer te zien bekritisieren zonder dat hij beseft hoezeer zijn eigen wereldbeeld met dat positivisme verwantschap vertoont. Zo ziet ook Kelsen de ontwikkelingsgeschiedenis van de mensheid als een groeiend emancipatieproces van allerlei religieuze en metafysische voorstellingen. “At the lowest stage of human civilization”, zo schrijft hij, manifesteert zich de gedachte dat de natuur op kan treden als wetgever in het animisme.²⁰⁴ De primitieve mens gelooft dat de dingen in de natuur - dieren, planten, rivieren en sterren aan het firmament - bezielde zijn en dat er geesten in of achter die verschijnselen werkzaam zijn. En omdat men denkt dat die geesten bijzonder machtig zijn dienen zij vereerd te worden. Welnu, Kelsen denkt dat “it can be easily proved that modern science is the result of a process

²⁰³ Over Kelsen en het positivisme vgl. ook Jan Klanderman in *Recht en Kritiek*, nr. 3 1980, p. 309, die wijst op de invloed van Mach en Avenarius. In sommige opstellen vindt men ook een duidelijke invloed van de psychoanalyse (vgl. Métall, *Hans Kelsen Leben und Werk*, p. 41 en W.M. Johnston, *The austrian mind*, California 1983, p. 97 e.v.). Het zou interessant zijn (zoals Dreier suggereert in *Recht-Moral-Ideologie*, Frankfurt am Main 1981, p. 233) de historische samenhang te onderzoeken tussen de vier Weense scholen; die van Freud, Schönberg, Schlick en Kelsen.

²⁰⁴ Kelsen, “The natural-law doctrine before the tribunal of science”, in: *The western political quarterly*, dec. 1949, later ook in: *What is justice?*, Berkeley and Los Angeles 1960, p. 142.

characterized by the tendency of emancipating the interpretation of nature from social categories”.²⁰⁵

Dit stadium van animisme wordt dan opgevolgd door het monotheïsme waarin de natuur wordt opgevat als iets dat door een god geschapen is en daarmee het produkt is van zijn almachtige wil.

Uiteindelijk moet de mythos echter wijken voor de logos, het mythisch-religieus-metafysisch wereldbeeld moet wijken voor het wetenschappelijke, “before the tribunal of science, the natural-law doctrine has no chance”²⁰⁶, waarbij Kelsen onder “science” kennelijk zijn eigen positivistisch wetenschapsgeloof verstaat.

Opvallend zijn hier twee dingen: allereerst dat toch moeilijk volgehouden kan worden dat termen als “primitief” en “emancipatie” een neutrale, waarde vrije, lading hebben. Kelsen constateert niet alleen dat de mensheid zich van een mythisch naar een logisch denken evolueert, nee, hij vindt dat ook goed, wil dat bevorderen en wendt al zijn retoriek aan om dat proces doorgang te laten vinden.

Een tweede karakteristiek element in zijn betoog is het retorisch gebruik van het woord “wetenschap”. In *The natural-law doctrine before the tribunal of science* laat hij zijn argumenten tegen de natuurrechtsleer herhaaldelijk voorafgaan door de verzekering dat hij, Kelsen, toch spreekt in naam van de wetenschap, kennelijk met de suggestie dat zijn tegenstanders er maar het eerbiedig zwijgen toe moeten doen want die spreken in naam van het obscurantistisch bijgeloof, een rudimentair overblijfsel uit het primitieve stadium van het monotheïsme, of nog erger, animisme. “The first objection which must be made from the point of view of science is that this doctrine (nl. de natuurrechtsleer; PC) obliterates the essential difference which exists between scientific laws of nature, the rules by which the science of nature describes its object, and the rules by which ethics and jurisprudence describe their objects, which are morality and law”.²⁰⁷

Maar welke wetenschap leert dat er een essentieel onderscheid bestaat tussen wetten van de natuur en die van de ethiek? Die wetenschap bestaat

²⁰⁵ Kelsen, “The natural-law doctrine before the tribunal of science”, p. 142.

²⁰⁶ Kelsen, “The natural-law doctrine before the tribunal of science”, p. 142.

²⁰⁷ Kelsen, “The natural-law doctrine before the tribunal of science”, *l.c.*

niet! We moeten Kelsens “from the point of view of science” dan ook lezen als: “from the point of view of a certain philosophic methodology”. Maar dat laatste wil Kelsen niet toegeven omdat hij, geheel volgens het positivistisch denkklimaat, zijn eigen opvattingen graag presenteert in de witte jas van de exacte wetenschapper.

Erich Fechner is echter minder onder de indruk van de zuiverheid van de Reine Rechtslehre op dit punt. In zijn opstel *Ideologische elemente in positivistischen Rechtsanschauungen* schrijft hij wat hij onder ideologie verstaat: “die allem menschlichen erkennenden Bewusstsein anhaftende Eigentümlichkeit, seine Gegenstände perspektivisch partiell, optisch mehr oder weniger verzerrt und subjektiv akzentuiert zu erfassen”.²⁰⁸ Alle menselijke kennis is daarmee dus ideologiegeladen, aldus Fechner die zich in dit opzicht aansluit bij Mannheim. Echter ook in een meer enge zin kan het positivisme niet van ideologische elementen vrijgepleit worden. Het positivisme verabsoluteert immers de waarde van rechtszekerheid, objectiviteit en universele geldigheid. “Der bürgerliche Rechtspositivismus meint, die Objektivität und Allgemeingültigkeit seiner Ergebnisse in Anlehnung an das Wissenschaftsideal der Mathematik durch strenge formalbegriffliche Methoden erreichen zu können”.²⁰⁹ Vanwaar deze formalisering van het rechtsdenken in het positivisme? vraagt Fechner. Dat vindt daarin zijn verklaring, zo zegt hij, dat de burgerij er belang bij heeft de vrijheids- en gelijkheidsgedachte steeds verder te formaliseren en van zijn zedelijk gehalte te ontkleden. Het is dan de arme zowel als de rijke verboden brood te stelen en onder bruggen te slapen, en de welgestelde zowel als de minvermogende toegestaan aandeelhouder te worden. Hierin, zo zegt hij, “zeigt sich die in der formalen Gleichheit liegende Vorteilschance des wirtschaftlich Stärkeren - nicht nur,

²⁰⁸ Fechner, Erich, “Ideologische Elemente in positivistischen Rechtsanschauungen”, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft 1970, p. 219.

²⁰⁹ Fechner, Erich, “Ideologische Elemente in positivistischen Rechtsanschauungen”, p. 203. Vandaar ook het grote belang dat rechtspositivisten hechten aan de rechtszekerheid. Vgl. bijv. Kelsens bespreking van het boek van de existentialist Georg Cohn (*Existentialismus und Rechtswissenschaft* (1955) dat onder de titel “Existentialismus in der Rechtswissenschaft?” in ARSP verscheen en later ook in *Die Wiener Rechtstheoretische Schule* is opgenomen. Wat heeft Kelsen tegen de “gesetzesfreien Rechtssprechung” die Cohn voorstaat? Dat is dat dit “nur auf Kosten der Rechtssicherheit zu erreichen” is. Vgl. Klecatsky, *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, p. 773.

aber vor allen - im Rechtsgang, wo der wirtschaftlich Schwächere schon infolge der zur üblichen Praxis zählenden Prozessverteuerungs- Prozessverschleppungsmethoden der finanzstärkeren Partei sich den "Kampf ums Recht" gar nicht erst leisten kann".²¹⁰ Kortom: rechtsformalisme en economische macht behoren wetenschapssociologisch tesamen.

Dat ook Kelsen zelf wel inziert dat hij met zijn Reine Rechtslehre bepaalde ideologische knopen doorhakt blijkt uit het opstel *Was ist Gerechtigkeit?*

27. *Ideologische basis van de Reine Rechtslehre*

Het morele principe dat aan zijn relativisme ten grondslag ligt, schrijft Kelsen daar, "das ist die Forderung, die religiöse oder politische Anschauung anderer wohlwollend zu verstehen, auch wenn man sie nicht teilt, ja gerade, weil man sie nicht teilt, und daher ihre friedlichen Ausserungen nicht zu verhindern".²¹¹

Geheel in de achttiende eeuwse Verlichtingstraditie blijkt Kelsen dan een verdediger van tolerantie te zijn: de hoogste zedelijke waarden hebben zich gecompromitteerd door de intolerantie van diegenen die zich daarvoor inzetten. Op de brandstapel van de Spaanse Inquisitie die ter verdediging van de christelijke religie werd ontstoken zijn niet alleen de lichamen van de ketters verbrand, maar werd ook een van de belangrijkste leerstellingen van Christus opgeofferd: oordeel niet, opdat gij niet geoordeeld wordt. Lovend verwijst Kelsen ook naar Pierre Bayle, evenals het "Toleranzpatent Kaiser Josefs II". En met de tolerantie blijkt dan voor hem ook democratie en wetenschappelijkheid samen te hangen: "Da Demokratie ihrer innersten Natur nach Freiheit, und Freiheit Toleranz bedeutet, ist keine andere Staatsform der Wissenschaft so günstig wie gerade die Demokratie".²¹²

²¹⁰ Vgl. ook: Bianchi, Herman, *Basismodellen in de kriminologie*, Deventer 1980, p. 34.

²¹¹ *O.c.*, *L.c.*

²¹² Interessant is ook hoe Kelsen regelmatig de relativistisch-democratisch en sceptische levenshouding van Pilatus contrasteert met die van Jezus. Vgl. bijv. het eind van *Staatsform und Weltanschauung*. Pilatus als de verpersoonlijking van de Grieks-romeinse cultuur, Jezus als representant van de Joods-Christelijke cultuur, Pilatus vervult in het werk van Kelsen dezelfde rol als Marcus Aurelius in dat van de Verlichtingsphilosophes (vgl. Peter Gay, *The Enlightenment*, Vol. 1, London 1973, p. 120): het toonbeeld van niet-

Uiteindelijk blijkt Kelsen deze idealen ook nog in verband te kunnen brengen met gerechtigheid, waaraan immers zijn brochure gewijd is. Wat gerechtigheid in absolute zin is, weet hij niet, maar “was Gerechtigkeit für mich ist” dat wil hij dan wel zeggen:

“Da Wissenschaft mein Beruf ist und sohin das Wichtigste in meinem Leben, ist es jene Gerechtigkeit, unter deren Schutz Wissenschaft, und mit Wissenschaft Wahrheit und Aufrichtigkeit gedeihen. Es ist die Gerechtigkeit der Freiheit, die Gerechtigkeit des Friedens, die Gerechtigkeit der Demokratie, die Gerechtigkeit der Toleranz”.²¹³

Ideologisch geladen blijkt de Reine Rechtslehre dus ook naar de eigen woorden van Kelsen om op z'n minst drieërlei redenen te zijn: het heeft een basis in voorwetenschappelijke waardekeuzen, die waardekeuzen zijn gelieerd aan een bepaalde maatschappelijke groepering (de wetenschappers) en de aanhangers van die leer zijn zich van hun waardekeuzen vaak maar vaag bewust terwijl zij die als zuiver wetenschappelijk gefundeerd proberen te presenteren en rechtvaardigen.

christelijke, ja heidense deugdzaamheid.

²¹³ Kelsen, *Was ist Gerechtigkeit?*, Zweite Auflage, Franz Deuticke, Wien 1975 (eerste druk 1975), p. 43.