



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## Het spook van Weimar: een democratie in crisis

Blommestijn, R.

### Citation

Blommestijn, R. (2022, April 12). *Het spook van Weimar: een democratie in crisis*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3303445>

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3303445>

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

## Hoofdstuk 5

### Hans Kelsen: legaliteit als basis van de rechtsorde

*A dynamic integration of a plurality assumes that the 'harmony' that reigns in the relevant system results from renewals of the arrangements between the majority and the minority, in contrast with autocratic regimes, which do not tolerate negotiations about the distribution of power.*<sup>704</sup>

Sandrine Baume

#### § 5.1. Inleiding

In hoofdstuk 3 stond de ontwikkeling van het Duitse staatsrecht tussen (ongeveer) 1850 en 1919 centraal. Duidelijk werd dat er twee belangrijke thema's de boventoon voerden in deze periode: enerzijds werden de fundamenteen gelegd voor de methodenstrijd binnen de Duitse rechtsfilosofie en anderzijds stond de staatsvorm zelf ter discussie. Met de inwerkingtreding van de Weimargrondwet, die in hoofdstuk 4 centraal stond, kwam er geen einde aan deze ontwikkelingen – sterker nog, in de jaren na 1919 zou de methodenstrijd zijn hoogtepunt bereiken en zou deze gepaard gaan met filosofische discussies vervat in een groot aantal verschenen verhandelingen over het wezen van de nieuwe democratische staatsvorm. De (rechtsfilosofische) discussies wat betreft de democratische staatsvorm en de kritiek op deze staatsvorm beperkten zich niet tot Duitsland alleen. In de periode tussen 1919 en 1938 werden in Europa maar liefst veertien democratieën omvergeworpen.<sup>705</sup>

Zoals in hoofdstuk 2 duidelijk werd, was de situatie in Duitsland na de inwerkingtreding van de Grondwet explosief. De democratische staatsvorm kreeg zowel kritiek te verduren vanuit de contrarevolutionaire zijde, die democratie in het geheel afwees en haar toevlucht nam in een 'quasi-mythical immediate unity of the *Volk* as symbolized in the Burgfrieden', als vanuit de revolutionaire zijde, die stelde dat er geen werkelijke democratie was gevestigd, aangezien privaat eigendom en hiërarchische verhoudingen grotendeels intact waren gelaten (zie paragraaf 2.3).<sup>706</sup> Het gevolg was vergaande twijfel over de legitimiteit van de constitutie, die in de eerste jaren leidde tot een toestand die veel weghad van een burgeroorlog. Zoals de Amerikaanse historicus Peter Caldwell beschrijft, was

---

<sup>704</sup> Sandrine Baume, *Hans Kelsen and the case for democracy* (John Zvesper vert.), Colchester: ECPR Press 2012, p. 80.

<sup>705</sup> Christoph Gusy, *100 Jahre Weimarer Verfassung. Eine gute Verfassung in schlechter Zeit*, Tübingen: Mohr Siebeck 2018, p. 31.

<sup>706</sup> Peter Caldwell, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law. The Theory & Practice of Weimar Constitutionalism*, Durham/Londen: Duke University Press 1997, p. 5.

dit geheel nieuw voor de Duitse constitutionele theorie: legitimiteit was van oudsher een politiek vraagstuk, dat nooit een rol van betekenis binnen het constitutionele recht had gespeeld.<sup>707</sup>

Om de constitutionele orde te beschermen, maakte de eerste Rijkspresident, de sociaaldemocraat Friedrich Ebert (1871-1925), veelvuldig gebruik van de aan hem toebedeelde bevoegdheden van artikel 48 van de Weimargrondwet.<sup>708</sup> Op 13 oktober 1923, gedurende de hyperinflatie (zie paragraaf 2.5.2), werd door hem wederom een verzoek van de regering om een machtigingswet goedgekeurd die de wetgevende macht over moest dragen aan de regering opdat deze de noodzakelijke economische maatregelen kon nemen. Deze machtigingswet verleende de regering zeer vergaande bevoegdheden. Zo werd bijvoorbeeld het opschorten van grondrechten mogelijk. Op 8 december werd een nieuwe machtigingswet aangenomen (de oude was op 2 november komen te vervallen), die de nieuwe regering iets minder vergaande bevoegdheden verleende. Op basis van artikel 48 van de Grondwet – en beide machtigingswetten – lukte het uiteindelijk om het economische systeem te stabiliseren. De Rijksdag had hierbij geen enkele rol gespeeld.

Tussen november 1923 en januari 1924 kwam het tot een conflict tussen het *Reichsgericht* en de regering. Om de economie te stabiliseren, had de regering besloten om een nieuwe herwaardering van de valuta te verbieden. Hiermee werd direct ingegaan tegen een beslissing van het *Reichsgericht* van 28 november 1923. Het *Reichsgericht* uitte zijn onvrede over dit besluit en betoogde dat de maatregel zou leiden tot de verdamping van het – toch al weinige – spaargeld dat de middenklasse nog overhad. Het leidde volgens de rechters tot een schending van het gelijkheidsbeginsel. Echter, het *Reichsgericht* had niet de bevoegdheid om het beleid van de overheid te toetsen aan de Grondwet en hiermee aan het gelijkheidsbeginsel. Dit betekende dat de rechters feitelijk machteloos stonden tegenover het door de overheid gevoerde beleid. Daarom besloot het *Reichsgericht* op 8 januari 1924 een open brief te schrijven waarin de weerstand en kritiek tegen het regeringsbeleid werd geuit.<sup>709</sup>

Deze brief was aanleiding tot vergaande debatten over de positie van het constitutioneel recht binnen de Duitse Staat. De discipline kwam, ten gevolge hiervan, in een crisis terecht. Het was niet duidelijk wat de discipline nu precies diende te onderzoeken en hoe deze binnen de huidige constitutionele orde paste. Onder het wetspositivisme was iedere politieke betrokkenheid uitgesloten of zelfs verboden geweest, maar nu deze positie in toenemende mate onder druk kwam te staan, was het de vraag waar de discipline zich dan wel mee bezig diende te houden. Hoe moest bijvoorbeeld gereageerd worden op de brief van het *Reichsgericht*? Hoe dienden de maatregelen van de overheid op

---

<sup>707</sup> Caldwell 1997, p. 6. Zie tevens Carl Schmitt, *Dictatorship. From the origin of the modern concept of sovereignty to proletarian class struggle* (Michael Hoelzl & Graham Ward vert.), Cambridge: Polity Press 2016, p. xliv.

<sup>708</sup> Caldwell 1997, p. 5; Patrick Dassen, *Sprong in het duister. Duitsland en de Eerste Wereldoorlog*, Amsterdam: Uitgeverij Van Oorschot 2014, p. 337. Zie tevens Ellen Kennedy, 'Introduction: Carl Schmitt's *Parlamentarismus* in Its Historical Context', in: Carl Schmitt, *The crisis of parliamentary democracy* (Ellen Kennedy vert.), Cambridge/MA: The MIT Press 1985, p. xxix.

<sup>709</sup> Caldwell 1997, p. 80.

basis van de machtigingswetten en artikel 48 van de Grondwet te worden beoordeeld? Moesten deze worden beschouwd als noodmaatregelen of moesten zij als gewone wetgeving worden behandeld?<sup>710</sup>

Toen na 1924 de economische en politieke stabiliteit wederkeerde, was de constitutionele discipline al zo ver verwijderd van haar oorspronkelijke vorm, dat de manier waarop de constitutionele theoretici hun onderzoeksgebied benaderden, voorgoed was veranderd.<sup>711</sup> Het probleem was vooral dat wetspositivisme nog steeds dominant was, maar dat de nieuwe situatie – met al zijn crises – niet langer overeenkwam met het beeld van ‘normale tijden’ waarop de stroming was gebaseerd: de uitzonderingstoestand leek symbool te staan voor de nieuwe werkelijkheid die was aangebroken. Dit leidde ertoe dat steeds meer theoretici zich afwendden van de tot dan toe dominante stroming en zochten naar een andere uitleg van de constitutie die beter aansloot bij de huidige problematiek. Het was tegen deze achtergrond dat het in hoofdstuk 3 al kort besproken radicale positivisme van Hans Kelsen zich verder ontwikkelde. In dit hoofdstuk staan zijn denkbeelden centraal. De vraag die specifiek aan de orde komt is in hoeverre de rechtsfilosofische opvattingen van Kelsen, die een breuk betekenen met het Duitse wetspositivisme, aanknopingspunten bieden om de Weimardemocratie te verdedigen tegen haar vijandige tendensen.

#### § 5.2. *De positivistische democraat*

Zoals ik in hoofdstuk 3 beschreef, is Kelsen een van de belangrijkste filosofen in de methodenstrijd binnen de Duitse rechtsfilosofie. De Duitse rechtswetenschappers Matthias Jestaedt (geb. 1961) en Oliver Lepsius (geb. 1964) benadrukken dat het antidemocratische klimaat waaronder Kelsen zijn relativistische, ideologiekritische, positivistische en aan de Verlichtingsidealen gerelateerde theorie tot stand bracht niet optimaal was.<sup>712</sup> Dit betekent echter niet dat zijn werk niet invloedrijk is geweest. De Italiaanse rechtsgeleerde Paolo Carrozza beschrijft dat de invloed van het werk van Kelsen nog steeds zichtbaar is in de huidige constitutionele context. Hij noemt bijvoorbeeld het feit dat de constitutie wordt beschouwd als een geheel van normen en deze constitutionele normen enkel tot uitdrukking kunnen komen in een proces van interpretatie – bij voorkeur door een constitutioneel hof.<sup>713</sup> Daarnaast zijn Kelsens opvattingen van invloed geweest op het denken over de huidige parlementaire democratie.<sup>714</sup> Zoals de Amerikaanse politicoloog John McCormick (geb. 1954) beschrijft, was Kelsen een belangrijke verdediger van de democratische staatsvorm en diende het recht volgens hem

---

<sup>710</sup> Wolfgang Mommsen, *Max Weber and German Politics 1890-1920* (Michael Steinberg vert.), Chicago/Londen: The University of Chicago Press 1990, p. 163.

<sup>711</sup> Caldwell 1997, p. 6.

<sup>712</sup> Matthias Jestaedt & Oliver Lepsius, ‘Der Rechts- und der Demokratietheoretiker. Hans Kelsen – Eine Einführung’, in: Hans Kelsen, *Verteidigung der Demokratie: Abhandlungen zur Demokratietheorie*, Thüringen: Mohr Siebeck 2006, p. ix.

<sup>713</sup> Paolo Carrozza, ‘Chapter 5. Kelsen and Contemporary Constitutionalism: The Continued Presence of Kelsenian Themes’, in: Peter Langford, Ian Bryan & John McGarry, *Kelsenian Legal Science and the Nature of Law*, Cham: Springer 2017, p. 81.

<sup>714</sup> Carrozza 2017, p. 79.

voornamelijk om deze democratische staatsvorm te verwezenlijken.<sup>715</sup> Over deze onderwerpen kom ik te spreken in paragraaf 5.4.

Naast deze terreinen van invloed, is Kelsens rechtswetenschap ook van onschatbare waarde geweest voor de ontwikkeling van de rechtsfilosofie na afloop van de Weimarrepubliek.<sup>716</sup> Kelsens rechtswetenschappelijke theorie poogt het positieve recht te doorgronden en onderscheidt zich van de bredere, negentiende eeuwse traditie van de interpretatie van het positieve recht.<sup>717</sup> Zoals ik in paragraaf 3.4 beschreef, legt hij de basis van zijn theorie in het werk *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze* (1911).<sup>718</sup> De belangrijkste focus van Kelsen is de verdere uitwerking van het in dit werk ontwikkelde theoretisch kader, dat hij tot uitdrukking brengt in respectievelijk *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts* (1920), *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff* (1922) en *Allgemeine Staatslehre* (1925). Hetgeen hij in deze werken beschrijft culmineert uiteindelijk – komt bij elkaar als ‘synthese’, volgens Caldwell<sup>719</sup> – in zijn *Reine Rechtslehre* (1934).<sup>720</sup> Deze *Reine Rechtslehre* vormt het onderwerp van de volgende paragraaf. Ik kies voor de bespreking van dit werk en niet voor de hiervoor genoemde werken afzonderlijk omdat de versie van de *Reine Rechtslehre* uit 1934 kan worden beschouwd als het meest volledige overzicht van Kelsens werk uit de Weimarrepubliek.<sup>721</sup>

### § 5.3. Kelsens Reine Rechtslehre

Kelsen rechtswetenschappelijke theorie – de zuivere rechtstheorie [*Reine Rechtslehre*] – begint volgens de Amerikaanse filosoof Stanley Paulson, zo beschrijft hij in het voorwoord van de Engelse vertaling van de eerste versie van *Reine Rechtslehre* uit 1934, bij de *jurisprudential antinomy*: de veronderstelling dat iedere rechtsfilosofische theorie dient te beginnen met ofwel een natuurrechtelijk ofwel een empirisch-positivistisch uitgangspunt. Met andere woorden: de focus ligt ofwel op een noodzakelijke verbinding tussen recht en moraal (op de *morality thesis*, ergo natuurrecht) ofwel op de opvatting dat er geen noodzakelijke verbinding hoeft te bestaan tussen recht en moraal (op de *separability thesis*, ergo rechtspositivisme).<sup>722</sup>

---

<sup>715</sup> John McCormick, ‘Legal Theory and the Weimar Crisis of Law and Social Change’, in: Peter Gordon & John McCormick (red.), *Weimar Thought: A Contested Legacy*, Princeton: Princeton University Press 2013, p. 40.

<sup>716</sup> Eerik Lagerspetz, ‘Kelsen on Democracy and Majority Decision’, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 103, 2017/2, p. 155.

<sup>717</sup> Peter Langford, Ian Bryan & John McGarry, ‘Chapter 1. Introduction: Kelsen, Legal Science and Positieve Law’, in: Peter Langford, Ian Bryan & John McGarry, *Kelsenian Legal Science and the Nature of Law*, Cham: Springer 2017, p. 1; Carrozza 2017, p. 76, 78

<sup>718</sup> Langford, Bryan & McGarry 2017, p. 1.

<sup>719</sup> Caldwell 1997, p. 88.

<sup>720</sup> Langford, Bryan & McGarry 2017, p. 2.

<sup>721</sup> Ik kies voor de Engelse versie van dit werk gezien het karakter hiervan als standaardwerk en het feit dat Kelsen later ook heeft gepubliceerd in het Engels.

<sup>722</sup> Stanley Paulson, ‘Introduction. On Kelsen’s Place in Jurisprudence’, in: Hans Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal theory* (vertaling van de eerste editie *Reine Rechtslehre* (1934), Bonnie Litschewski &

Over het algemeen kan de *separability thesis* in verband worden gebracht met de opvatting dat het recht een geheel van (sociale) feiten is. Dit wordt ook wel de *reductive thesis* genoemd: feit en recht kunnen niet van elkaar onderscheiden worden. Daartegenover komt dan de *normative thesis*, die over het algemeen in verband wordt gebracht met de natuurrechtelijke opvatting en die uitgaat van de noodzakelijke scheiding tussen feit en recht.<sup>723</sup> Zoals Paulson verduidelijkt: “[t]he reductive thesis, by definition, is an aspect of the empirico-positivist theory, and the normativity thesis, more by implication than by express argument, reflects a part of natural law theory”.<sup>724</sup>

De hiervoor genoemde *jurisprudential antinomy* gaat ervan uit dat beide stromingen binnen de rechtsfilosofie elkaar uitsluiten.<sup>725</sup> Kelsens *Reine Rechtslehre* poogt echter de *separability thesis* en de *normativity thesis* bij elkaar te brengen en hiermee door de *jurisprudential antinomy* heen te breken: hij verwerpt de standaardinterpretatie dat de *normativity thesis* gepaard dient te gaan met een opvatting van natuurrecht.<sup>726</sup> De Duitse rechtswetenschapper Lorenz Kähler (geb. 1973) beschrijft dat Kelsen aan de ene kant een tegenstander lijkt van het empirisme: de normen waaruit het recht bestaat horen volgens hem immers bij de wereld van *ought* en niet bij de wereld van *is* (zie paragraaf 3.4 en hieronder). Het recht kan dus ook niet simpelweg worden beschouwd als het geheel van feiten, zoals onder andere de Engelse rechtsfilosoof H.L.A. Hart (1907-1992) betoogt.<sup>727</sup> Echter, volgens Kelsen zijn de rechtsnormen wel tot stand gebracht door menselijk handelen – daarom lijkt de conclusie toch op zijn plaats dat het recht, op de een of andere manier, een feitelijke constructie is volgens Kelsen.<sup>728</sup> Kähler vat zijn positieve als volgt samen: “Kelsen could be seen as a normative positivist who demanded a factual basis for law, but resisted its identification with facts as well as a connection with natural law”.<sup>729</sup>

Kelsen bracht zijn *Reine Rechtslehre* in 1934 voor het eerst in het geheel tot ontwikkeling. Later verschenen (bewerkte) versies van deze theorie. In dit hoofdstuk wordt – waar ik de zuivere rechtsleer bespreek – bedoeld op de versie uit 1934 aangezien deze door Kelsen werd ontwikkeld in de periode die ik in dit hoofdstuk bespreek. Met de zuivere rechtsleer beoogde Kelsen het eigen (wetenschappelijke) karakter van het recht tot uitdrukking te brengen. De Joods-Oostenrijkse filosoof en theoloog Jacob Taubes (1923-1987) beschrijft niet voor niets dat zuiver ‘vrij van ervaring, vrij van

---

Stanley Paulson vert.), Oxford: Clarendon Press 2002, p. xxv. Zie voor dit onderscheid Lorenz Kähler, ‘Chapter 2. Kelsen and the Problems of the Social Fact Thesis’, in: Peter Langford, Ian Bryan & John McGarry, *Kelsenian Legal Science and the Nature of Law*, Cham: Springer 2017, p. 25.

<sup>723</sup> Paulson 2002, p. xxv. Zie voor dit onderscheid tevens Kähler 2017, p. 25.

<sup>724</sup> Paulson 2002, p. xxv-xxvi.

<sup>725</sup> Paulson 2002, p. xxi.

<sup>726</sup> Paulson 2002, p. xxvii. Zie over de mogelijkheid van deze optie Kähler 2017, p. 23-41.

<sup>727</sup> H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 91 e.v.. Thomas Kähler beschrijft in dit verband dat Hart ons een antwoord schuldig moet blijven op de vraag hoe de ‘rule of recognition’ een sociaal feit is, maar toch een onderdeel kan zijn van een systeem van normen. Zie hiervoor Kähler 2017, p. 26.

<sup>728</sup> Kähler 2017, p. 24.

<sup>729</sup> Kähler 2017, p. 25.

taal, vrij van geschiedenis' betekent. De zuivere rechtsleer is een leer die geen rekening houdt met de reële geschiedenis.<sup>730</sup> Hiermee hangt zijn afkeer van het natuurrecht direct samen. Zoals de Zweedse rechtshistoricus Claes Peterson beschrijft, is het probleem van Kelsen met natuurrechtelijke principes voornamelijk dat de inhoud hiervan nooit het resultaat kan zijn van een wetenschappelijke analyse: “[i]t is, rather, the reflection of an essentially non-judicial form of thinking based on politics”.<sup>731</sup> Kelsen beschrijft in het voorwoord van de versie van de *Reine Rechtslehre* uit 1934 dat politieke elementen steeds meer de overhand hebben gekregen in het recht:

The absolute value of an objective science of law and politics has prospects of general recognition only in a period of social stability. And so nothing seems less opportune than a theory of law that aims to maintain its purity at the time when other theories are willing to offer themselves up to any and all powers, when one no longer shrinks from calling loudly and publicly for a legal science that is political and then claiming that it is 'pure' – thus extolling as virtue what only the most acute personal exigencies should barely excuse.<sup>732</sup>

Hij wijt dit, zoals in het bovenstaande citaat te lezen is, aan de afwezigheid van stabiliteit. Volgens Kelsen is dit echter geen reden om toe te geven aan de druk om politieke doeleinden via het recht te verwezenlijken. De belangrijkste taak van het rechtswetenschap is om, net als andere vormen van wetenschap, objectief en exact te blijven.<sup>733</sup> De opvatting dat de *Reine Rechtslehre* een onafhankelijke rechtswetenschap behelst, berust volgens de Britse filosoof Lars Vinx op drie kenmerken: het is ten eerste een normatieve wetenschap (onafhankelijk van natuurwetenschappen), het staat ten tweede los van een opvatting over rechtvaardigheid en tot slot is het een algemene rechtstheorie die de eigenschappen die alle rechtssystemen gemeen hebben beschrijft.<sup>734</sup>

Een objectieve, exacte rechtswetenschap dient ten eerste vrij te blijven van alle 'vreemde' elementen.<sup>735</sup> In tegenstelling tot de natuur, die wordt geleid door causale wetten,<sup>736</sup> bestaat het recht

---

<sup>730</sup> Taubes 2017, p. 62. Volgens Taubes is Kelsen daarom niet voldoende om despotie te bestrijden: “[...] wie *zuivere* rechtsleer vertegenwoordigt, is het slachtoffer van het absolute positivisme en moet dus gehoorzamen aan elke staatsorde” (Taubes 2016, p. 63).

<sup>731</sup> Claes Peterson, ‘Chapter 3. Natural Law Systematics: Is There a ‘Grundnorm’ in Natural Law?’, in: Peter Langford, Ian Bryan & John McGarry, *Kelsenian Legal Science and the Nature of Law*, Cham: Springer 2017, p. 64. Zie tevens Peterson 2017, p. 68. Kelsen wijst in latere werken het natuurrecht expliciet af. Voor een beschrijving hiervan, zie Véronique Champeil-Desplats, ‘Chapter 10. Hans Kelsen’s Work and the Modern Theories of Human Rights’, in: Peter Langford, Ian Bryan & John McGarry, *Kelsenian Legal Science and the Nature of Law*, Cham: Springer 2017, p. 181-182 en Jan Sieckmann, ‘Chapter 14. Kelsen on Natural Law and Legal Science’, in: Peter Langford, Ian Bryan & John McGarry, *Kelsenian Legal Science and the Nature of Law*, Cham: Springer 2017, p. 258-259.

<sup>732</sup> Hans Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal theory* (vertaling van de eerste editie *Reine Rechtslehre* (1934), Bonnie Litschewski & Stanley Paulson vert.), Oxford: Clarendon Press 2002, p. 4.

<sup>733</sup> Kelsen 2002, p. 1. Zie ook Valeria Giordano, ‘Chapter 6. Constitutionalism and Value-Free Method: Kelsen’s Legacy in Contemporary Challenges’, in: Peter Langford, Ian Bryan & John McGarry, *Kelsenian Legal Science and the Nature of Law*, Cham: Springer 2017, p. 100-101.

<sup>734</sup> Lars Vinx, *Hans Kelsen’s Pure Theory of Law*, Oxford: Oxford University Press 2007, p. 30.

<sup>735</sup> Kelsen 2002, p. 2.

<sup>736</sup> Kelsen 2002, p. 13.

uit normen: “[i]t is to these norms that legal cognition is directed – norms that confer on certain material facts the character of legal (or illegal) acts”.<sup>737</sup> De rechtswetenschap is aldus een normatieve wetenschap, die zich bezighoudt met de wettelijke normen en hun betekenis (zie tevens paragraaf 3.4).

Kelsen neemt stelling tegen natuurrechtelijke opvattingen: “[..] what is rejected is simply the view that the law as such is a part of morality, and that therefore every law, as law, is in some sense and to some degree moral”.<sup>738</sup> De *Reine Rechtslehre* poogt om het recht in beeld te brengen zoals het *is* (Duits: *Sein*; Engels: *is*), niet zoals het *behoort te zijn* (Duits: *Sollen*; Engels: *ought*). Kelsen keert zich daarnaast tegen het negentiende eeuwse rechtspositivisme – of althans, iets dat volgens hem slechts rechtspositivisme pretendeert te zijn – dat de overhand heeft gekregen in de rechtswetenschap.<sup>739</sup> Deze vorm van ‘rechtspositivisme’ is volgens hem nog steeds politiek, vanwege de nagestreefde doeleinden van de liberale bourgeoisie, die deze vorm van recht voorstond (zie verder paragraaf 3.4).

Zoals gezegd, bestaat het recht volgens Kelsen uit normen. Een rechtsnorm is volgens hem een ‘hypothetisch oordeel’ dat de wettelijke voorwaarden en de wettelijke consequentie bij elkaar brengt. Hij noemt dit bij elkaar brengen ‘toerekenen’ (Duits: *Zurechnung*; Engels: *imputation*) en plaatst dit tegenover de causaliteit in de natuurwetenschap die oorzaak en gevolg bij elkaar brengt. Kelsen beschouwt de toerekening als het essentiële kenmerk van de autoriteit van het recht:<sup>740</sup> “[it] expresses the unique sense in which the material facts belonging to the system of law are posited in their reciprocal relation”.<sup>741</sup> De toerekening kan worden beschreven met *ought*, hetgeen het normatieve karakter van de rechtswetenschap uitdrukt.<sup>742</sup>

De normen waaruit het recht bestaat vormen samen een systeem: het rechtssysteem.<sup>743</sup> Dit systeem vormt een logisch, systematisch geheel. Kelsen komt dan ook in het geweer tegen allerlei scheidingen die tussen de verschillende rechtsnormen worden aangebracht. Een dergelijk onderscheid is – in tegenstelling tot Kelsens monistische rechtsopvatting – dualistisch. Het dualisme is volgens hem dominant in de rechtswetenschap van zijn tijd en komt bijvoorbeeld tot uitdrukking in het onderscheid tussen ‘objectief’ en ‘subjectief’ recht en ‘publiekrecht’ en ‘privaatrecht’.<sup>744</sup> Een onderscheid dat Kelsen wel van belang acht is het onderscheid tussen de ‘objectieve’ en de ‘subjectieve’ betekenis van een handeling. De subjectieve betekenis is de betekenis die degene die de

---

<sup>737</sup> Kelsen 2002, p. 11.

<sup>738</sup> Kelsen 2002, p. 15. Zie tevens Kelsen 2002, p. 36 en Kelsen 2015, p. 59 waar hij beschrijft dat een norm die niet in opgetekend – ofwel ‘natural legal rules superior to any constitutie – niet bindend zijn voor de wetgever of een constitutioneel hof.

<sup>739</sup> Kelsen 2002, p. 22.

<sup>740</sup> Kelsen 2002, p. 23.

<sup>741</sup> Kelsen 2002, p. 24.

<sup>742</sup> Kelsen 2002, p. 26.

<sup>743</sup> Zie hiervoor bijvoorbeeld Kelsen 2002, p. 53. Zie tevens Kelsen 2002, p. 73-75 en p. 84-87 waar hij respectievelijk het bestaan van tegenstrijdige normen en ‘gaten’ in het rechtssysteem afwijst.

<sup>744</sup> Kelsen 2002, p. 37-38, 94.



handeling uitvoerde dacht dat hij zou hebben, terwijl de objectieve betekenis de betekenis van de handeling is die hieraan wordt toegedicht door het rechtssysteem. Het rechtssysteem bestaat volgens Kelsen om de objectieve betekenis van handelingen vast te stellen. Zoals Vinx beschrijft: “[w]hether an intended legal act objectively succeeds to accomplish its goal, Kelsen argues, must depend on whether a system of valid legal norms does, in fact, attribute a suitable objective meaning to it”.<sup>745</sup> Het gaat hierbij niet enkel om het identificeren van objectieve betekenis, maar ook om het uitleggen van de normatieve betekenis van wettelijke handelingen.<sup>746</sup>

De veelheid van rechtsnormen die de objectieve gedragingen karakteriseren construeren voor Kelsen het rechtssysteem. De rechtsnormen vormen een hiërarchische eenheid, waarbij een lagere rechtsnorm zijn geldigheid aan een hogere rechtsnorm ontleent. Uiteindelijk kan de geldigheid van het gehele rechtssysteem worden afgeleid uit de *Grondnorm* (Duits: *Grundnorm*; Engels: *basic norm*).<sup>747</sup> Wat dit systemische aspect betreft, lijkt het rechtssysteem op een moreel systeem: ook in morele systemen kan de geldigheid van een enkele norm immers worden afgeleid of teruggebracht tot een grondnorm. Echter, het verschil tussen beide is dat de individuele morele norm zijn betekenis krijgt door de morele grondnorm – het gaat hierbij om de *inhoud* van de individuele morele norm die in overeenstemming moet zijn met de morele grondnorm. In een rechtssysteem daarentegen gaat het niet om de inhoud van de rechtsnorm die de geldigheid bepaalt – zoals Kelsen beschrijft, kan de rechtsnorm iedere inhoud aannemen – maar bepaalt de grondnorm hoe de andere rechtsnormen tot stand worden gebracht.<sup>748</sup> Het gaat hier dan ook niet om een materieel, maar om een formeel criterium. De grondnorm van een rechtssysteem heeft geen substantiële inhoud, het is een louter procedurele norm die de andere normen in het rechtssysteem van geldigheid voorziet.<sup>749</sup> Met andere woorden, de grondnorm fundeert de geldigheid van de andere normen in het rechtssysteem.

In de moderne samenleving – in Webers ‘onttoverde wereld’<sup>750</sup> – is de meest redelijke manier van het ordenen van de samenleving volgens Kelsen het instellen van een positieve rechtsorde. Echter, de rationaliteit van deze rechtsorde is instrumenteel, er is geen inherente waarde of legitimiteit in het rechtssysteem gelegen. Deze legitimiteit moet worden *voorondersteld* door het individu, omdat er geen ultieme grond van legitimiteit bestaat.<sup>751</sup> Deze vooronderstelling van de legitimiteit – of de

---

<sup>745</sup> Vinx 2007, p. 34.

<sup>746</sup> Vinx 2007, p. 35.

<sup>747</sup> Kelsen 2002, p. 55. In eerdere werken heeft Kelsen het over de oorsprongsnorm [*Ursprungsnorm*], een term die hij later zou vervangen door grondnorm [*Grundnorm*].

<sup>748</sup> Kelsen 2002, p. 55-56.

<sup>749</sup> Vinx 2007, p. 40. Hiermee lijkt de Grondnorm op de *rule of recognition* van H.L.A. Hart. Het belangrijke verschil is echter dat de Grondnorm volgens Kelsen voorondersteld is, terwijl Hart betoogt dat de *rule of recognition* het resultaat zijn van een sociale praktijk. Zie Hart 2012, p. 100 e.v..

<sup>750</sup> Zie Max Weber, *Wetenschap als beroep* (Hans Driessen vert.), Nijmegen: Uitgeverij Vantilt 2013, p. 19-20 waar Weber zelf zijn beschrijving van de ‘onttovering’ van de wereld verduidelijkt.

<sup>751</sup> David Dyzenhaus, ‘Legal Theory in the Collapse of Weimar: Contemporary Lessons?’, *The American Political Science Review*, vol. 91, no. 1, 1997, p. 11.

geldigheid, zoals hij zelf zou zeggen – is duidelijk terug te zien in het idee van de Kelsens grondnorm. De geldigheid van deze grondnorm kan zelf niet worden bewezen, zo betoogt Kelsen, maar het is wel noodzakelijk om zijn bestaan te vooronderstellen, omdat de geldigheid van het rechtssysteem anders nergens op gebaseerd is. Zoals Peterson beschrijft, heeft de *Grundnorm* voor Kelsen een dubbele functie:

[It] is not only a logical *a priori*, or, as Kelsen expresses it, a logical transcendental condition for the knowledge of the norms of positive law of the legal system; in addition, it is a material foundation of positive law and it provides it with its binding normative force.<sup>752</sup>

In moderne rechtssystemen is de grondnorm over het algemeen neergelegd in de Grondwet, waarvan de geldigheid weer wordt afgeleid van oudere grondwetten. Uiteindelijk resulteert deze regressie in de eerste Grondwet van een bepaald rechtssysteem, waarin de eerste grondnorm is neergelegd: “[w]hat is to be valid as norm is whatever the framers of the first constitution have expressed as their will – this is the basic presupposition of all cognition of the legal system resting on this constitution”.<sup>753</sup>

De geldigheid van deze Grondnorm moet aldus worden aangenomen of voorondersteld. Het is, met andere woorden, een hypothetisch fundament.<sup>754</sup> Hieruit volgt een ander essentieel kenmerk van het recht: het regelt zijn eigen totstandkoming.<sup>755</sup> Een rechtsnorm is geldig, omdat hij tot stand is gekomen volgens de procedure die in de Grondwet of in andere wetten wordt gespecificeerd:

[..] a norm is valid because and in so far as it was created in a certain way, that is, in the way determined by another norm; and this latter norm, then, represents the basis of the validity of the former norm [..]. The legal system, then, [...] is a hierarchical ordering of various strata of legal norms.<sup>756</sup>

De normen vormen, zoals in het citaat hierboven tot uitdrukking komt, een hiërarchische ordening.<sup>757</sup>

De hiërarchische ordening waarmee het recht zijn eigen totstandkoming en geldigheid regelt, wordt in de literatuur vergeleken met een getrapte constructie [*Stufenbau*]. Zoals Carrozza beschrijft: “[t]here is a coherent order in the relationship between the different sources and this order is conferred by the notion of the *Stufenbau* which allows the arrangement of these sources in a hierarchical system”.<sup>758</sup>

Het hoogste niveau van deze *Stufenbau* is de constitutie op basis waarvan het positieve recht zijn eigen totstandkoming regelt.<sup>759</sup> Daarna komen algemene normen die tot stand worden gebracht in het wetgevingsproces,<sup>760</sup> de toepassing van deze normen in een rechtsproces [*adjudication*],<sup>761</sup> door de

---

<sup>752</sup> Peterson 2017, p. 65.

<sup>753</sup> Kelsen 2002, p. 57. Volgens Peter Caldwell is dit standpunt waarschijnlijk gebaseerd op het feit dat Kelsen zelf de Oostenrijkse Grondwet opstelde. Zie Caldwell 1997, p. 92.

<sup>754</sup> Kelsen 2002, p. 58.

<sup>755</sup> Kelsen 2002, p. 63. Zie ook Carrozza 2017, p. 88.

<sup>756</sup> Kelsen 2002, p. 63-64.

<sup>757</sup> Kelsen 2002, p. 64.

<sup>758</sup> Carrozza 2017, p. 88.

<sup>759</sup> Langford, Bryan & McGarry 2017, p. 8-9.

<sup>760</sup> Kelsen 2002, p. 65.

<sup>761</sup> Kelsen 2002, p. 67.

uitvoerende macht<sup>762</sup> en in de ‘legal transaction’.<sup>763</sup> Het recht is hiermee een volledige hiërarchische eenheid.<sup>764</sup> Deze eenheid speelt eveneens een belangrijke rol in Kelsens betoog over de wenselijkheid van een constitutioneel hof binnen een democratische staatsvorm (zie paragraaf 5.5).

Een andere belangrijke implicatie van de *Stufenbau* is dat de traditionele leer van het onderscheid tussen de totstandkoming en toepassing van het recht wordt afgewezen – een wettelijke handeling behelst volgens Kelsen over het algemeen zowel de toepassing als de totstandkoming van het recht, omdat de precieze toepassing van een norm nooit geheel vastligt.<sup>765</sup> Kelsen betoogt dat er altijd een vorm van onbepaaldheid in de norm geworteld is en dat degene die de norm toepast dientengevolge een vorm van discretie bezit.<sup>766</sup> Het van tevoren vastleggen op welke manier normen geïnterpreteerd moeten worden, is volgens Kelsen een vorm van politiek bedrijven via het recht: “[t]heoretical’ commentaries supposedly assisting in applying a statute are in fact thoroughly political, making suggestions for the legislator to consider, attempting to influence the creative function of the courts and administrative agencies”.<sup>767</sup>

Een ander belangrijk kenmerk van Kelsens *Reine Rechtslehre* is dat recht en Staat volledig samenvallen.<sup>768</sup> De *Reine Rechtslehre* ontkent hiermee dat het recht kan worden gerechtvaardigd door de Staat of dat de Staat kan worden gerechtvaardigd door het recht en staat in contrast met de staatstheorie van de Laband/Gerber-school die uitging van een statelijke wil die voorafgaat aan het recht.<sup>769</sup> Iedere legitimatie van de Staat op basis van rechtswetenschap is onmogelijk volgens Kelsen:

The Pure Theory denies in particular that it can be the task of legal science to justify anything whatever. Justification means evaluation, which is always subjective and therefore a matter of ethics and politics, not of objective cognition. It is objective alone that legal science, too, must serve, if it aims to be a science and not politics.<sup>770</sup>

Dit betekent echter niet dat politiek en recht niets met elkaar van doen hebben. Het gaat vooral om de verhouding tussen beide: vanuit een rechtswetenschappelijk standpunt kan alleen worden gekeken naar het reeds bestaande recht – niet naar de wenselijkheid van dit recht of het recht dat eventueel in de toekomst tot stand komt.<sup>771</sup> Dit is dan ook een van de belangrijkste implicaties van Kelsens *Reine Rechtslehre*: het verdedigen van de scheiding tussen recht en politiek vanuit rechtswetenschappelijk oogpunt.

---

<sup>762</sup> Kelsen 2002, p. 68-69.

<sup>763</sup> Kelsen 2002, p. 69.

<sup>764</sup> Baume 2012, p. 35; Caldwell 1997, p. 91.

<sup>765</sup> Kelsen 2002, p. 70.

<sup>766</sup> Kelsen 2002, p. 79-81. Zie tevens José Cabra Apalategui, ‘Chapter 9. Validity and Correctness in Kelsen’s Theory of Legal Interpretation’, in: Peter Langford, Ian Bryan & John McGarry, *Kelsenian Legal Science and the Nature of Law*, Cham: Springer 2017, p. 154-155.

<sup>767</sup> Kelsen 2002, p. 83.

<sup>768</sup> Kelsen 2002, p. 97, 105.

<sup>769</sup> Caldwell 1997, p. 90.

<sup>770</sup> Kelsen 2002, p. 106.

<sup>771</sup> Jestaedt & Lepsius 2006, p. xv-xvi.

#### § 5.4. Kelsens democratieopvatting: democratie als ideaal van vrijheid

Kelsens politieke theorie heeft, in tegenstelling tot zijn rechtsfilosofie, weinig aandacht gegeneerd.<sup>772</sup> De Franse rechtsfilosoof Sandrine Baume beschrijft dat dit onder andere te maken heeft met het idee dat zijn relativisme leidt tot een amorele of apolitieke theorie. Dit is, zoals in de volgende paragrafen duidelijk wordt, niet het geval: het relativisme leidt tot een verdediging van democratie, tolerantie, vrijheid van meningsuiting, pluralisme en de nadruk op de bescherming van de minderheid.<sup>773</sup> In het klimaat van antipathie jegens de parlementaire democratie gedurende de Weimarrepubliek was Kelsen een van de weinige verdedigers.<sup>774</sup> Zijn politieke theorie en rechtsfilosofie houden verband met elkaar aangezien het recht is er volgens hem om de hierboven genoemde zaken (mede) mogelijk te maken.<sup>775</sup>

Zoals de Griekse rechtsfilosoof Nikolaos Vagdoutis beschrijft, staat het buiten kijf dat Kelsens politieke theorie beïnvloed is door de context van het multi-etnische Oostenrijks-Hongaarse Rijk (zie paragraaf 2.2).<sup>776</sup> Dit betekent echter niet dat zijn theorie in deze geïsoleerde context moet worden opgevat aangezien hij – zeker vanaf 1920 – ook aan de Duitse context refereert.<sup>777</sup> In de Weimarrepubliek vormden zijn opvattingen veelvuldig onderwerp van discussie en nam Kelsen actief deel aan de bijeenkomsten van de *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, een organisatie die tussen 1922 en 1932 bestond.<sup>778</sup>

Kelsen had daarnaast de Grondwet van de Weimarrepubliek in zijn achterhoofd toen hij de Oostenrijkse Grondwet van 1 oktober 1920 opstelde.<sup>779</sup> Mede daarom kunnen zijn beschouwingen worden gezien als een onderdeel van de methodenstrijd in Duitsland.<sup>780</sup> De Oostenrijkse Grondwet kwam tot stand als resultaat van de Verdragen van Sint Germain en Versailles die de vereniging tussen Oostenrijk en Duitsland verboden en hiermee een eigen Oostenrijkse Grondwet noodzakelijk maakte (zie paragraaf 2.4). Kelsen werd door Kanselier Karl Renner (1870-1950) uitgenodigd om mee te werken aan de nieuwe Constitutie.<sup>781</sup> Het cruciale verschil tussen de Weimargrondwet en de nieuwe Oostenrijkse Grondwet was dat er in de laatste werd gekozen voor een meer uitgesproken parlementaire richting. De positie van de President was bijvoorbeeld vele malen zwakker, hij had voornamelijk een ceremoniële rol.<sup>782</sup> Daarnaast werd gekozen voor het instellen van een

---

<sup>772</sup> Zie Baume 2012, p. xi.

<sup>773</sup> Baume 2012, p. xvi.

<sup>774</sup> Baume 2012, p. 25.

<sup>775</sup> Champeil-Desplats 2017, p. 176; Baume 2012, p. xvii, 1.

<sup>776</sup> Nikolaos Vagdoutis, *Hans Kelsen and Carl Schmitt in Weimar: a Riddle of Political Constitutionalism*, ProQuest Dissertation Publishing 2018, p. 216.

<sup>777</sup> Vagdoutis 2018, p. 217.

<sup>778</sup> Vagdoutis 2018, p. 218; Baume 2012, p. 28.

<sup>779</sup> Vagdoutis 2018, p. 224.

<sup>780</sup> Vagdoutis 2018, p. 220.

<sup>781</sup> Vagdoutis 2018, p. 225; Baume 2012, p. 2-3; Caldwell 1997, p. 86. Zie ook Carrozza 2017, p. 78.

<sup>782</sup> Vagdoutis 2018, p. 226.

constitutioneel hof. Kelsen was de voornaamste verdediger geweest van een dergelijk hof en nam zelf als rechter zitting in het Oostenrijkse constitutioneel hof tussen 1921 en 1930. Het hof was tevens een belangrijke wetgevende rol toebedeeld, omdat de rechters werden gekozen door de *Nationalrat* (het lagerhuis van het Oostenrijkse parlement).<sup>783</sup>

Zoals hierboven aan de orde kwam, dient het recht voor Kelsen bij te dragen aan (onder andere) democratie, vrijheid van meningsuiting en (wereld)vrede. Daarnaast zijn democratie en recht volgens Kelsen nog op een andere wijze met elkaar verbonden: het volk kan alleen als eenheid naar voren komen omwille van het recht, bijvoorbeeld door staatsburgerschap of kiesrecht.<sup>784</sup> De eenheid van het volk kan dus enkel door de rechtsorde tot stand komen: door het deel uitmaken van een Staat en het kiesrecht, waardoor het volk van sociale pluraliteit in een staatsorgaan verandert.<sup>785</sup> Democratie en volkssoevereiniteit werden in Duitsland van oudsher over het algemeen opgevat als twee identieke begrippen. Kelsen staat niet in deze traditie: volgens hem bestaat er een duidelijk onderscheid tussen de volkswil [*Volkswille*] en de wil van het representatieve orgaan dat het volk vertegenwoordigt [*Organwille*] en worden beide verbonden door de fictie van volkssoevereiniteit die voornamelijk tot uiting komt in het parlement.<sup>786</sup> Deze fictie is noodzakelijk, aangezien het orgaan zelf geen wil kan hebben, deze kan hem enkel worden toegerekend.<sup>787</sup>

Kelsen schrijft voor de eerste keer over democratie in een essay uit 1920, genaamd *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, waarvan in 1929 een tweede versie zou verschijnen. Volgens Kelsen wordt democratie beheerst door de grondbeginselen van vrijheid en gelijkheid – vrijheid is echter het democratische principe bij uitstek en de democratische staat poogt de vrijheid zo volledig mogelijk te realiseren.<sup>788</sup> Toch begint het idee van democratie met het besef van gelijkheid: iemand kijkt naar een ander en vraagt zich af waarom die ander het recht zou hebben om over hem of haar te heersen. Het ideaal van vrijheid is hier nauw mee verbonden: als we allemaal *gelijk* zijn, wat geeft een ander dan het recht om mijn *vrijheid* in te perken?<sup>789</sup> In de praktijk zal er een vorm van gezag nodig zijn om de natuurlijke gelijkheid te behouden in de politieke samenleving. Kelsen betoogt daarom dat er niet simpelweg een verbinding nodig is van vrijheid en gelijkheid, maar dat een synthese van beide

---

<sup>783</sup> Vagdoutis 2018, p. 227.

<sup>784</sup> Jestaedt & Lepsius 2006, p. xx.

<sup>785</sup> Jestaedt & Lepsius 2006, p. xx.

<sup>786</sup> Hans Kelsen, 'Allgemeine Staatslehre' (1925), in: Hans Kelsen, *Verteidigung der Demokratie: Abhandlungen zur Demokratietheorie* (heruitgegeven door Matthias Jestaedt & Oliver Lepsius), Thüringen: Mohr Siebeck 2006, p. 36-37; Jestaedt & Lepsius 2006, p. xix.

<sup>787</sup> Jestaedt & Lepsius 2006, p. xx.

<sup>788</sup> Hans Kelsen, 'Demokratie' (1926), in: Hans Kelsen, *Verteidigung der Demokratie: Abhandlungen zur Demokratietheorie* (heruitgegeven door Matthias Jestaedt & Oliver Lepsius), Thüringen: Mohr Siebeck 2006, p. 139.

<sup>789</sup> Zie bijvoorbeeld Vinx 2007, p. 105.

begrippen is vereist – een dergelijke synthese is voor hem het kenmerk van democratie bij uitstek.<sup>790</sup> Deze synthese houdt in dat als we beheerst worden, we dan beheerst willen worden door onszelf en door niemand anders. Met andere woorden, we willen enkel onderdanig zijn aan onze eigen wil.<sup>791</sup>

Deze opvatting lijkt op het eerste gezicht een belangrijke overeenkomst te vertonen met de definitie van vrijheid in de politieke samenleving die door de Franse filosoof Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) tot ontwikkeling wordt gebracht in zijn werk *Du contrat social* (1762). Dit wordt al duidelijk met de fameuze zin waarmee het eerste hoofdstuk van het eerste boek opent: “[d]e mens wordt vrij geboren en is alom geketend”.<sup>792</sup> Rousseau’s doel is, net als dat bij Kelsen naar voren komt, om de mens in de politieke samenleving zijn natuurlijke vrijheid te laten behouden – ook al dient de natuurlijke vrijheid hiervoor wel getransformeerd te worden tot politieke vrijheid. In de woorden van Rousseau:

Het gaat erom een vorm van samenleven te vinden die met alle gemeenschappelijke kracht de persoon en de goederen van iedere deelgenoot verdedigt en beschermt, en waardoor ieder, in de vereniging met allen, toch slechts aan zichzelf gehoorzaamt en *even vrij blijft* als tevoren [cursivering RB].<sup>793</sup>

Echter, hoe maken we het mogelijk dat iemand enkel aan zijn eigen wil is onderworpen en hiermee even vrij blijft als tevoren? Dit is volgens Kelsen, in navolging van Rousseau, een van de belangrijkste vragen waar de democratische staatsvorm antwoord op dient te geven. Het antwoord van Kelsen en Rousseau verschilt echter op een belangrijk punt. Volgens Rousseau kan de vrijheid in de politieke samenleving enkel behouden blijven als de maatschappelijke instituties gebaseerd zijn op de algemene wil [*volonté générale*]. Het voert hier te ver om het (complexe) concept van Rousseau’s algemene wil gedetailleerd uiteen te zetten, maar een belangrijk kenmerk van de algemene wil is dat deze niet simpelweg de optelsom van particuliere belangen is – het is een algemene wil, geen ‘wil van allen’ [*volonté de tous*] – of kan worden gevormd door een meerderheidsbeslissing.<sup>794</sup> Een ander belangrijk kenmerk van de *volonté générale* is dat deze altijd alleen onmiddellijk aanwezig is en niet vertegenwoordigd kan worden:

De soevereiniteit kan niet worden vertegenwoordigd om dezelfde reden als ze niet kan worden vervreemd; ze bestaat wezenlijk in de algemene wil en de wil laat zich niet vertegenwoordigen, hij is het zelf of hij is iets anders; er is geen tussenweg. De afgevaardigden van het volk zijn dus niet zijn vertegenwoordigers en kunnen dat ook niet zijn; zij zijn slechts lasthebbers; zij kunnen nergens een

---

<sup>790</sup> Kelsen 2006, p. 3. Zie eveneens Hans Kelsen, ‘Allgemeine Staatslehre’ (1925), in: Hans Kelsen, *Vertheidiging der Democratie: Abhandlungen zur Demokratietheorie* (heruitgegeven door Matthias Jestaedt & Oliver Lepsius), Thüringen: Mohr Siebeck 2006, p. 54.

<sup>791</sup> Kelsen 2006, p. 3.

<sup>792</sup> Jean-Jacques Rousseau, *Het maatschappelijk verdrag* (Bert van Roermund vert.), Amsterdam: Boom 2015, p. 53.

<sup>793</sup> Rousseau 2015, p. 64.

<sup>794</sup> Zie hiervoor bijvoorbeeld Rousseau 2015, p. 65, 72, 111.

definitieve beslissing over nemen. Iedere wet die het volk niet persoonlijk heeft bekrachtigd, is nietig; het is helemaal geen wet.<sup>795</sup>

In de negentiende eeuw waren de opvattingen van democratie voornamelijk gebaseerd op de hierboven beschreven ideeën van Rousseau – voornamelijk het concept van de algemene wil waarop democratie gestoeld moest zijn. De Engelse filosoof John Locke (1632-1704) staat tevens in deze traditie: hij is immers van mening dat het recht de algemene wil veronderstelt en dat deze hiermee samenhangt met de wil van de vrije burger.<sup>796</sup> Aan het begin van de twintigste eeuw werd het echter duidelijk dat dergelijke idealen niet verwezenlijkt konden worden. De meest voor de hand liggende conclusie was dat de democratische staatsvorm moest worden afgewezen. Kelsen schreef tegen deze achtergrond en poogde een realistisch alternatief van Rousseau's democratieopvatting tot stand te brengen.<sup>797</sup>

Zijn realistisch alternatief stelt dat democratie niet wordt gekenmerkt door een fictieve eenheid van het volk,<sup>798</sup> maar (contra Rousseau) dat het besluit dat wordt genomen door de *meerderheid* essentieel is voor de democratische staatsvorm. Kelsen hanteert een formeel gelijkheidsbegrip, tegenover het materiële gelijkheidsbegrip van Rousseau.<sup>799</sup> In een pluralistische samenleving wordt middels het ideaal van meerderheidsvertegenwoordiging de politieke vrijheid gemaximaliseerd:<sup>800</sup> “[...] the majority principle maximizes the number of those citizens who obey themselves rather than an alien will”.<sup>801</sup> Deze meerderheidsvertegenwoordiging vindt plaats door politieke partijen, die de wil van een bepaald deel van het volk vertegenwoordigen.<sup>802</sup> Kelsen is hiermee een van de weinigen van zijn tijd die zich een expliciete voorstander betuigt van politieke partijen.<sup>803</sup>

Hij is zich eveneens bewust van het feit dat zijn ‘realistisch alternatief’ belangrijke vragen oproept wat betreft de relatie tot de opvatting van vrijheid en gelijkheid – de twee pijlers van democratie.<sup>804</sup> Dergelijke vragen zijn bijvoorbeeld: is iemand niet enkel aan zijn eigen wil onderworpen als hij heeft meegestemd met de meerderheid? Tevens, stel dat iemand heeft meegestemd met de meerderheid, hoe kan dan gegarandeerd worden dat de meerderheid voortaan beslissingen zal nemen waar hij het mee eens is?<sup>805</sup>

---

<sup>795</sup> Rousseau 2015, p. 142.

<sup>796</sup> Zoals aangehaald in Carl Schmitt, *The crisis of parliamentary democracy* (Ellen Kennedy vert.), Cambridge/MA: The MIT Press 1985, p. 26.

<sup>797</sup> Lagerspetz 2017, p. 156.

<sup>798</sup> Kelsen 2006, p. 22.

<sup>799</sup> Baume 2012, p. 20.

<sup>800</sup> Lagerspetz 2017, p. 167.

<sup>801</sup> Lagerspetz 2017, p. 167.

<sup>802</sup> Baume 2012, p. 23.

<sup>803</sup> Baume 2012, p. 24.

<sup>804</sup> Hans Kelsen, ‘Vom Wesen und Wert der Demokratie’ (eerste uitgave 1920), in: Hans Kelsen, *Verteidigung der Demokratie: Abhandlungen zur Demokratietheorie* (heruitgegeven door Matthias Jestaedt & Oliver Lepsius), Thüringen: Mohr Siebeck 2006, p. 22.

<sup>805</sup> Kelsen 2006 (1920), p. 4-5.

Kelsen benadrukt ten eerste dat democratie voor hem niet enkel het kiezen van vertegenwoordigers is die vervolgens kunnen doen wat zij willen is, zonder rekening te houden met de wensen van het volk. Democratie is volgens Kelsen namelijk het daadwerkelijk betrokken worden en zijn van het individu bij de totstandkoming van de inhoud van de wetten.<sup>806</sup> Hij is dan ook geen voorstander van het idee van *elitist democracy*, zoals later door de Oostenrijkse econoom en politieke wetenschapper Joseph Schumpeter (1883-1950) zou worden verdedigd. Schumpeter stelt in *Capitalism, Socialism and Democracy* (1942) dat de nadruk in democratie niet moet liggen op de wil van het volk, maar op het kiezen van de personen die het volk vertegenwoordigen. De democratische methode is voor hem dan ook een methode om politieke beslissingen te nemen waarbij individuen de mogelijkheid verkrijgen om macht te vergaren door ‘competitive struggle for the people’s vote’.<sup>807</sup> Het ware principe van democratie wordt hiermee de acceptatie van leiderschap en deze acceptatie berust op het feit dat een bepaalde partij of persoon meer stemmen heeft vergaard dan een andere partij of groep.<sup>808</sup> Samengevat: “[d]emocracy means only that the people have the opportunity of accepting or refusing the men who are to rule them”.<sup>809</sup> Voor Kelsen betekent democratie echter meer dan dat, zijn democratieopvatting houdt het midden tussen een volledige vertegenwoordiging van de volkswil (cf. Rousseau) en de enkele betrokkenheid van het volk bij de democratie in de vorm van het kiezen van de leiders (cf. Schumpeter).

Wat Kelsens democratieopvatting echter gemeen heeft met die van Schumpeter en waarin deze verschilt van die van Rousseau is dat Rousseau een beroep doet op een meta-individuele identiteit, een politieke identiteit die losstaat van de particuliere wil van de burger. Vinx benadrukt dat dit niet het democratie-ideaal is dat Kelsen op het oog heeft:

In a democracy I am subject to my own will in being subject to the will of the state is meant to be compatible with the individualist assumption that my own will or my own practical identity are in principle distinct from the will of any state, including a democratic state.<sup>810</sup>

Met andere woorden, wat Vinx hier beschrijft is dat waar er voor Rousseau een meta-individuele wil tot stand moet komen – en als jouw particuliere belang hiermee in conflict is dat belang moet wijken (‘je wordt gedwongen vrij te zijn’)<sup>811</sup> – er voor Kelsen in de democratische staat een duidelijk onderscheid is, en blijft bestaan, tussen het particuliere belang of de particuliere wil en de wil van de Staat. De eenheid die voor Rousseau zo belangrijk is, wordt door Kelsen niet genoemd of nagestreefd. Kelsen benadrukt dat het enkel het individu is dat op autonome wijze een *eigen* conceptie van het

---

<sup>806</sup> Vinx 2007, p. 113.

<sup>807</sup> Joseph Schumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy*, New York/Londen/Toronto/Sydney/New Delhi/Auckland: Harper Perennial Modern Thought 2008, p. 269.

<sup>808</sup> Schumpeter 2008, p. 273.

<sup>809</sup> Schumpeter 2008, p. 284-285.

<sup>810</sup> Vinx 2007, p. 114.

<sup>811</sup> Rousseau 2015, p. 67-68.



goede tot stand kan brengen. De vrijheid om deze eigen conceptie van het goede na te streven, is hetgeen dat de autonome persoon volgens Kelsen beoogt.<sup>812</sup>

Aangezien iedereen zijn eigen autonome wil tot stand brengt en deze ‘willen’ noodzakelijkerwijs van elkaar verschillen in een pluralistische samenleving, legt Kelsen de nadruk op het sluiten van een compromis – hetgeen volgens hem een essentieel kenmerk is van democratie. Het compromis is voor hem een vorm van dynamische integratie (hierover kom ik later in deze paragraaf te spreken).<sup>813</sup> Opvallend is dat Kelsen het compromis verdedigt in een periode waarin dit niet bepaald voor de hand lag, maar die juist gekenmerkt werd door sociale verdeeldheid. Kelsen stelt zich dan ook ten doel het compromis opnieuw te waarderen als essentieel onderdeel van de democratie: het compromiskarakter van de democratie voorkomt volgens hem het onderdrukken van de minderheid door de meerderheid.

Zoals hij in *Allgemeine Staatslehre* (1925) beschrijft, is namelijk een van de belangrijkste vereisten van democratie dat de meerderheid de minderheid betreft bij de oordeelsvorming en hiermee deze minderheid ook vertegenwoordigt.<sup>814</sup> Het gaat in een democratie niet om vrijheid van het individu alleen, maar om vrijheid van de Staat als geheel. Daarom wordt er vanaf de Franse Revolutie (1789-1799) ook gepleit voor mensen- en burgerrechten, die de vrijheid van de gehele samenleving mogelijk maken. Kelsen is een voorstander van de invoering van dergelijke rechten: zij dienen als waarborg tegen misbruik van bevoegdheid en beschermen hiermee de minderheid.<sup>815</sup> Naast deze mensen- en burgerrechten is het meest effectieve middel voor bescherming van de minderheid echter het principe van proportionele vertegenwoordiging, op basis waarvan ook vertegenwoordigers van de minderheid in het parlement komen.<sup>816</sup> Kelsen is een voorstander van proportionele vertegenwoordiging aangezien dit de meest realistische weergave is van de politieke voorkeur van het volk.<sup>817</sup>

Voor Kelsen is het sluiten van compromissen het mechanisme dat conflicten binnen de democratische samenleving beslecht. Hiermee vertoont zijn theorie overeenkomsten met die van de Engels-Letse filosoof Isaiah Berlin (1909-1997). Zoals de Nederlandse politicoloog Hans Blokland (geb. 1960) beschrijft in het nawoord bij de Nederlandse vertaling van *Two concepts of liberty* (1958) is een van de belangrijkste opvattingen van Berlin ‘dat er een grote diversiteit aan nastrevenswaardige waarden bestaat en dat deze waarden geregeld conflicteren en derhalve tegen elkaar moeten worden

---

<sup>812</sup> Vinx 2007, p. 114.

<sup>813</sup> Zie hiervoor Baume 2012, p. 29.

<sup>814</sup> Kelsen 2006 (1925), p. 58. Zie eveneens Vagdotis 2018, p. 237-238.

<sup>815</sup> Kelsen 2006 (1920), p. 9.

<sup>816</sup> Kelsen 2006 (1920), p. 10.

<sup>817</sup> Baume 2012 (1920), p. 30.

afgewogen'.<sup>818</sup> De eenheid binnen een staat is altijd het resultaat van de coherentie van het juridisch systeem dat op zijn beurt tot stand komt door beslissingen van de meerderheid. Deze meerderheidsbeslissingen worden 'gematigd' door de minderheid.<sup>819</sup> Het karakter van compromis zorgt er ten slotte voor dat burgers hun mening kunnen uiten – en dat deze mening gehoord wordt. Dit leidt ertoe dat rebellie of gewelddadige uitbarstingen voorkomen kunnen worden. Het zorgt er tevens voor dat de meerderheid wordt beperkt in de mogelijkheden tot machtsmisbruik.<sup>820</sup>

Ook al is Kelsen geen vertegenwoordiger van het concept van een meta-individuele wil, hij is eveneens een tegenstander van het verlenen van een onbeperkt recht aan het individu om zijn of haar particuliere wil na te streven als deze niet overeenkomt met het meerderheidsbesluit, aangezien dit de grondnorm (ofwel de wettelijke orde) zou ontdoen van ieder normatief element. Zoals ik in de vorige paragraaf uiteenzette, dient de geldigheid van de grondnorm immers *voorondersteld* te worden; juist op deze vooronderstelling berust de normativiteit van de gehele rechtsorde.<sup>821</sup> Deze normativiteit moet dus gewaarborgd worden, maar, zo onderkent Kelsen, dit leidt ertoe dat er altijd burgers zullen zijn die zich moeten schikken naar het meerderheidsbesluit. Met andere woorden, een volledige 'identiteit tussen de regering en de geregeerden' (zoals die juist voor Schmitt kenmerkend is voor democratie, zie paragraaf 6.2) kan binnen Kelsens democratieopvatting niet tot stand komen. Dit is voor Kelsen echter geen probleem. Sterker nog, het ontbreken van een dergelijke identiteit is voor hem een noodzakelijk gevolg van het pluralistische karakter van de samenleving. In plaats van zich te beroepen op een 'meta-individueel' concept van de algemene wil of op een substantieel democratieconcept gebaseerd op een identiteit van de regering en de geregeerden, betoogt Kelsen dat genoeg moet worden genomen met het meerderheidsbesluit als de best mogelijke benadering van de identiteit tussen de regeerders en de geregeerden.<sup>822</sup>

Het meerderheidsbesluit dient wel aan een aantal voorwaarden te voldoen om als democratisch te worden aangemerkt. Ten eerste dient de politieke minderheid te worden gerespecteerd.<sup>823</sup> Het ontwikkelen van een compromis tussen de minderheid en de meerderheid is volgens Kelsen een teken van democratische vitaliteit. Het is een vorm van dynamische integratie:

A dynamic integration of a plurality assumes that the 'harmony' that reigns in the relevant system results from renewals of the arrangements between the majority and the minority, in contrast with autocratic regimes, which do not tolerate negotiations about the distribution of power.<sup>824</sup>

---

<sup>818</sup> Hans Blokland, 'Nawoord', in Isaiah Berlin, *Twee opvattingen van vrijheid* (Tine Ausma vert.), Amsterdam: Boom 2018, p. 87. Zie ook Isaiah Berlin, *Twee opvattingen van vrijheid* (Tine Ausma vert.), Amsterdam: Boom 2018, p. 81-82.

<sup>819</sup> Baume 2017, p. 79

<sup>820</sup> Baume 2017, p. 82-83.

<sup>821</sup> Kelsen 2002, p. 58.

<sup>822</sup> Vinx 2007, p. 119.

<sup>823</sup> Baume 2017, p. 79.

<sup>824</sup> Baume 2017, p. 80.

Door de nadruk te leggen op het compromis en de minderheid probeert Kelsen de kracht van het meerderheidsprincipe zo klein mogelijk te maken.<sup>825</sup>

Om een werkelijk compromis mogelijk te sluiten, benadrukt Kelsen dat de meerderheid zich er bewust van dient te zijn dat er een minderheid bestaat die ook werkelijk in staat is tijdens een volgende verkiezing een meerderheid van kiezers te behalen.<sup>826</sup> De meerderheid moet aldus inzien dat deze meerderheid die zij bezit slechts een *voorlopige* meerderheid is. Dit standpunt van Kelsen is er duidelijk op gebaseerd dat mensen van mening kunnen veranderen en dat ‘het goede’ of ‘de waarheid’ voor niemand *a priori* vaststaat. Daarom is democratie ook de regeringsvorm die volgens Kelsen gebaseerd is op een relativistisch wereldbeeld – een relativisme dat tevens op de waarde berust dat iedereen de mogelijkheid moet krijgen de (voorlopige versie van de) waarheid vast te stellen.<sup>827</sup> Over dit relativisme kom ik later in deze paragraaf te spreken.

De democratie dient volgens Kelsen om de bescherming van de politieke minderheid mogelijk te maken ook essentiële democratische vrijheden te incorporeren: vrijheid van religie, vrijheid van meningsuiting en persvrijheid. Daarnaast moeten burgers gelijkelijk recht hebben op politieke participatie – hetgeen mogelijk wordt gemaakt door passief en actief kiesrecht. Deze opvatting van Kelsen sluit aan bij het idee dat een meerderheid geen definitieve meerderheid kan behelzen en er altijd een reële kans moet zijn voor de minderheid om een andere mening te laten doorklinken in democratische wetgeving. Indien de meerderheid inbreuk maakt op de rechten van politieke participatie – en de meerderheid op deze manier haar macht consolideert voor langere tijd – wordt het onmogelijk voor de minderheid om nog de verwachting te koesteren op enig moment zelf deel uit te maken van de meerderheid. Het relativistische wereldbeeld van democratie komt dan namelijk onder druk te staan en wordt vervangen voor een substantieel ideaal van het goede – een ideaal dat ook nog eens onveranderlijk wordt verklaard.

Een van de *founding fathers* van de Verenigde Staten, James Madison (1751-1836), benadrukte al in 1788 dat democratie niet enkel een meerderheidsbeslissing kan behelzen, maar dat er ook een effectieve bescherming van minderheden dient te bestaan. Hij betoogt dat er anders geen sprake is van democratie, maar van ‘dictatuur van de meerderheid’ [*tyranny of the majority*].<sup>828</sup> Deze opvatting is ook terug te zien in de opvatting van de Engelse filosoof John Stuart Mill (1806-1873), die door hem wordt verdedigd in *Considerations on Representative Government* (1861): democratie is niet alleen de representatie van de meerderheid, maar de representatie van het gehele volk – waarbij

---

<sup>825</sup> Baume 2017, p. 81.

<sup>826</sup> Jestaedt & Lepsius 2006, p. xxiii.

<sup>827</sup> Jestaedt & Lepsius 2006, p. xxiv.

<sup>828</sup> James Madison, ‘Federalist Paper 51’, in: Alexander Hamilton, James Madison & John Jay, *The Federalist Papers*, Oxford: Oxford University Press 2008, p. 257. Zie voor een soortgelijk standpunt Hans Kelsen, ‘Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit’ (Lars Vinx vert.), in: Lars Vinx, *The guardian of the constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law*, Cambridge: Cambridge University Press 2015, p. 66, 71.

democratie kan worden opgevat als een ‘continuing compromise between the majority and the minority’.<sup>829</sup> Ook in het essay *On Liberty* (1859) waarschuwt Mill voor de gevaren van een tirannie van de meerderheid en betoogt hij dat dit een van de redenen is om de macht in de democratie te beperken.<sup>830</sup> Mill betoogt hier dat de bescherming van de minderheid verder reikt dan de loutere bescherming tegen de uitvoerende macht. Er is ook bescherming nodig tegen de ‘de druk van gangbare meningen en opvattingen’.<sup>831</sup> In dit verband pleit Mill voor een grote mate van vrijheid van meningsuiting.<sup>832</sup>

De opvattingen van Madison en Mill zijn tegenwoordig gemeengoed geworden en zijn terug te zien in de vorm van (afdwingbare) grondrechten, constitutionele toetsing en het vereiste van een gekwalificeerde meerderheid of een verzwaarde procedure voor aanpassing van een grondwet of bepaalde artikelen in een grondwet. Zo bestaat er op basis van artikel 137 van de Grondwet in Nederland het extra vereiste van een dubbele lezing, waarbij in de tweede lezing het voorstel tot wijziging van de Grondwet met twee derde meerderheid moet worden aangenomen. In de Weimarconstitutie was artikel 76 neergelegd, dat eveneens stelde dat een aanpassing van de Grondwet door een twee derde meerderheid moest worden goedgekeurd. In het huidige Duitsland zijn op grond van artikel 79 van de Grondwet bepaalde besluiten zelfs geheel uitgezonderd van het democratisch besluit.

Kelsen maakt ter rechtvaardiging van deze procedures het onderscheid tussen een ‘normale wet’ en een ‘constitutionele wet’. Waar een normale wet te wijzigen dient te zijn met normale meerderheid, is het volgens Kelsen noodzakelijk dat constitutionele wetten beschermd worden door een speciale procedure. Dit geldt dan voor de wetten die noodzakelijk zijn voor het democratische systeem als zodanig, zoals ik hierboven beschreef: vrijheid van religie, vrijheid van meningsuiting, recht op politieke participatie en vrijheid van drukpers. Met andere woorden: “[c]onstitutionally entrenched rights strengthen the tendency towards compromise between majority and minority that should, in any case, characterize all well-functioning democratic systems by tempering the danger of inconsiderate and disrespectful rashness in the majority’s decisions”.<sup>833</sup>

Kelsen benadrukt in *Verteidigung der Demokratie* (1932) dat het ook mogelijk is voor een democratie om minderheidsrechten niet te beschermen. In dat geval kan de democratie met een

---

<sup>829</sup> Zoals aangehaald in Carl Schmitt, *The guardian of the constitution* (Lars Vinx vert.), in: Lars Vinx, *The guardian of the constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law*, Cambridge: Cambridge University Press 2015, p. 94. Overigens is de (indirecte) gelijkenis met het argument van John Locke eveneens interessant. Locke stelt dat de meerderheid, als resultaat van een verkiezing, ook altijd handelt met verantwoordelijkheid tot de minderheid. Zie hiervoor John Locke, *Two treatises on government*, New York: Cambridge University Press 2013, p. 364 en voor verdere uitleg Peter Laslett, ‘Introduction’, in: John Locke, *Two treatises on government*, New York: Cambridge University Press 2013, p. 110.

<sup>830</sup> John Stuart Mill, *Over vrijheid* (W.E. Krul vert.), Amsterdam: Boom 2002, p. 38-39.

<sup>831</sup> Mill 2002, p. 39-40.

<sup>832</sup> Zie Mill 2002, p. 53 e.v. Zie voor een samenvatting van Mills argumenten Mill 2002, p. 97-98.

<sup>833</sup> Vinx 2007, p. 128.

gewone meerderheid worden omgezet in een autocratie – hetgeen eveneens het geval is als de gekwalificeerde meerderheid wordt gehaald, indien dat in de constitutie is neergelegd. Echter, duidelijk is dat dit niet hetgeen is dat Kelsen voor ogen heeft aangezien de mogelijkheid van de minderheid om hierna ooit nog de meerderheid te verkrijgen geheel uitgesloten is. Juist de mogelijkheid dat de minderheid ooit de meerderheid kan worden, is de reden dat democratie het systeem is dat vrijheid vertegenwoordigt.<sup>834</sup> Hieruit volgt wederom het relativistische karakter van Kelsens democratieopvatting: iedereen moet de gelijke kans krijgen om deel te nemen aan de politieke wilsvorming, ongeacht zijn denkbeelden.

Kelsen onderschrijft nog een andere manier om minderheidsrechten te beschermen, namelijk constitutionele toetsing.<sup>835</sup> Zoals Vinx beschrijft, is democratie volgens Kelsen ‘strengthened by constitutionalism and constitutionalism, as serving the purpose of the protecting of minority interests, is meaningful only if we accept the legitimacy of constitutional review’.<sup>836</sup> In Nederland is een dergelijke vorm van constitutionele toetsing onmogelijk gemaakt op basis van artikel 120 van de Grondwet. Op basis van het systeem van artikel 93 en 94 van de Grondwet kan er echter wel worden getoetst aan internationale verdragen – en natuurlijk is er de mogelijkheid van toetsing aan het Europees recht. In Weimar-Duitsland bestond een beperkte vorm van constitutionele toetsing, op basis van de artikelen 19, 108 en 172 van de Grondwet. Het *Staatsgerichtshof*, dat in 1921 was opgericht was belast met deze taak.

#### § 5.5. Kelsen over constitutionele toetsing

Kelsen, de vader van het Oostenrijks constitutioneel hof en zelf een rechter in dit hof tussen 1921 en 1930,<sup>837</sup> is van mening dat constitutionele toetsing essentieel is voor een democratische staat.<sup>838</sup> Hij wordt gezien als de grondlegger van het Europese systeem van constitutionele toetsing, waarbij de rechter lagere wetten mag toetsen aan de Grondwet en hiermee de ‘grondwettelijkheid’ van deze wetten vaststelt.<sup>839</sup> In de tekst *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit* (1929) gaat Kelsen voor het eerst in op constitutionele toetsing in relatie tot zijn democratieopvatting. Hij beschrijft dat een constitutioneel hof enkel waardevol is in een systeem met een formele constitutie: wanneer de Constitutie een bepaalde status heeft binnen een bestaand rechtssysteem (zoals verzwaarde procedures wat betreft de aanpassing van de Grondwet) of wanneer er grondrechten zijn opgenomen in de Grondwet.<sup>840</sup> De Weimargrondwet kan in deze zin een formele constitutie worden genoemd: de

---

<sup>834</sup> Zie hiervoor Jestaedt & Lepsius 2006, p. xxiii.

<sup>835</sup> Zie Kelsen 2015, p. 71-72. Constitutionele toetsing is volgens Kelsen bij uitstek een manier om te zorgen dat democratie niet enkel de wil van de meerderheid is, maar dat ook minderheden worden gerespecteerd.

<sup>836</sup> Vinx 2007, p. 145.

<sup>837</sup> Caldwell 1997, p. 87.

<sup>838</sup> Baume 2012, p. 34.

<sup>839</sup> Kelsen 2005, p. 40.

<sup>840</sup> Vinx 2007, p. 158-160.

Constitutie is op grond van artikel 76 enkel te wijzigen met een twee derde meerderheid en in het tweede deel zijn grondrechten opgenomen.

Het instellen van een constitutioneel hof is nauw verbonden met Kelsens democratieopvatting. Het constitutioneel hof geeft invulling aan het feit dat democratie het systeem is waarin een pluraliteit aan opvattingen bestaat. In deze pluriformiteit zal uiteindelijk een compromis moeten worden gesloten: de rechters van het constitutionele hof zijn degenen die het uiteindelijke karakter van deze compromis (mede) vaststellen. Daarnaast biedt constitutionele toetsing een effectieve waarborg van bescherming voor de minderheid tegen de meerderheid: de minderheid weet dat er altijd een mogelijkheid is om af te dwingen dat de meerderheid zich aan de constitutionele normen houdt aangezien de mogelijkheid tot toetsing hiervan openstaat.<sup>841</sup> Deze garantie gaat volgens hem hand in hand met het beschermen van constitutionele normen door middel van een speciale procedure of gekwalificeerde meerderheid:

The specific form of constitution [of a democratic state, RB], which typically consists in the fact that a constitutional amendment is tied to the requirement of a heightened majority, ensures that certain fundamental questions can only be resolved with the participation of the minority [...]. It is only through a statute that is unconstitutional, because it has been enacted by a simple majority, that the majority can interfere with the minority's constitutionally protected sphere of interest against the latter's will.<sup>842</sup>

Vinx beschrijft dat het belang van het constitutioneel hof in Kelsens democratieopvatting tevens verbonden is met zijn opvatting dat Staat en recht een absolute eenheid vormen. Hierdoor wordt het onmogelijk voor de Staat om een 'illegale handeling' te verrichten. De toepassing van het recht door de Staat ligt echter niet van tevoren vast – degene die de wet toepast heeft altijd een bepaalde vorm van discretie<sup>843</sup> – waardoor de mogelijkheid blijft bestaan dat het recht op onjuiste wijze wordt toegepast. Om ervoor te zorgen dat het niet de individuele burger is die aan een dergelijke rechtstoepassing de geldigheid ontzegt, dient er een vorm van rechterlijke controle te worden ingebouwd. Dit heeft wederom te maken met de eenheid binnen een pluralistisch systeem.<sup>844</sup> Door middel van de rechterlijke controle wordt het mogelijk dat de burger de wet naleeft, hij weet namelijk dat er altijd een mogelijkheid is om de toepassing van de wet te laten verwerpen in een rechterlijk proces. Rechterlijke controle is aldus een juridische waarborg van de constitutie.<sup>845</sup>

Aangezien de toepassing van het recht niet van tevoren vastligt, heeft ook de rechter in iedere zaak een bepaalde vorm van discretie.<sup>846</sup> De rechterlijke beslissing heeft een wettelijke basis voor zover deze gebaseerd is op wettelijke normen, maar deze normen kunnen de beslissing nooit geheel

---

<sup>841</sup> Kelsen 2015, p. 71.

<sup>842</sup> Kelsen 2015, p. 71-72.

<sup>843</sup> Vinx 2007, p. 151. Zie tevens Isabel Vidal, 'Chapter 8. Kelsen and Legal Interpretation', in: Peter Langford, Ian Bryan & John McGarry, *Kelsenian Legal Science and the Nature of Law*, Cham: Springer 2017, p. 143-144.

<sup>844</sup> Vinx 2007, p. 208-209.

<sup>845</sup> Kelsen 2015, p. 22.

<sup>846</sup> Vinx 2007, p. 151.

bepalen.<sup>847</sup> Het verschil tussen de rechter en andere staatsorganen waar een beslissing wordt genomen, is dat de rechter niet enkel een bepaalde norm interpreteert en toepast, maar ook de bevoegdheid heeft om beslissingen van andere organen te toetsen: hij past zelf geen wetten toe, maar controleert of het lagere rechtsorgaan de wetten correct heeft toegepast.<sup>848</sup> Vinx omschrijft dat het constitutioneel hof volgens Kelsen dan ook ‘passief’ handelt (door het toetsen) en niet ‘actief’ handelt (de wetten toepast).<sup>849</sup> Kelsen wijst hiermee de traditionele opvatting, waarbij wetgeving (het ‘maken’ van het recht) en rechtspraak (het ‘toepassen’ van het recht) van elkaar worden gescheiden, af.

Deze traditionele opvatting vindt zijn oorsprong in het werk van de Franse filosoof Charles Louis de Montesquieu (1689-1755), die – al gebruikte hij de term zelf niet – van oudsher wordt beschouwd als de grondlegger van de *trias politica* (het stelsel van machtenscheiding, dat volgens Schmitt kenmerkend is voor de burgerlijke rechtsstaat, zie paragraaf 6.5). In zijn fameuze werk *De l'esprit des lois* (1748) onderscheidt hij drie staatsvormen: de republiek (die de vorm kan aannemen van een democratie of een aristocratie), de monarchie en de despotie (de ontaardingsvorm). In een gematigde staatsvorm (de republiek of de monarchie) zijn de verschillende staatsmachten van elkaar gescheiden.<sup>850</sup> De mate van deze scheiding van machten varieert echter al naar gelang de staatsvorm verschilt.

Montesquieu beschouwt de republiek, waar de staatsmachten strikt van elkaar zijn gescheiden, als de ideale staatsvorm. In de woorden van de Nederlandse rechtsgeleerde Gerardus Johannes Wiarda (1906-1988): “[...] naar zijn [Montesquieu’s, RB] opvatting het type van de ideale staat, waar welomschreven wetten en daaraan strikt gehoorzame rechters een welhaast volkomen rechtszekerheid waarborgen [...]”.<sup>851</sup> Uit dit citaat blijkt dat het kenmerkend is voor de republiek dat de rechters volledig aan het recht gebonden zijn, zij zijn niet meer dan ‘de mond die de woorden van de wet spreekt; willoze wezens die aan de kracht en strengheid van de wet geen afbreuk kunnen doen’.<sup>852</sup> Het republikeinse ideaal van Montesquieu berust op een duidelijke bevoegdheidsverdeling tussen de rechter en de wetgever, waarbij de rechter zo min mogelijk (interpretatie)ruimte of (interpretatie)vrijheid gelaten dient te worden. Dit wordt ook wel legisme of formalisme genoemd.<sup>853</sup>

Montesquieu’s legisme is feitelijk precies wat Kelsen verstaat onder de ‘traditionele opvatting’: rechtspraak wordt in deze opvatting vooral opgevat als een reproductie van het recht dat er al is. Kelsen richt zich tegen deze traditionele opvatting, volgens hem bestaat er geen tegenstelling

---

<sup>847</sup> Vinx 2007, p. 152.

<sup>848</sup> Kelsen 2005, p. 45; Vinx 2007, p. 153.

<sup>849</sup> Vinx 2007, p. 154.

<sup>850</sup> Charles Louis de Montesquieu, *Over de geest van de wetten* (J. Holierhoek vert.), Amsterdam: Boom Amsterdam 2006, p. 220.

<sup>851</sup> Gerardus Johannes Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 13.

<sup>852</sup> Montesquieu 2006, p. 227.

<sup>853</sup> Zie bijvoorbeeld H.L.A. Hart, ‘Separation of Law and Morals’, in *Harvard Law Review*, 1958 71/4, p. 612 waar hij spreekt over een dergelijke opvatting wat betreft rechtstoepassing als een ‘automatic and mechanical way’.

tussen rechtsvorming door de wetgever en rechtstoepassing door de rechter: “[l]egislation and execution are not two co-ordinate functions of the state, but only two different levels of the process of the creation of the law, a process which neither begins nor ends at the level of statute, that stand in a relationship of subordination and superiority”.<sup>854</sup> Hierin komt duidelijk de opvatting van Kelsen van het recht als hiërarchisch geheel van normen (de *Stufenbau*, zie paragraaf 5.3) naar voren. De scheiding van machten en de verschillende functies van deze machten berust volgens Kelsen dan ook op een fictie.<sup>855</sup> Hoewel de taken van de verschillende staatsmachten kunnen overlappen, betekent dit niet dat het constitutioneel hof en het parlement geen verschillende taken hebben binnen de Staat. Het constitutioneel hof is volgens Kelsen een ‘negatieve wetgever’: een wetgever die direct – zowel formeel als materiaal – gebonden is aan de constitutie bij de wetstoepassing en enkel controleert of de constitutie juist is toegepast.<sup>856</sup> Dat terwijl de regering of het parlement, als ‘positieve wetgever’, meer vrijheid heeft in de wetstoepassing – deze wetgever is enkel gebonden aan de formele, procedurele eisen zoals deze zijn neergelegd in de constitutie.<sup>857</sup> Kelsen betoogt dat er ook beter kan worden gesproken van een verdeling in plaats van een scheiding van staatsmachten. Deze verdeling van machten is er juist op gericht te zorgen dat zij elkaar wederzijds controleren. Dit ten eerste om ervoor te zorgen dat er geen machtsconcentratie plaatsvindt in een enkel orgaan, maar ten tweede, en vooral, om de legaliteit van de handelingen van de organen te garanderen.<sup>858</sup> Kelsen sluit hier aan bij een andere traditioneel kenmerk van de rechtsstaat en de scheiding der machten, die Madison tot uitdrukking brengt in de *Federalist Paper* 51 (1788) wanneer hij beschrijft dat de enkele scheiding van machten niet voldoende is, maar dat deze machten elkaar ook nog eens effectief moeten controleren (‘ambition must be made to counteract ambition’).<sup>859</sup>

Ook al is de traditionele strikte scheiding tussen wetgevende en rechtsprekende macht volgens Kelsen een fictie, hij is ook tegen het verlenen van een te grote mate van discretie aan het constitutioneel hof. Dit is volgens hem het geval wanneer het constitutioneel hof de bevoegdheid verkrijgt om wetten te toetsen aan meta-wettelijke normen zoals ‘gerechtigheid’ of ‘gelijkheid’ en deze niet van tevoren helder zijn beschreven.<sup>860</sup> Hoewel, zoals hierboven beschreven, de precieze wetstoepassing in geen enkel geval geheel vastligt, is een dergelijke toepassing van deze onduidelijke begrippen volgens Kelsen onwenselijk:

It is self-evident that it cannot be the purpose of a constitution to make every statute enacted by parliament dependent, through the use of an ill-defined and highly ambitious word like ‘justice’, or some other equally vacuous term, on the free discretion of a college whose members are as arbitrarily

---

<sup>854</sup> Kelsen 2015, p. 23.

<sup>855</sup> Kelsen 2015, p. 46.

<sup>856</sup> Zie Champeil-Desplats 2017, p. 188-189.

<sup>857</sup> Kelsen 2005, p. 47.

<sup>858</sup> Kelsen 2005, p. 46.

<sup>859</sup> Madison 2008, p. 257.

<sup>860</sup> Kelsen 2015, p. 59-60.



chosen, from a political point of view, as members of a constitutional court. Such a shift of power from parliament to an extra-parliamentary institution, one that may turn into the exponent of political forces completely different from those that express themselves in parliament, is certainly not intended by the constitution and highly inappropriate politically.<sup>861</sup>

Een ander argument dat volgens Kelsen ingebracht kan worden tegen het instellen van een constitutioneel hof is dat constitutionele toetsing in strijd is met de volkssoevereiniteit. Oftewel, het geven van vergaande bevoegdheden aan rechters gaat ten koste van de wetgevende macht<sup>862</sup> en schaadt dientengevolge de democratie – deze verandert dan in een ‘dikastocratie’ (heerschappij van rechters). Kelsen verwerpt dit argument door te stellen dat soevereiniteit niet louter berust bij één staatsmacht, maar dat de staatsmachten gezamenlijk drager van deze soevereiniteit zijn. Daarnaast is de wetgever gebonden aan de constitutie, dus het controleren van de navolging van deze gebondenheid is volgens Kelsen geen inbreuk op de volkssoevereiniteit, maar juist een waarborg van de volkssoevereiniteit.<sup>863</sup>

Het constitutioneel hof zal zich in een democratie voornamelijk bezighouden met het toetsen van wetgeving die is uitgevaardigd door het parlement.<sup>864</sup> Het kan echter ook gaan, zoals ik hierboven aangaf, om noodwetgeving die is uitgevaardigd door een ander orgaan, zoals door de Rijkspresident in de Weimarrepubliek.<sup>865</sup> Vooral deze tweede mogelijkheid van constitutionele toetsing geeft volgens Kelsen aanleiding tot felle debatten en daarom is het juist in een dergelijk geval noodzakelijk de mogelijkheid te bieden dat ‘controversies [are] decided by a highest authority whose objectivity is beyond doubt’.<sup>866</sup> Aangezien het constitutioneel hof gewoonlijk prestige geniet, is het ook acceptabel om handelingen van de regering of het hoofd van de Staat door het constitutioneel hof te laten controleren.<sup>867</sup>

### § 5.6. *Het vrijheidsideaal in Kelsens democratieopvatting*

Kelsens democratieopvatting, die bedoeld is om vrijheid te maximaliseren, kan dus als volgt worden samengevat: door deel te nemen aan verkiezingen ontstaat er een meerderheid en een minderheid wat betreft het nemen van besluiten. De meerderheid dient in samenspraak met de minderheid te komen tot een compromis. Dit compromiskarakter kan worden beschermd door proportionele vertegenwoordiging, de bescherming van grondrechten en constitutionele toetsing. Op deze manier leidt de meerderheidsdemocratie voor Kelsen tot maximalisatie van vrijheid. Echter, wat voor

---

<sup>861</sup> Kelsen 2015, p. 61.

<sup>862</sup> Dit was een van de belangrijkste argumenten bij de invoering van artikel 120 van de Nederlandse Grondwet. Zie hiervoor Handelingen van de Staten-Generaal over de Ontwerpen van Wet tot Herziening van de Grondwet 1847/48, p. 345.

<sup>863</sup> Kelsen 2015, p. 45.

<sup>864</sup> Kelsen 2001, p. 48-49.

<sup>865</sup> Kelsen 2015, p. 30.

<sup>866</sup> Kelsen 2015, p. 50.

<sup>867</sup> Kelsen 2015, p. 54.

vrijheidsideaal ligt er volgens Kelsen ten grondslag aan democratie? In deze paragraaf staat deze vraag centraal en plaats ik het werk van Kelsen in de bredere context van het denken over vrijheid.

De Frans-Zwitserse filosoof en politicus Benjamin Constant (1767-1840) maakte een onderscheid tussen de klassieke opvatting van vrijheid en de moderne opvatting van vrijheid.<sup>868</sup> Volgens Constant is moderne vrijheid de vrijheid (ofwel afwezigheid) van onderdrukking: het betekent uitsluitend onderworpen te zijn aan de wet en het kunnen uitoefenen van de vrijheid van meningsuiting, de vrijheid van vereniging, het recht op eigendom en het hebben van invloed op de uitvoerende macht.<sup>869</sup> Met andere woorden, in de moderne opvatting van vrijheid is er voor burgers een privésfeer waarin ze zichzelf naar eigen inzicht kunnen ontplooiën en mogen doen en zeggen wat ze willen zonder door de autoriteiten te worden belemmerd.<sup>870</sup> De klassieke opvatting van vrijheid betekent daarentegen vooral dat burgers ‘collectief, maar rechtstreeks, verscheidene aspecten van de hele macht uitoefenen, in het openbaar overleggen over oorlog of vrede, met vreemdelingen verbonden sluiten, over wetten stemmen, oordelen vellen, rekeningen, handelingen, beleid van magistraten nagaan, hen voor het volk dagen, ze beschuldigen, veroordelen of vrijspreken’.<sup>871</sup> De privésfeer wordt in de klassieke opvatting van vrijheid echter niet belangrijk geacht, volledige onderwerping van het individu aan het gezag van allen wordt gezien als verenigbaar met vrijheid in de klassieke zin.<sup>872</sup> Het individu was, zoals Constant het zelf verwoordt, als het ware opgeslokt door het volk.<sup>873</sup>

Berlin borduurde in zijn *Two concepts of liberty* (1958) verder op deze tweedeling van Constant en maakte onderscheid tussen negatieve en positieve vrijheid. Hij beschrijft negatieve vrijheid als een opvatting van vrijheid die een antwoord geeft op de vraag wat het domein is ‘waarbinnen het aan het subject – een persoon of een groep personen – wordt overgelaten of zou moeten worden overgelaten, om te doen wat in zijn vermogen ligt, zonder de tussenkomst van andere personen’.<sup>874</sup> Berlin beschrijft dat de standaard negatieve opvatting van vrijheid die van de Engelse filosoof Jeremy Bentham (1748-1832) is: vrijheid als de afwezigheid van externe restricties die het individu worden opgelegd door anderen. In de woorden van Bentham: “[t]he sense of freedom, in which I use the term, entails not simply the absence of frustration (which may be obtained by killing desires), but the absence of obstacles to possible choices and activities – absence of obstructions on roads along which a man can decide to walk”.<sup>875</sup>

---

<sup>868</sup> Benjamin Constant, *De waarde van vrijheid* (Hans van Cuijlenborg vert.), Amersfort: Wilco, Elsevier Boeken 2015, p. 39.

<sup>869</sup> Constant 2015, p. 43-45.

<sup>870</sup> Gerry List, ‘Het juiste midden van Benjamin Constant’, in: Benjamin Constant, *De waarde van vrijheid* (Hans van Cuijlenborg vert.), Amersfort: Wilco, Elsevier Boeken 2015, p. 21.

<sup>871</sup> Constant 2015, p. 45.

<sup>872</sup> Constant 2015, p. 45, 47.

<sup>873</sup> Constant 2015, p. 49.

<sup>874</sup> Berlin 2018, p. 11.

<sup>875</sup> Zoals aangehaald in Lagerspetz 2017, p. 163.

De negatieve opvatting van vrijheid kan tevens in verband worden gebracht met John Stuart Mill.<sup>876</sup> Mill gaat in *On Liberty* in op de maatschappelijke of burgerlijke vrijheid: ‘de aard en begrenzings van de macht die de samenleving rechtens kan uitoefenen over het individu’.<sup>877</sup> Hij maakt een duidelijk onderscheid tussen de handelingsfeer van de maatschappij en de handelingsfeer van het individu.<sup>878</sup> Mill wil het overheidshandelen zo veel mogelijk aan banden leggen, hetgeen ook tot uiting komt in zijn fameuze schadebeginsel dat stelt dat het ‘ingrijpen van de samenleving in de vorm van dwang en toezicht’ enkel gerechtvaardigd is wanneer ‘het gedrag waarvan men hem [het individu, RB] wil weerhouden, anderen schade toebreng[t]’.<sup>879</sup> Het gezag van de samenleving is ten eerste bedoeld om rechten te waarborgen die voor iedereen gelden en ten tweede om ervoor te zorgen dat anderen geen schade wordt toegebracht.<sup>880</sup> Indien het niet gaat om het waarborgen van rechten of het voorkomen van schade aan anderen, heeft de overheid niets over het individu te zeggen. Met andere woorden, dan heeft het individu het recht op zijn eigen privésfeer, waarin door de overheid niet rechtmatig kan worden ingegrepen.<sup>881</sup> Het individu heeft, met andere woorden, geen verantwoording af te leggen aan de samenleving voor gedrag dat uitsluitend zijn eigen belang betreft: “[s]chade of de kans op schade toegebracht aan de belangen van anderen, is het enige wat een ingrijpen van de samenleving rechtvaardigt; maar men moet beslist niet denken dat dit daarom ook altijd een dergelijk ingrijpen rechtvaardigt”.<sup>882</sup>

Naast dit negatieve ideaal van vrijheid, dat van oudsher in verband wordt gebracht met de liberale nachtwakersstaat, onderscheidt Berlin het positieve vrijheidsbegrip. Positieve vrijheid is de opvatting van vrijheid die een antwoord formuleert op de vraag wat of wie de bron is ‘van de beheersing of de inmenging die kan bepalen dat iemand dit doet in plaats van dat, of zó en niet anders?’<sup>883</sup> Van oudsher wordt Rousseau in verband gebracht met de positieve opvatting van vrijheid, aangezien hij enerzijds de nadruk legt op de deelname van het individu aan de besluitvorming en anderzijds op de collectieve volkswil. Kort gezegd houdt de positieve opvatting van vrijheid in dat het individu niet wordt beperkt in zijn vrijheid als hij zelf met deze inperking van zijn vrijheid heeft ingestemd.<sup>884</sup>

Zoals de Finse filosoof Eerik Lagerspetz (geb. 1956) beschrijft, is Kelsen het eens met Rousseau wanneer deze stelt dat de geregeerde vrij is wanneer zijn mening samenvalt met de mening van de regeerders. Kelsen betoogt echter, zoals ik hierboven al kort aanhaalde, dat het compleet

---

<sup>876</sup> Zie Mill 2002, p. 135.

<sup>877</sup> Mill 2002, p. 35.

<sup>878</sup> Zie bijvoorbeeld Mill 2002, p. 48.

<sup>879</sup> Mill 2002, p. 45.

<sup>880</sup> Mill 2002, p. 127.

<sup>881</sup> Mill 2002, p. 128.

<sup>882</sup> Mill 2002, p. 150.

<sup>883</sup> Berlin 2018, p. 11.

<sup>884</sup> Lagerspetz 2017, p. 163.

samenvallen van beide onmogelijk is in de hedendaagse maatschappij.<sup>885</sup> Ten eerste omdat niet iedereen in de samenleving kan en mag stemmen (bijvoorbeeld gehandicapten en kinderen), ten tweede omdat niet iedereen die mag stemmen ook daadwerkelijk stemt en, ten slotte, aangezien er altijd mensen zullen zijn die het niet eens zijn met de genomen beslissing.<sup>886</sup> Hieruit wordt duidelijk dat de democratie ofwel de ‘identity thesis’ moet verwerpen ofwel met een zwakkere variant ervan genoeg moet nemen. Kelsen betoogt dat in een pluralistische samenleving het ideaal van meerderheidsvertegenwoordiging politieke vrijheid maximaliseert.<sup>887</sup> “[...] the majority principle maximizes the number of those citizens who obey themselves rather than an alien will”.<sup>888</sup> Hij toont zich aldus een voorstander van Berlins positieve vrijheid, zij het in beperkte mate.

### § 5.7. *Democratie en relativisme*

In de voorgaande paragrafen kwam al aan de orde dat Kelsens democratieopvatting relativistisch is. Dit houdt verband met zijn meta-ethische opvatting: Kelsen is een non-cognitivist, hij betoogt dat waarden – in tegenstelling tot feiten – niet absoluut waar of onwaar kunnen zijn.<sup>889</sup> Zijn nadruk op het relativisme vormt de belangrijkste schakel in de verbinding tussen zijn politieke theorie en zijn rechtsfilosofie. In de woorden van Baume:

In accordance with his positivist doctrine, legal norms can be assessed only in terms of their legality, not with reference to absolute values. Similarly, Kelsen refused to relate democratic theory to intangible values. He did not define democracy substantially; he did not recognise a ‘good’ that democratic regimes should aim at. A democratic system necessarily implies a critical, relativistic perspective.<sup>890</sup>

Dit is ook terug te zien in zijn betoog over de relatie tussen de meerderheid en de minderheid in een democratie: de meerderheid kan nooit de absolute waarheid claimen en zal daarom ook altijd het minderheidsstandpunt in overweging moeten nemen.<sup>891</sup> Voor Kelsen was het parlement de beste vorm om een politiek van overleg tot stand te brengen – het ging hem dus niet om het garanderen of tot stand brengen van de ‘politieke waarheid’.<sup>892</sup>

Kelsen benadrukt in een aantal teksten het onderscheid tussen democratie en autocratie. Volgens hem is het wezenlijke verschil tussen beide gelegen in het antwoord op de vraag of er een absolute waarheid bestaat of niet. In een autocratie luidt het antwoord hierop bevestigend en in een democratie ontkennend. Zoals Kelsen beschrijft, moet degene die het namelijk voor onmogelijk houdt dat de absolute waarheid gekend kan worden ook ruimte laten voor een tegengestelde mening om

---

<sup>885</sup> Kelsen 2006 (1920), p. 27.

<sup>886</sup> Lagerspetz 2017, p. 166.

<sup>887</sup> Lagerspetz 2017, p. 167.

<sup>888</sup> Lagerspetz 2017, p. 167.

<sup>889</sup> Champeil-Desplats 2017, p. 178.

<sup>890</sup> Baume 2012, p. 13.

<sup>891</sup> Baume 2012, p. 13.

<sup>892</sup> Baume 2012, p. 26.

geuit te worden – daarom kan in een democratie de vraag of er een absolute waarheid bestaat nooit bevestigend worden beantwoord.

In *Verdediging der Democratie* (1932) wijst Kelsen tevens op een verband tussen democratie en wetenschappelijke stromingen. Waar de democratische staatsvorm samengaat met de (methodologische) helderheid en duidelijkheid van het empirisch-kritische rationalisme, vindt de dictatuur aansluiting bij metafysische, irrationele stromingen.<sup>893</sup> Het democratisch uitgangspunt is volgens Kelsen wetenschappelijk: het is niet gebaseerd op de overtuiging dat het democratisch systeem ook het beste systeem is. Daarom is het relativisme de stroming die de democratische gedachte vertegenwoordigt.<sup>894</sup> De democratie erkent de relativiteit van opvattingen en zorgt ervoor dat vrijheid voor de grootst mogelijke groep wordt gewaarborgd. Deze vrijheid gaat in elke andere staatsvorm verloren.<sup>895</sup> Dit brengt tevens met zich mee dat iedere overtuiging – of beter gezegd, politieke partij die deze opvatting vertegenwoordigt – de mogelijkheid moet verkrijgen deel te nemen aan democratische verkiezingen.<sup>896</sup> Tot slot heeft de democratische leider, zo benadrukt Kelsen in *Demokratie* (1926) tevens een relatieve waarde. Hij bezit de leiderspositie enkel voor een beperkte tijd, hij is niet intrinsiek beter dan anderen en dient ook kritiek te kunnen incasseren.<sup>897</sup> Kelsen beschrijft de democratische leider als een ‘immanente’ leider: hij komt voort uit de democratische gemeenschap en staat er niet boven, zoals in de autocratie het geval is.<sup>898</sup>

Het relativistische kenmerk van democratie houdt verband met Kelsens denkbeelden over legaliteit en met zijn methodologische denkbeelden over een autonome rechtswetenschap.<sup>899</sup> Kelsens beeld van rechtswetenschap vraagt om een rechtswetenschapper die afstand houdt van politieke debatten, iemand die positiefrechtelijke regels interpreteert zonder morele of politieke concepties. Met andere woorden, een wetenschapper die het recht beschouwt als een wetenschappelijk object. Wat overblijft als onderzoeksobject is de vorm van het recht: de structurele en formele eigenschappen. Echter, zoals ook Kelsen erkent, is het recht – voornamelijk de rechtsvorming – natuurlijk intrinsiek verbonden met politiek en politieke denkbeelden. De rechtswetenschapper toont daarom de verschillende mogelijkheden voor interpretatie, zonder zelf een keuze te maken voor een van deze mogelijkheden.<sup>900</sup>

---

<sup>893</sup> Kelsen 2006 (1932), p. 230.

<sup>894</sup> Kelsen 2006 (1920), p. 31.

<sup>895</sup> Kelsen 2006 (1926), p. 236.

<sup>896</sup> Kelsen 2006 (1920), p. 32.

<sup>897</sup> Zie ook Baume 2012, p. 14.

<sup>898</sup> Kelsen 2006 (1926), p. 135.

<sup>899</sup> Péter Sólyom, ‘Between Legal Technique and Legal Policy: Remarks on Hans Kelsen’s Constitutional Theory’, *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, No.2, August 2007, p. 399.

<sup>900</sup> Sólyom 2017, p. 400.

### § 5.8. De formele en materiële democratie

De achtergrond waartegen Kelsen zijn relativistische democratietheorie tot ontwikkeling bracht, was voor dergelijke denkbeelden niet optimaal. Hij beschrijft in de tweede uitgave van *Vom Wesen und Wert der Demokratie* uit 1929 dat het democratisch ideaal na de revoluties van 1789 en 1848 bijna als vanzelfsprekend werd beschouwd binnen het politieke denken,<sup>901</sup> maar dat dit na 1929 niet langer het geval was. In de periode waarin Kelsen dit werk schreef werd de democratische staatsvorm in toenemende mate bedreigd vanuit de kant van het communisme, die een dictatuur van het proletariaat voorstond, en aan de andere kant door het fascisme (zie tevens hoofdstuk 2).<sup>902</sup> Kelsen analyseert in dit artikel en in *Verteidigung der Demokratie* (1932) de kritiek op de democratische staatsvorm en poogt deze te weerleggen.

Hij beschrijft dat het argument dat aan de revolutionaire zijde van het politieke spectrum tegen de democratische staatsvorm wordt ingebracht inhoudt dat democratie gelijkheid predikt maar in werkelijkheid enkel *formele* en geen *materiële* gelijkheid heeft voortgebracht. Met andere woorden, democratie geeft iedereen de mogelijkheid om op gelijke voet deel te nemen aan democratische verkiezingen, maar zorgt er niet voor dat iedereen ook daadwerkelijk gelijk is. Zoals hierboven duidelijk werd, is Kelsen echter van mening dat democratie een systeem is dat de vrijheid poogt te maximaliseren en hiermee is democratie volgens Kelsen eerder op vrijheid dan op gelijkheid gericht.<sup>903</sup> Daarnaast heeft de democratie het juist mogelijk gemaakt dat het proletariaat een steeds grotere rol is gaan spelen in de Staat en dat de adel steeds verder naar de achtergrond is verdreven.<sup>904</sup> Deze kritiek kan volgens Kelsen dan ook geen standhouden.

Aan de andere kant van het politieke spectrum zijn tevens veel – elkaar volgens Kelsen tegensprekende – argumenten tegen de democratische staatsvorm te horen. Het eerste argument is dat de democratie een voedingsbodem voor corruptie is. Kelsen stelt dat dit in autocratische staatsvormen niet in mindere mate het geval is, maar dat dit verborgen blijft aangezien de democratie een grote waarde hecht aan openheid. Het belangrijkste argument dat wordt aangevoerd tegen democratie is echter dat de parlementaire democratie die gebaseerd is op een meerderheidsbesluit, niet in staat is om een gemeenschappelijke wil tot stand te brengen. In het verlengde daarvan wordt betoogd dat de besten zouden moeten regeren en niet de meerderheid. Dat de beste moeten regeren, is volgens Kelsen vanzelfsprekend. Waar echter het antwoord op schuldig moet blijven, is op de vraag wie dan de beste is – dit kan volgens Kelsen nooit definitief worden vastgesteld,<sup>905</sup> hetgeen wederom samenhangt met zijn relativistische opvattingen (zie paragraaf 5.7). Daarnaast is het duidelijk dat Kelsen het compromiskarakter van de democratie, waar deze kritiek zich op richt, juist wel positief vindt: op

---

<sup>901</sup> Kelsen 2006 (1929), p. 153.

<sup>902</sup> Kelsen 2006 (1929), p. 154. Zie tevens Kelsen 2006 (1932), p. 229-230.

<sup>903</sup> Kelsen 2006 (1932), p. 231.

<sup>904</sup> Kelsen 2006 (1932), p. 232.

<sup>905</sup> Kelsen 2006 (1932), p. 234.

basis van dit compromiskarakter kan namelijk door het principe van dynamische integratie een politiek standpunt gevormd worden waarbij zowel de meerderheid als de minderheid wordt betrokken (zie paragraaf 5.5).

Kelsen bespreekt tot slot een argument dat ‘zelfs democraten tegen de democratische staatsvorm kunnen inbrengen’, namelijk dat een democratie zich niet kan verdedigen tegen haar antidemocratische vijanden: wil ze zichzelf trouw blijven, dan moet de democratie ook haar tegenstanders de mogelijkheid geven om deel te nemen aan het democratisch proces (de ‘democratische paradox’). Zoals Kelsen beschrijft: de vraag rijst ‘ob die Demokratie sich nicht selbst verteidigen soll, auch gegen das Volk, das sich nicht mehr will, auch gegen eine Majorität, die in nichts anderem einzig ist, als in dem Willen, die Demokratie zu zerstören’.<sup>906</sup> Kelsens antwoord op deze vraag is stellig: “[e]ine Demokratie, die sich gegen den Willen der Mehrheit zu behaupten, gar mit Gewalt sich zu behaupten versucht, hat aufgehört, Demokratie zu sein”.<sup>907</sup>

Hoewel het meerderheidsbesluit en de mogelijkheid dat het besluit van de meerderheid wordt herroepen een van de kernpunten van Kelsens democratieopvatting is, toont hij zich hier toch tegenstander van democratische zelfverdediging. De democratieopvatting van Kelsen is hiermee formeel te noemen. In een formele democratieopvatting wordt democratie opgevat als een louter procedureel criterium: de meerderheid beslist.<sup>908</sup> Hierbij is, net als Kelsen beschrijft, iedere beslissing in principe geoorloofd: zelfs een beslissing die een toekomstige andere beslissing onmogelijk maakt. In een materiële democratieopvatting wordt de formele meerderheidsbeslissing daarentegen aangevuld met inhoudelijke bepalingen; democratie is dan niet enkel een bepaalde procedure, maar de uitkomst van deze procedure wordt tevens beperkt.<sup>909</sup>

De formele democratieopvatting kreeg na de machtsovername van Adolf Hitler op 23 maart 1933 (zie paragraaf 2.7.2) flinke kritiek te verduren. De uit Duitsland gevluchte filosoof en politicoloog Karl Loewenstein (1891-1973) betoogde al in 1937 in het uit twee delen bestaande artikel ‘Militant Democracy and Fundamental Rights’ dat de inherente zwakte van het democratische systeem eruit bestaat dat het niet in staat is om de dreiging die uitgaat van antidemocratische (fascistische) partijen af te weren. Democratie moet volgens hem daarom de mogelijkheid verkrijgen zich effectief

---

<sup>906</sup> Kelsen 2006 (1932), p. 237.

<sup>907</sup> Kelsen 2006, (1932) p. 237.

<sup>908</sup> Stefan Scottiaux & Stefan Rummens, ‘Concentric democracy: resolving the incoherence in the European Court of Human Rights’ case law on freedom of expression and freedom of association, *International Journal of Constitutional Law*, 2012, vol. 10, no. 1, p. 114; Gregory Fox & Georg Nolte, ‘Intolerant Democracies’, *Harvard International Law Journal*, 1995 (36), p. 14; Bastiaan Rijpkema, *Weerbare democratie: de grenzen van democratische tolerantie*, Amsterdam: Nieuw Amsterdam Uitgevers 2015, p. 18.

<sup>909</sup> Zie voor dit onderscheid bijvoorbeeld Santos 2015, p. 392; Gelijk Molier, ‘Drie typen van weerbare democratie’, Afshin Ellian, Gelijk Molier en Bastiaan Rijpkema (red.), *De strijd om de democratie. Essays over democratische zelfverdediging*, Amsterdam: Boom 2018, p. 62 en Jasper Doomen, ‘Het antidemocratische karakter van weerbare democratie’, Afshin Ellian, Gelijk Molier & Bastiaan Rijpkema (red.), *De strijd om de democratie. Essays over democratische zelfverdediging*, Amsterdam: Boom 2018, p. 140.

te kunnen verdedigen tegen dergelijke partijen.<sup>910</sup> In Nederland werd een soortgelijke opvatting al eerder voorgestaan door de – in de internationale literatuur minder bekende – Amsterdamse hoogleraar George van den Bergh (1890-1966).<sup>911</sup> Hij sprak bij zijn aantreden als hoogleraar in 1936 de oratie getiteld ‘De democratische Staat en de niet-democratische partijen’ uit. In deze oratie stelde hij dat de Nederlandse Staat zich actief zou moeten verdedigen tegen antidemocratische partijen.<sup>912</sup> Dit sluit aan bij de opvatting van zijn collega Willem Adriaan Bongers (1876-1940) die erop wijst dat van een democratie niet kan worden verlangd dat zij zelfmoord pleegt.<sup>913</sup>

Deze opvattingen legden de basis voor de idee die in de Nederlandse literatuur faam verwierf onder de term ‘weerbare democratie’ (Engels: *militant democracy*; Duits: *streitbare Demokratie*).<sup>914</sup> De Duitse politicoloog Jan-Werner Müller (geb. 1970) vat de kern van weerbare democratie treffend samen: “[it] refers to the idea of a democratic regime which is willing to adopt pre-emptive [...] measures to prevent those aiming at subverting democracy with democratic means from destroying the democratic regime”.<sup>915</sup> Weerbare democratie betekent kort gezegd dat de democratie maatregelen neemt om zich te verdedigen tegen haar antidemocratische vijanden.<sup>916</sup> De invulling van weerbare democratie verschilt naar tijd en plaats. Zo heeft Duitsland na de Tweede Wereldoorlog gekozen voor een eeuwige verankering van het democratieprincipe in de vorm van de symbolische eeuwigheidsclausule [*Ewigkeitsklausel*].<sup>917</sup> De Duitse Grondwet maakt het besluit tot de afschaffing van de democratie hiermee onmogelijk – niet alleen *nu*, in de huidige tijd, maar *tot in de eeuwigheid*. Om deze bepaling handen en voeten te geven, wordt de eeuwigheidsclausule aangevuld met enkele

---

<sup>910</sup> Karl Loewenstein, ‘Militant Democracy and Fundamental Rights, I’, *The American Political Science Review*, vol. 13, no. 3, juni 1937, p. 426. Zie ook Karl Loewenstein, ‘Militant Democracy and Fundamental Rights, II’, *The American Political Science Review*, vol. 13, no. 4, augustus 1937, p. 657 waar Loewenstein stelt dat “[d]emocracy has to be redefined”.

<sup>911</sup> George van den Berghs oratie vormt de basis voor het weerbare democratiebegrip van Bastiaan Rijpkema: ‘democratie als zelfcorrectie’. Zie hiervoor bijvoorbeeld Rijpkema 2015, p. 147-152.

<sup>912</sup> Zie voor de volledige tekst van deze oratie Bastiaan Rijpkema & Paul Cliteur, *Wat te doen met antidemocratische partijen? De oratie van George van den Bergh uit 1936*, Amsterdam: Elsevier Boeken 2014, p. 123-152.

<sup>913</sup> Zoals aangehaald in Rijpkema 2014, p. 41.

<sup>914</sup> Zie voor de introductie van dit begrip Rijpkema 2015, p. 21. In Duitsland staat dit begrip bekend als *streitbare Demokratie*. Zie hiervoor bijvoorbeeld Jan-Werner Müller, ‘Militant democracy’, in: Michel Rosenfeld & Andrés Sajó (red.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, New York: Oxford University Press 2012, p. 1260.

<sup>915</sup> Müller 2012, p. 1254.

<sup>916</sup> Deze definitie lijkt eenduidig te worden aangenomen in de literatuur, hij sluit aan bij de denkbeelden van Loewenstein (1937a en 1937b) en de definitie van Müller (2012, p. 1254). Zie bijvoorbeeld ook Carlo Invernizzi-Accetti & Ian Zuckermann, ‘What’s Wrong with Militant Democracy?’, *Political Studies*, vol. 16, 2017, p. 183: “The notion of ‘militant democracy’, understood as the legal restriction of certain democratic freedoms for the purpose of protecting democratic regimes [...]” en Doomen 2018, p. 140.

<sup>917</sup> De ideeën van Loewenstein klinken rechtstreeks door in de huidige Duitse constitutie. Zie hiervoor Müller 2012, p. 1259 en Andrés Sajó, ‘Militant Democracy and Transition towards Democracy’, in: Andrés Sajó (red.), *Militant Democracy*, Utrecht: Eleven International Publishing 2004, p. 210.



artikelen die het verbod op antidemocratische partijen mogelijk maken. De Duitse democratie is hiermee (in ieder geval op papier) zeer weerbaar.<sup>918</sup>

Ook de Nederlandse democratie kent kenmerken van de idee van weerbare democratie. Zo kunnen op grond van artikel 2:20 van het Burgerlijk Wetboek politieke partijen worden verboden wegens ‘strijd met de openbare orde’. Deze verbodsgrond is echter, zoals het kabinet Rutte-III in het regeerakkoord erkende, onvoldoende specifiek en vergt dientengevolge aanpassing.<sup>919</sup> Inmiddels is de Wet aanpassing artikel 2:20 BW in behandeling, waarin het voornemen om in artikel 2:20 van het Burgerlijk Wetboek een nieuwe verbodsgrond van ‘ontwrichting van de democratische rechtsstaat’ op te nemen, is neergelegd.

### § 5.9. Conclusie

In dit hoofdstuk stonden de rechtsfilosofische en politiek-filosofische standpunten van Kelsen centraal. De vraag die specifiek aan de orde kwam is in hoeverre de rechtsfilosofische opvattingen van Kelsen, die een breuk betekenen met het Duitse wetspositivisme, aanknopingspunten bieden om de Weimardemocratie te verdedigen tegen haar vijandige tendensen.

Zoals in de *Reine Rechtslehre* duidelijk wordt, is het rechtssysteem voor Kelsen een gesloten, hiërarchische eenheid van normen die uiteindelijk zijn geldigheid ontleent aan de grondnorm: een hypothetisch fundament dat moet worden voorondersteld en waarvan de geldigheid zelf niet bewezen kan worden. De Staat wordt door Kelsen beschreven als volledig identiek met het recht, er is geen sprake van een wil die voorafgaat aan de Staat (cf. Schmitt) of een organische eenheid (cf. Von Gierke) waaruit de Staat ontstaat. Kelsen wijst hiermee iedere verbinding van het recht met een andere (wetenschap)discipline af – zijn rechtsleer is zuiver, juist omdat een dergelijke verbinding wordt vermeden. Hierdoor komt een wetenschappelijke benadering van het recht tot stand: het hypothetische karakter van de grondnorm, de volledige identificatie van Staat en recht en het zuivere karakter van de rechtsleer leiden tot de conclusie dat Kelsen sterk de nadruk legt op de *legaliteit* van de rechtsorde. Legitimiteit is immers een kenmerk van andere wetenschapsgebieden, dat niet thuishoort in een zuivere rechtsleer.

De rechtsfilosofie van Kelsen is nauw verbonden met zijn democratieopvatting. Gedurende de periode van de Weimarrepubliek was Kelsen een van de weinigen die de parlementaire democratie verdedigde. Voor hem is democratie een voortdurend compromis tussen de meerderheid en de minderheid waarbij garanties moeten worden ingebouwd om ervoor te zorgen dat de meerderheid slechts een tijdelijke meerderheid is: de minderheid moet de blijvende kans krijgen ooit de meerderheid te verkrijgen binnen het democratische systeem. Daarnaast dient de minderheid te worden betrokken bij politieke besluitvorming – daarom moet het democratisch besluit ook worden

---

<sup>918</sup> Zie hiervoor Müller 2012, p. 1264. De Duitse weerbare democratie neemt een unieke positie in.

<sup>919</sup> ‘Vertrouwen in de toekomst. Regeerakkoord 2017-2021. VVD, CDA, D66 en ChristenUnie’, 10 oktober 2017, p. 5.

opgevat als een compromis. Politieke partijen zijn voor Kelsen essentieel in het sluiten van dit compromis, aangezien zij de bevolking in staat stellen deel te nemen aan democratische besluitvorming. Om een zo goed mogelijke afspiegeling teweeg te brengen van de electorale verhoudingen in het land is het stelsel van proportionele vertegenwoordiging volgens hem het meest geschikt.

Om de minderheid te beschermen legt Kelsen de nadruk op een verzwaarde wijzigingsprocedure van de grondwet, grondrechten en de mogelijkheid tot constitutionele toetsing. Hoewel Kelsen het dus belangrijk vindt om de minderheid te beschermen en het mogelijk te maken dat een democratisch besluit wordt herroepen, betuigt hij zich een tegenstander van het inbouwen van een garantie dat de minderheid ook in de toekomst werkelijk de mogelijkheid behoudt een meerderheid te verkrijgen. Met andere woorden, Kelsen is tegen het verbieden van antidemocratische partijen of het opnemen van vereisten waar de uitkomst van het democratisch spel aan moet voldoen. Indien dergelijke verbodenverklaringen of eisen worden toegestaan, verliest de democratie volgens hem het voor haar kenmerkende relativistische karakter.

Dit relativisme staat voor Kelsen centraal binnen een democratie: een belangrijk kenmerk van een democratische staatsvorm is dat er geen vooraf gedicteerde antwoorden worden gegeven op vragen. Het is een staatsvorm die samenhangt met de overtuiging dat de absolute waarheid niet bestaat en hiermee lijnrecht tegenover de autocratische staatsvorm staat. Het relativisme hangt tevens samen met het wetenschappelijke karakter van de democratie: net als in de wetenschap is er in de democratie de mogelijkheid om overtuigingen te testen en te weerleggen.

Hiermee wordt duidelijk dat zowel de rechtsfilosofie als de politieke filosofie van Kelsen *formeel* te noemen zijn: waar het rechtssysteem haar eigen totstandkoming regelt en geen verbinding maakt met buitenwettelijke categorieën om haar legitimiteit te bewijzen, dient ook de democratische staatsvorm zich niet te verbinden met (materiële of substantiële) overtuigingen. Geconcludeerd kan aldus worden dat Kelsen zich in het geheel niet bezighoudt met het vraagstuk van legitimiteit – de legitimiteit van de rechtsorde moet door het rechtssubject worden voorondersteld.

Hiermee wordt de rechtsorde van Kelsen weerloos tegenover krachten die de democratie omver willen werpen. Kelsen vat de rechtsorde op een dermate klinische wijze op dat democratie kan verworden tot een zelfmoordpact: een systeem dat de eigen ondergang in zich herbergt, omdat er geen ruimte is voor fundamentele en principiële uitgangspunten. Hoewel Kelsen dus kritiek heeft op het wetspositivisme, bevestigt hij feitelijk de zwakte van het recht tegenover de staat – en versterkt deze zelfs. Kelsens theorie keert zich af van het vraagstuk van legitimiteit en moraliteit in het recht en is dus op geen enkele wijze in staat tegenwicht te bieden aan totalitaire, autoritaire of anderszins ondemocratische tendensen.

Een ander probleem is de vooronderstelling van de grondnorm. Dit leidt tot een gebrek aan een fundament van zijn theorie. Het leidt, met andere woorden, tot een gebrek aan stellingname en uitgangspunten; een gebrek aan wat de rechtsorde in zijn kern is. Dit gebrek in de theorie van Kelsen

is niet onopgemerkt gebleven. Zeker Carl Schmitt ontpopte zich ten tijde van de Weimarrepubliek tot een fel tegenstander van Kelsen. Zijn opvattingen staan in het volgende hoofdstuk centraal.