

*Sandrine Baume, Kelsen, Plaider la démocratie, Paris: Éditions Michalon 2007, 114 p.*

Als rechtenstudent in de eerste helft van de jaren zeventig vorige eeuw werd ik in de opleiding met het denken van de Weense jurist Hans Kelsen (1881-1973) geconfronteerd. In die jaren gold hij voor menigeen als een van de vorsten onder de rechtsgeleerden (zie R. Marcic, *Geschichte der Rechtsphilosophie*, Freiburg, 1971, p. 101). Ik ben dus vertrouwd gemaakt met de ‘Reine Rechtslehre’ van Kelsen, met de ‘Stufenbau’ leidend tot de ‘Grundnorm’. Deze ultieme norm leverde dan weer een verwijzing op naar een ‘transcendentiaal-logische vooronderstelling’. Ik kon hier niets mee, evenmin als met het ermee samenhangende rechtspositivisme.

Kelsen bleef iemand die niet was weg te denken in de wereld van juristen. Zo organiseerde het tijdschrift *Recht en Kritiek* in verband met haar vijfjarig bestaan in 1980, rond deze ‘meest sophisticated exponent van de burgerlijke rechtsopvatting’ een congres. Daarin werd de rechtsopvatting van Kelsen geconfronteerd met marxistische visies op het recht (zie voor een verslag van dit congres ‘Recht en Kritiek’, 1981, nr. 3, p. 357-364). Ook recent vindt men zijn rechtsopvatting bediscussieerd, zoals in de bijdrage van Bert van Roermund over de rechtswetenschap (*R&R* 2005/1, p. 81-109). Het heeft mij er allemaal niet toe bewogen mijn oorspronkelijke gedachte te herzien.

Wat opvalt is dat in al die gevallen het steeds over de rechtsopvatting van Kelsen gaat en niet over zijn politieke visie. Het schitterende essay van Sandrine Baume concentreert zich juist op dat laatste en wel op diens democratieopvatting. Baume heeft met dit essay bij mij weten te bereiken wat anderen niet is gelukt. Het heeft mijn zienswijze ten aanzien van Kelsen veranderd.

Baume is gepromoveerd in de politieke wetenschappen en doceert aan de universiteit van Lausanne geschiedenis van politieke ideeën en politieke

filosofie. Een van de dingen die ik van haar opstak, is dat men wat Kelsen betreft over een immanente vooronderstelling en niet over een transcendente moet spreken. Recht en politieke organen (parlement) draaien bij hem niet om transcendentie, maar om immanentie.

Dit artikel is verspreid op de website van de Nederlandse Juristen Vereniging en is bestemd voor anonieme bezoekers

Bij transcendentie komt recht, macht, staat, leiding/leider van buiten de mens gelegen posities; het zijn voor de mens onaantastbare en onveranderbare verschijnselen. Men vindt dit samengebracht onder de term *autocratie*. Dat, de autocratie dus, is precies wat Kelsen in alle toonaarden bestrijdt. Daartegenover bepleit Kelsen *autonomie* belichaamd in *democratie*. Baume laat zien hoe die democratieopvatting verbonden is met zijn rechtsopvatting. Daarmee krijgt zijn rechtspositivisme iets strijdbars. Dat kan ook niet anders, gelet op de schets die Baume geeft.

Zij beschrijft kort maar duidelijk de persoon Kelsen, ze geeft de historische context waarin hij opereerde (Oostenrijk na 1919; Duitsland ten tijde van de Weimarrepubliek) en de intellectuelen met wie hij in debat was (zoals Carl Schmitt, Rudolf Smend, Herman Heller). Dat alles vormde en scherpte zijn rechtsopvatting en politieke visie. Die visie leert dat ten behoeve van het samen handelen van mensen recht en politieke organen een belangrijke rol vervullen. Beide verschijnselen zijn typisch mensenwerk. Het is het vertrekpunt voor zijn democratieopvatting. Individuen leven in een democratie, waarbij zij zich onderwerpen aan regels die zij zelf hebben gekozen. Vrijheid betekent in zijn politieke visie: zelfbestemming van het individu door zijn deelname aan de creatie van de sociale orde. Vrijheid is autonomie. Het beginsel van de autonomie is het eerste beginsel van de democratie. Als je niet beter weet, zou je denken dat hier een libertaire auteur aan het woord is, in plaats van Kelsen.

Baume laat vervolgens zien dat Kelsen democratie van allerlei ficties heeft ontdaan, zoals de 'algemene wil', de 'politieke eenheid', 'het belang van de staat'. In het centrum van zijn aandacht staan 'belangenconflicten', waarvoor slechts via compromissen oplossingen zijn te bereiken. Het parlement is de plaats voor het bereiken van die compromissen.

De staat noch het recht hebben, in zijn opvatting, een transcendente oorsprong. Een politieke machtspositie is niet van buitenaf gegeven. De plaats wordt bezet, omdat het langs procedurele weg is toegestaan te regeren. Deze positivistische relativering is expliciet bedoeld als tegenoverstelling, al vanaf 1925, ten aanzien van fascisme en andere autocratische vormen. Daarop sluit zijn juridisch positivisme aan. Dit verwijst naar het recht dat in de vorm van wetgeving, als (tijdelijke) oplossing van een belangenconflict, in het parlementaire debat als compromis is neergeslagen. Deze materiële stand van zaken maakt dat er afstand wordt genomen van de pretentie, dat we toegang kunnen hebben tot de 'juiste regel', de juiste ('gerechte') norm. Kelsen is met vele groten uit allerlei wetenschappen in discussie geweest.

Het verwijt dat diens rechtsoptiek het nazi-recht in de kaart heeft gespeeld, blijkt meer dan eens een onzinnig verwijt. Bovendien, het nazi-recht had zijn kroonprins in de radicale en intellectuele vijand van Kelsen, te weten de

Dit artikel verscheen in de Nederlandse Jurisprudentie. Legal Philosophy is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

jurist Carl Schmitt. Hoe is het essay opgezet? Na een inleiding waarin Baume Kelsen in de recente geschiedenis van het juridische en politieke denken en handelen plaatst, bespreekt zij in het eerste hoofdstuk de problematiek van de 'regel zonder transcendentie'. In het daaropvolgende hoofdstuk bespreekt zij de instrumenten van de politieke vrijheid. Hier komt aan de orde dat een ideale, directe democratie de voorkeur verdient, maar in grote maatschappijen wordt die niet uitvoerbaar geacht. Daardoor wordt de aandacht verlegd naar de representatieve democratie. De vertegenwoordigers moeten evenwel beseffen dat zij moeten uitvoeren waarvoor zij door de kiezers op pad zijn gestuurd. Om dit beter tot zijn recht te laten komen, is Kelsen op zoek naar nieuwe bronnen van legitimiteit. Hij wil de rol van politieke partijen en de politieke verantwoordelijkheid van de parlementariërs ten opzichte van de kiezers herwaarderen. Hij gaat daarbij uit van de onderworpenheid van de gekozenen aan het vereiste van de 'onophoudelijke rechtvaardiging'. Om de relatie tussen vertegenwoordigers en vertegenwoordigden te herformuleren, acht Kelsen het nuttig om elementen van het imperatief mandaat te activeren. In het slothoofdstuk gaat Baume in op de controversiële relatie tussen de staat en het recht, waarna een concluderende samenvatting volgt. De rechtstheorie van Kelsen heeft altijd in de belangstelling gestaan, terwijl zijn politieke werk lang onbekend is gebleven. In een tijd waarin de representatieve democratie opnieuw in discussie is, en zeker waar sommigen een voorkeur vertonen voor het 'presidentialisme' als regeringsvorm (met zijn neiging naar autocratie), is het meer dan de moeite waard het door Baume gepresenteerde gedachtegoed van Kelsen in de discussie te betrekken. Uit twee bijdragen in *R&R* 2007/1 blijkt dat dit inmiddels wordt gedaan.

Thom Holterman (Urciers, Frankrijk)