

BOEKBESPREKINGEN

Kritische studie

R. Blommestijn, *Het spook van Weimar. Een democratie in crisis*. Amsterdam, Prometheus, 2022 (diss. Leiden, 2022)

Bert Van Roermund

R. Blommestijn, *Het spook van Weimar. Een democratie in crisis*. Amsterdam, Prometheus, 2022 (diss. Leiden, 2022), 448 pp.

Voor mij ligt de handelseditie van een Leids proefschrift, begeleid door Afshin Ellian, waarop R. Blommestijn in april 2022 promoveerde.¹ Ik kan niet beoordelen in hoeverre de handelseditie afwijkt van de dissertatie, omdat deze laatste nog tot april 2024 onder embargo ligt in het Leidse repositorium. Maar ik ga ervan uit dat de dertig pagina's van het 'Woord vooraf' in de handelseditie niet tot het oorspronkelijke proefschrift behoorden, dus ook niet onder verantwoordelijkheid van Ellian en met goedkeuring van de leescommissie voorgelegd zijn. Het is niet onbelangrijk dit aan het begin van deze bespreking te vermelden. Want dit 'Woord vooraf' bevat een diagnose van de huidige ontwikkelingen in de Nederlandse rechtsstaat (in het verband van de 'Europese Unie en andere internationale clubs' (25), waarbij van rechts hout enorme planken worden gezaagd. De lezer wordt geacht deze voor het eigen hoofd te spijkeren om ze er vervolgens door de auteur weer af te laten slopen. Daar pas ik voor. Ik laat deze opvattingen geheel voor haar rekening en richt mij op de proeve van wetenschappelijke bekwaamheid die in de hoofdstukken 1-9 wordt voorgelegd.

Blommestijn beoogt de vraag te beantwoorden 'in hoeverre [boden] de juridische en rechtsfilosofische concepten die ten grondslag lagen aan de Weimardemocratie reële mogelijkheden om de democratische staatsvorm te verdedigen?' (38). Na een beschrijving van de historische *Werdegang* van de Weimarrepubliek en haar tragische val in de kuil van Hitlers totalitaire staat (hfst. 1, 2 en 4) richt zij zich op de bekende reeks rechtstheoretici die het in de jaren '20 en '30 met hun voorgangers en met elkaar aan de stok hadden: Kelsen (hfst. 5), Schmitt (hfst. 6), Smend (hfst. 7) en Heller (hfst. 8). Op gezag van Radbruch meent Blommestijn dat zij zich allen keerden tegen 'het wetspositivisme' van Gerber en Laband (hfst. 3), volgens haar 'de dominante rechtsfilosofische stroming tijdens het Duitse Tweede Keizerrijk' (37). Bij elk van de besproken auteurs stelt zij de vraag of hun (fameus uiteenlopende) opvattingen de Weimardemocratie aanknopingspunten hadden kunnen

1 Vgl. <https://www.universiteitleiden.nl/nieuws/2022/04/raisa-blommestijn-gepromoveerd-op-proefschrift-het-spook-van-weimar.-een-democratie-in-crisis>.

bieden om zich te verdedigen tegen vijandige tendensen. Zij vindt van niet. Haar conclusie (343) luidt:

‘Het spook van Weimar is een veelkoppig monster, dat zijn voedingsbodem vindt in de rechtspositivistische traditie van het Duitse wetspositivisme waar geen krachtig weerwoord op kon worden geboden. Ten eerste niet op rechtstheoretisch vlak: Kelsen versterkt de zwakte van de democratie door haar voor te stellen als zelfmoordpact en Schmitt draagt bij aan de ontarding van de democratie door de Rijkspresident te veel macht toe te bedelen. Heller en Smend bieden aanknopingspunten voor een rechtstheoretische rechtvaardiging [sc. ‘het betrekken van burgers bij democratie en het vormen van een democratische cultuur’ (342) BvR], maar deze kon in de realiteit van de Weimarrepubliek geen soelaas bieden. De Weimarrepubliek werd geboren uit crisis en geweld en eindigde in crisis en geweld. Zij was gedurende haar hele bestaansgeschiedenis niet in staat dit werkelijk te boven te komen. Het antwoord op de hoofdvraag luidt dan ook dat er in de juridische en rechtsfilosofische concepten die ten grondslag lagen aan de Weimardemocratie geen reële mogelijkheden tot de verdediging tegenover vijandige tendensen kan worden gevonden.’

Op het ‘Ten eerste niet ...’ volgt geen ‘ten tweede’. Dat roept de vraag op wat Blommestijn zich bij haar onderzoeksvraag had voorgesteld, met name wat het zou kunnen betekenen dat een rechtsfilosofie als conceptuele en kritische exercitie ‘reële mogelijkheden’ zou moeten bieden om politiek geweld metterdaad te keren. In een van haar methodologische paragrafen (par. 1.3-1.6) lijkt zij zich van dat probleem bewust. Zij zegt de verschillende theorieën niet te willen bespreken tegen de achtergrond van een vooropgezet abstract kader. Dat lijkt mij op zichzelf gerechtvaardigd. Maar wat dan wel? Volgens haar gaat het erom ‘de toen heersende positiefrechtelijke en rechtsfilosofische concepten [te beschouwen] als belangrijke ankerpunten om de Weimardemocratie (...) te verdedigen.’ (55) Het lijkt mij geen methodologische verheldering maar een tautologie die niets toevoegt: het woord ‘belangrijk’ herhaalt het woord ‘reëel’ dat al in de hoofdvraag stond. Bovendien ligt er een duidelijke spanning in met het inzicht dat Blommestijn aan Gadamer ontleent: ‘Juist door de horizon waarbinnen [een] tekst werd geschreven te ontstijgen ontstaat een werkelijk begrip van de tekst.’ (50) Voorstelbaar was geweest, om maar eens iets te noemen, dat zij de drie dimensies van performatieve taal die sinds Austin² onderscheiden worden, de semiotiek van Peirce, dan wel een of ander retoricamodel had toegepast op de Weimarer methodenstrijd in de context van die tijd. Maar zij beperkt zich ertoe haar auteurs een voor een terzijde te leggen op grond van oppervlakkige, soms onjuiste weergaven van hun theorieën, weliswaar uitgebreid voorzien van voetnoten, maar toch vooral gebaseerd op secundaire literatuur.

2 Austin onderscheidt *locutionary*, *illocutionary* en *perlocutionary language* als drie manieren om met woorden ‘iets te doen’; J.L. Austin, *How to do things with words* (Oxford: Clarendon Press, 1962).

Waar komt het volgens Blommestijn op neer? Kelsen levert niet, want hij is een formalist die een democratievorm voorstaat waarin alle politieke opvattingen relatief zijn, zodat de democratie zichzelf kan afschaffen (228f). Schmitt levert ook niet, want hij is een autocraat die de politieke macht uiteindelijk niet bij het volk maar bij de *Führer* legt. Bij Smend is het probleem dat hij voor de integratie van overheid en burgers niet bepaalde waarden vooropzet, maar ze overlaat aan het integratieproces zelf (296). En Heller laat ons ook al in de steek, omdat hij weliswaar de waarden die een democratie schragen verankerd zou willen zien in een homogene cultuurgemeenschap, maar uiteindelijk niet met 'een inspirerend, democratisch verhaal [komt], waar burgers aansluiting bij konden vinden.' (342) Kortom, al deze filosofische protagonisten zijn schuldig aan de geringe weerbaarheid van de democratie onder de Weimar constitutie. Om te zien waarop Blommestijn zulke ferme veroordelingen fundeert, is het zaak de verschillende auteursstudies nader onder de loep te nemen. Maar eerst iets over het uitgangspunt van Blommestijns betoog: de gedachte dat de vier auteurs onder de noemer te brengen zouden zijn van een kritiek op 'het wetspositivisme' in Duitsland onder het Tweede Keizerrijk, geïnspireerd door Gerber en Laband.

Dat wetspositivisme wordt min of meer adequaat beschreven in hoofdstuk 3, al zie ik niet waarom daarvan eerst een karikatuur moet worden opgevoerd (130) die mij afkomstig lijkt uit een handboek 'rechtsfilosofie voor dummies' en die bovendien nog niet het begin van het Gerber-Labandparadigma illustreert.³ Hier is het plaatje. Stel dat regering en Staten-Generaal in overeenstemming met de Nederlandse grondwet de volgende wettekst invoeren: 'Iedereen met paars haar wordt standrechtelijk geëxecuteerd door de formele wetgever.' Dan – beweert Blommestijn – vinden rechtspositivisten dit bevel recht hoewel ze het waarschijnlijk immoreel achten, terwijl aanhangers van het natuurrecht het geen recht vinden omdat het moreel verwerpelijk is. Ik heb niets tegen versimpeling, maar dit voorbeeld raakt kant noch wal. Nog afgezien van het feit dat ik geen enkel rechtsbestel ken waarin de wetgever executies uitvoert, noch een waarin standrechtelijke executies bij gewone wet worden geregeld, is de crux hier dat dit geen wet in formele zin is omdat hij (normaal gesproken) niet algemeen is. Dus is de formele wetgever niet bevoegd om dergelijke inhoud wet te maken. Wellicht denkt Blommestijn dat een wet algemeen is als hij begint met het woord 'iedereen'. Dat is een vorm van tekstfetisjisme die wellicht voorkomen had kunnen worden als in Leiden Böhlingk-Logeman (*Het wetsbegrip in Nederland*, 1966) in ere was gehouden. Dat is kennelijk niet het geval. Overigens vereist het weinig verbeeldingskracht om omstandigheden te bedenken waarin met een beroep op het algemeen belang het dragen van paars haar (of een hoofddoek) bij wet wordt gesanctioneerd. Maar nu terug naar Gerber en Laband: het wetspositivisme uit (globaal) de tweede helft van de 19e eeuw.

3 Trouwens ook niet waarom er ter inleiding een vergelijking met de Anglo-Amerikaanse positivisme-discussie moet worden gemaakt; 'wetspositivisme' in de trant van Gerber en Laband heeft hier nooit een rol gespeeld.

Zoals gezegd wordt dit redelijk adequaat beschreven in de politieke context van die tijd, inclusief het leerstuk van de *Lückenlosigkeit der Rechtsordnung* (dat overigens van Karl Bergbohm is) en – belangrijker – de strijd om wat nu eigenlijk ‘een wet’ is; een strijd waarin geen enkel kamp de karikatuur van de jonge doctor voor zijn of haar rekening neemt. Ook al zijn er nogal wat verschillen tussen Gerber en Laband⁴ (die juist uit de in de loop der jaren veranderde context verklaard kunnen worden), wat Blommestijn beschrijft komt enigszins in de buurt van wat het gezaghebbende boek van Wieacker⁵ ‘rechtswetenschappelijk positivisme’ noemt: ‘diejenige Rechtsanschauung, nach welcher das Recht ausschliesslich aus System, Begriffen und Lehrsätzen der Wissenschaft abzuleiten ist.’ Het is Blommestijn wellicht ontgaan dat Laband in het boek over het budgetrecht, dat zij citeert, duidelijk verschil maakt tussen een constitutionele wettekst en een constitutie: ‘Eine Lücke in der Verfassungs-Urkunde (...) darf man nicht verwechseln mit einer Lücke in der Staatsverfassung. Die letztere ist ein undenkbarer Begriff; Gesetze können lückenhaft sein, die Rechtsordnung selbst aber kann ebensowenig eine Lücke haben wie die Ordnung der Natur.’⁶ Blommestijn sluit zich aan bij de breed gedeelde opvatting dat Laband, in het voetspoor van maar radicaler nog dan Gerber, een soort neutralisering van het recht ten opzichte van de politieke machten nastreefde. Dat is historisch juist. Het recht moet vasthouden aan zijn roeping, potentieel destructieve maatschappelijke conflicten (met name staatspolitieke) uit de weg te ruimen, hetzij vooraf door wettelijk regelgeving, hetzij achteraf door rechterlijke besluitvorming, en de aangewezen instantie daarvoor is, volgens deze ‘constructivisten’,⁷ de rechtswetenschap en natuurlijk niet de politiek want die is in die tijd de bron van alle constitutionele twisten.⁸ Hoe kan het echter dat zij ondanks dit besef dit constructivistische rechtspositivisme definieert als een blinde gehoorzaamheid aan de heersende macht (‘Befehl is Befehl’) op gezag van Radbruchs ‘Erste Minute’? (37) Daarvoor levert zij geen bewijs. Natuurlijk, Laband verdedigde Bismarcks rechtsordening. Niet echter omdat Laband deze blind wilde volgen maar omdat ze zijns inziens overeenkwam met wat er uit zijn dogmatische logica volgde. Nog altijd immers laat hier Von Savigny’s *Berufs-Schrift* zich gelden: niet de wisselende

- 4 M. Friedrich, ‘Paul Laband und die Staatsrechtswissenschaft seiner Zeit’, *Archiv des öffentlichen Rechts* 111 (1986): 204: ‘Gewöhnlich werden Gerber und Laband in einem Atemzug genannt. Daran ist richtig, dass Gerber die theoretische Grundlage für die nach 1871 entstehende juristische Staatsrechtswissenschaft schuf, Laband deren Fruchtbarkeit unter Beweis stellte. Aber darum kann man nicht von einem ‚Gerber-Labandschen Positivismus‘ sprechen, wie dies bis heute ein geflügelter Topos der Wissenschaftsgeschichte ist.’
- 5 F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit: unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung* (Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1967), 431.
- 6 P. Laband, *Das Budgetrecht: Nach den Bestimmungen der Preussischen Verfassungs-Urkunde unter Berücksichtigung der Verfassung des Norddeutschen Bundes* (Berlin: De Gruyter Guttentag Verlagsbuchhandlung, 2020), 75.
- 7 Ik ontleen de term aan S.L. Paulson and B. L. Paulson, ed., *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, transl. B. Litschewski Paulson, S.L. Paulson and M. Sherberg, with and Introduction by S.L. Paulson (Oxford: Clarendon Press, 1998), 23ff.
- 8 Hier is, bijna een eeuw na dato, nog altijd de invloed merkbaar van Von Savigny’s *Berufsschrift*, volgens welk de rechtswetenschap als ‘technisch element’ de representant is van de *Volksgeist* als ‘politiek element’.

politieke macht stelt het recht, maar de rechtsgeleerde ‘techniek’.⁹ Voor Laband was Bismarck een geschenk uit de hemel, niet omdat Bismarck soevereine macht uitoefende, maar omdat hij dat op de (volgens Labands logica) juiste wijze deed. En precies die opstelling is Laband en de hele *Begriffsjurisprudenz* fataal geworden, omdat ze geen antwoord had op de noden van een steeds sneller industrialiserende samenleving. Bismarck had dat zelf eerder in de gaten dan Laband en de zijnen: niet voor niets was hij de eerste die met wetgeving op sociaal terrein kwam.¹⁰

Opmerkelijk is ook Blommestijns stelling dat de tenoren van de publiekrechtscussie in de Weimartijd zich tegen Gerber en Laband keerden. *They had other fish to fry*. Neem Kelsen. De namen Gerber en Laband komen in de eerste editie van de *Reine Rechtslehre*¹¹ niet voor (en in de tweede al helemaal niet). In de eerste uitgave van de *Hauptprobleme* (1911) ligt dat nog anders omdat Kelsen het psychologisme in het begrip ‘staatswil’ wil bestrijden, zo dominant in wat hij de ‘Laband-Anschütz-Jellinek traditie’ noemt.¹² Reeds in het voorwoord bij de tweede uitgave (1923) komt Laband echter niet meer voor. Voor Gerber heeft Kelsen altijd wel een zwak gehouden, omdat hij zich kon vinden in diens eis van een ‘zuivere’ rechtswetenschap, een ‘formele’ benadering van het recht en aanvankelijk ook een vorm van constructivisme.¹³ Maar in de jaren ’20-’30 keerde Kelsen zich veel heftiger tegen Jellineks *Zwei-Seiten*-leer van de staat (en natuurlijk tegen Schmitt) dan tegen Laband. Uit de *Belege und Verweisen* bij de *Allgemeine Staatslehre* uit die jaren (1925) kan men eveneens afleiden dat Laband en (in mindere mate) Gerber wat Kelsen

9 F.C. von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (Hildesheim: Olm, 1814 [1967]).

10 Waar de constructivisten weinig mee konden aanvangen. Tekenend is dat Bismarck op voordracht van Von Jehring (*Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* (1884) was juist verschenen) een eredoctoraat van de universiteit van Göttingen kreeg aangeboden. Vgl. Von Jherings aantekeningen van het gesprek op http://geb.uni-giessen.de/geb/volltexte/2014/10772/pdf/NaGiHo_Bd_30_1961_12_140_164.pdf, geraadpleegd 19 september 2022. Dat zou natuurlijk nooit gebeurd zijn als Bismarck toentertijd nog als de patroonheilige van de *Begriffsjurisprudenz* had gegolden.

11 Blommestijn citeert de Engelse vertaling van de Paulsons en meent dat deze eerste editie voldoende representatief is voor zijn werk uit de Weimartijd, tezamen met enkele (ook weer in het Engels vertaalde) opstellen over democratie. In het algemeen heeft Blommestijn een voorkeur voor Engelse vertalingen van haar bronnen en voor Engelse commentaren daarop. De zeer omvangrijke en gelaagde discussies in het Duitse taalgebied lijken aan haar voorbijgegaan te zijn, op enkele uitzonderingen na.

12 Ook wel ‘die Schule der anorganischen Staatstheorie (...) die durch die Namen Gerber, Laband, Jellinek vertreten wird’. H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz* (Aalen: Scientia Verlag, 1923 [1984]), 451.

13 Vandaar Paulson’s observatie: ‘Kelsen is properly considered, for some purposes, the fourth and last major figure in the Gerber-Laband-Jellinek School.’

betrof intussen achter de brede rug van Jellinek verdwenen waren.¹⁴ Bij mijn weten de enige plaats waar Kelsen zich in of na de Weimartijd nog met zoveel woorden afzet tegen Laband is een brief aan Renato Treves van 3 augustus 1933.¹⁵ Hij verweert zich daar (net uit zijn ambt gezet in Keulen) tegen het verwijt van “Labandisme” aan het adres van de *Reine Rechtslehre*. Hij geeft toe dat hij in de *Hauptprobleme* Laband c.s. weliswaar heeft bestreden, maar niet omdat het constructivisme uitliep op een bevelstheorie van het recht. De werkelijke reden was dat het gegoochel met begrippen ter interpretatie van de constitutie geen beginselvaste invalshoek op het recht opleverde. Er lag, in het bijzonder, geen theorie van de *norm* aan ten grondslag. Jellinek deed daar in Kelsens ogen nog een kwalijke schep bovenop door de rechtswetenschap te voorzien van een Januskop. Ze kon naar twee kanten kijken: de feitelijke, politieke, sociologisch te bestuderen kant van het recht en de normatieve, juridisch te bestuderen kant. Maar hoe die samenhangen of waarop de befaamde metafoor van het ‘evenwicht’ tussen beide aspecten nu eigenlijk berustte, laat staan wie het moest vaststellen, bleef onbelicht. Dat Kelsens belangrijkste kritiek de psychologistische opvatting van het recht als ‘staatswil’ gold, komt ook expliciet naar voren op de eerste bladzijden van het *Selbstzeugnis*.¹⁶ Overigens moet men in aanmerking nemen dat in de (ideeën)historische ontwikkelingen rond het staatsbegrip in en vlak voor de Weimartijd (om met een kleine variant op Jan Broekmans *bon mot* te spreken) ‘de één zijn rechtstheorie de ander zijn positivisme was’. De zaken liggen dus aanzienlijk ingewikkelder dan men op basis van die ene minuut rechtsfilosofie in de klas van Radbruch kan voorgeven.

Tot een zelfde conclusie kom ik ten aanzien van Schmitt als verondersteld ‘fel tegenstander’ (232) van ‘het wetspositivisme’. In het betreffende hoofdstuk (230ff)¹⁷ wordt nergens ingegaan op enige argumentatie van Schmitt om afscheid te nemen van het Gerber-Labandparadigma. Dat is ook niet verwonderlijk, want Schmitt vond het niet de moeite waard om er zich druk over te maken. Vanaf de eerste edi-

- 14 Ook de bijdragen van Olechowski aan (Jablonek, C., T. Olechowski, et al., eds., *Hans Kelsen in seiner Zeit*. Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts. (Wien, Manz, 2019)) wijzen niet op aandacht voor het Gerber-Labandparadigma. En wat verder Jellinek betreft: Blommestijn meent dat ‘(...) in zekere zin kan worden betoogd dat hij [Kelsen] hij het voorbereidende werk van Jellinek verder tot ontwikkeling bracht’. Zij citeert daarbij (375 n. 110) lovende frases aan het adres van Jellinek uit het voorwoord van de *Hauptprobleme* (1911). Zulke frases zijn ook te vinden in de *Vorrede* tot de *Allgemeine Staatslehre* (IX). Maar inhoudelijk neemt *Hauptprobleme* Jellinek scherp op de korrel (zie 222 vv.), is er van lof voor of erkentelijkheid aan Jellinek geen sprake in de *Vorrede* op de tweede uitgave midden in de Weimartijd (1923) en laat Kelsen in *Selbstzeugnis* (41ff) er geen twijfel over bestaan dat hij met Jellinek zowel persoonlijk als wetenschappelijk van meet af aan in Heidelberg weinig op had. Het zijn beleefdheidsfrases van een beginnend wetenschapper onder de druk van gespannen academische verhoudingen.
- 15 Waarnaar Blommestijn niet verwijst. De brief is in het Engels vertaald door de Paulsons en opgenomen in hun publicatie *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, 169ff.
- 16 H. Kelsen, *Hans Kelsen im Selbstzeugnis. Sonderpublikation anlässlich des 125. Geburtstages von Hans Kelsen am 11. Oktober 2006* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2006a), 22v. Een van de belangrijke redenen waarom Kelsen zich tegen de Januskop-aanhangers keert, is dat zij gedwongen zijn het dualisme tussen nationaal en internationaal recht te omarmen.
- 17 Dat overigens opnieuw voornamelijk leunt op vertalingen en commentaren uit het Engelse taalgebied.

tie, ja de eerste bladzijden van de *Verfassungslehre* (1928), laat hij zich laatdunkend uit over Laband, omdat deze er zich toe beperkte ‘an dem Text verfassungsgesetzlicher Bestimmungen die Kunst der Wortinterpretation zu üben; man nannte das “Positivismus”’.¹⁸ Later bespot Schmitt de hoofdvragen van Gerber van meet af aan als ‘die Totenvögel des nahen Endes’ waar het gaat om de grondvragen van de staatstheorie.¹⁹ Het jaar van de publicatie mag verdacht zijn, men kan er toch wel een teken in zien dat volgens Schmitt Gerbers benadering in Weimar (een goede halve eeuw later) niet meer ten grave gedragen hoefde te worden.²⁰ Daar lag ze al lang en breed in. Overigens nam hij Jellinek veel serieuzer, maar die kan men, zoals Blommestijn zelf optekent, niet zonder aanzienlijk voorbehoud onder ‘het wetspositivisme’ scharen. Natuurlijk is het mij opgevallen dat zij Schmitts belangrijkste opponent, Kelsen, ziet als iemand die ‘het rechtspositivistische karakter van het wetspositivisme tot in den extreme doortrok’ (158), maar daaruit kan geen kritiek op het Gerber-Labandparadigma worden afgeleid,²¹ eerder een zekere sympathie voor Schmitt.

De stelling dat ‘het wetspositivistisch systeem’ in de Weimarperiode ‘onder druk’ kwam te staan (158) door de kritiek van Kelsen en Schmitt lijkt mij niet te volgen uit de bronnen noch uit de historische gegevens. Ik laat Blommestijs behandeling van Smend en Heller op dit punt voor wat ze is en richt mij nu op de wijze waarop het gedachtegoed van de voornaamste protagonisten Kelsen en Schmitt gepresenteerd wordt. Terecht verklaart zij vooraf niet voor ieder van hen een volledige auteursstudie te willen voorleggen. Maar men mag toch verwachten dat de hoofdlijnen van hun respectieve werken recht wordt gedaan. Ook op dit elementaire punt blijft de thesis in gebreke. Het valt op dat de auteur die hoofdlijnen wél met voldoende vaste hand tekent zolang zij refererend bijeen kan brengen wat anderen geschreven hebben, maar opmerkelijk minder bekwaamheid toont zodra zij haar onderzoeksnotities zelf moet doordenken en tot conclusies voeren. Dat lijkt mij nochtans de bedoeling van een proefschrift. Ik geef een aantal voorbeelden, zonder de pretentie volledig te zijn.

Eerst het hoofdstuk over Kelsen, voornamelijk gebaseerd op de *Reine Rechtslehre* van 1934, de *Hauptprobleme*, de *Allgemeine Staatslehre* en de democratie- en consti-

18 C. Schmitt, *Verfassungslehre* (Berlin: Duncker & Humblot, 1993 [1928]), 6. Vgl. 145-146.

19 Vgl. ‘Das “Allgemeine Deutsche Staatsrecht” als Beispiel rechtswissenschaftlicher Systembildung’ (1940), in *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, C. Schmitt (Berlin: Duncker & Humblot, 1995 [1958]).

20 In Schmitt’s *Verfassungsrechtliche Aufsätze* komt de naam van C.F. von Gerber niet voor, die van P. Laband slechts eenmaal terloops.

21 Zie ook de Inleiding door Jestaedt en Lepsius op H. Kelsen, *Verteidigung der Demokratie. Abhandlungen zur Demokratietheorie*. (Tübingen: Mohr Siebeck, 2006) – een tekst die vele waarschuwingen bevat tegen gebruikelijke maar onhoudbare Kelsen-interpretaties – p. XIV: ‘Die irrtümliche Charakterisierung Kelsens als Schlussfolger des logizistischen Positivismus dürfte im wesentlichen daher rühren, dass beiden Richtungen das Epitheton “rechtspositivistisch” angeheftet wird. Dabei wird indes übersehen, dass der Rechtspositivismus zahlreiche, nicht selten unter einander unvereinbare Deutungen besitzt. Just dies ist hier der Fall: Der kelsensche (Geltungs-)Positivismus unterscheidet sich deutlich vom Gesetzes-, Subsumtions- und Anwendungspositivismus der Begriffsjurisprudenz.’

tutietheoretische opstellen uit de jaren '20 en '30.²² Door de oogharen gelezen staat er ongeveer wat er moet staan. Maar bij nauwkeuriger lezing rijzen er vragen. Dat Kelsen de rechtsorde zou zien als een *logisch* systeem (200) lijkt mij een vergissing.²³ Dat doet Laband. Kelsen ziet haar als een hiërarchie van competenties, zoals Blommestijn zelf noteert (201). Maar kennelijk ontgaat het verschil haar. Ook de stelling dat 'uiteindelijk de geldigheid van het gehele rechtssysteem kan worden *afgeleid* [mijn cursivering, BvR] uit de grondnorm' (201), c.q., dat 'de grondnorm de geldigheid van de andere normen (...) *fundeert*' [202; mijn cursivering, BvR] lijkt juist, maar is filosofisch onnauwkeurig. De gelding van lagere competentienormen op basis van hogere is gebaseerd op de hoogste gestelde norm, de constitutie. De grondnorm is de vooronderstelling dat de constitutie geldig is, zoals Blommestijn keurig vermeldt. Maar opnieuw: het verschil ontgaat haar. Zoals het haar ook ontgaat dat de constitutie voor Kelsen niet 'een tekst' is doch de dragende samenhang in een rechtsorde die in de *Stufenbau* van de rechtsmacht tot uitdrukking komt. Men kan dat 'formeel' noemen, maar dan dient men te beseffen dat het toedelen van rechtsmacht ook inhoudt: 1) het bepalen van de grenzen van die macht naar ruimte, tijd, onderwerp; 2) het bepalen van de wijze waarop die macht wordt uitgeoefend; 3) het bepalen van de organen die haar mogen uitoefenen; 4) het bepalen van verantwoordingsplichten, argumentatie- en informatievormen voor die organen; en nog een aantal andere zaken. Dus hoezo 'formeel'? Nog een voorbeeld: 'Een (...) belangrijke implicatie van de *Stufenbau* is dat de traditionele leer van het onderscheid tussen de totstandkoming en de toepassing van het recht wordt afgewezen (...)' (203) Ook hier: niet nauwkeurig. Kelsen wijst het onderscheid niet af (hoe zou hij als volbloed jurist kunnen?) maar legt uit dat het een gradueel, geen categorisch onderscheid is, en wel om precies de redenen die Blommestijn citeert en die trouwens niets met de *Stufenbau* te maken hebben.²⁴

Bij zulke onderschatting van Kelsens diepgravende theorie is het onvermijdelijk dat we ook evidente onjuistheden tegenkomen, bijvoorbeeld 'In moderne rechtssystemen is de grondnorm over het algemeen neergelegd in de Grondwet (...)'. Afgezien van het betwistbare verschil tussen *Verfassung* en *Grundgesetz*, daar staat toch met zoveel woorden dat de grondnorm uiteindelijk een gepositieerde norm is (want 'neergelegd' in de hoogste gestelde norm, de constitutie)? Mij dunkt dat dit in strijd is met wat Blommestijn op andere plaatsen zelf zegt, en in ieder geval met wat we bij haar auteur lezen. Even onjuist is de slotsom van wat zij heeft bevestigd inzake Kelsen, namelijk dat 'de legitimiteit van de rechtsorde door het rechtssubject (moet) worden voorondersteld'. (229) Ten eerste gaat het Kelsen niet om legitimiteit maar om gelding, zoals zij op voorgaande pagina's uitlegt. Ten

22 Recent bijeengebracht in Kelsen, *Verteidigung der Demokratie*.

23 Zie noot 18. Ibid: '[Kelsen] zählt aber zu den entschiedensten Gegnern des anwendungspositivistischen Glaubens, dass allein das Gesetz bereits alles Rechts enthalte, konkrete(re) Rechtssätze also aus diesem im Wege rein logischer Deduktion entwickelt werden können. Ganz im Gegenteil (...)' En dan heb ik niet het oog op de discussie in het latere H. Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen* (Wien: Manz, 1979) maar op de werken waartoe Blommestijn zich beperkt.

24 Veeleer volgen die redenen uit wat zij zegt tot methodisch uitgangspunt te nemen: Gadamer's hermeneutiek.

tweede, en belangrijker, moet de gelding van de hoogste norm niet door het rechts-subject maar door de rechtswetenschapper (breder: het kennissubject) worden voorondersteld, tenminste als die op objectiveerbare kennis aanspraak wil maken. Helaas lijkt ook het verschil tussen rechtssubject en kennissubject niet aan Blommestijn besteed. Ten slotte wijs ik op haar conclusie dat volgens Kelsen 'een democratie zich niet kan verdedigen tegen haar democratische vijanden'. (225). Ik vind het een bepaald onwelwillend, ja eigenlijk onjuist gebruik van de bronnen wanneer Blommestijn het onderscheid weglaat dat Kelsen doorheen zijn gehele carrière heeft gemaakt tussen vreedzame en gewelddadige, c.q. geweldbeluste, uitingen van anti-democratische opvattingen. Alleen de eerste moet een democratie toelaten wil zij haar naam waardig zijn. Maar over gewelddadige uitingen is Kelsen bepaald niet relativistisch. Naoorlogse teksten zijn in dat opzicht glashelder: 'Demokratie kann sich nicht dadurch verteidigen, dass sie sich selbst aufgibt. Aber es ist das Recht jeder, auch einer demokratischen Regierung, Versuche, sie mit Gewalt zu beseitigen, mit Gewalt zu unterdrücken und durch geeignete Mittel zu verhindern.'²⁵ Blommestijn beroept zich (237) op de inderdaad berustend klinkende zinnen uit 1932.²⁶ Maar die moeten niet uit hun context gelicht worden. Daar immers wordt betoogd dat een democratie *als staatsvorm* zich niet op basis van haar eigen normatieve principes teweer kan stellen tegen een *parlementair* meerderheidsbesluit om haar af te schaffen, bijvoorbeeld ten gunste van een autocratische staatsvorm. Dit wil echter niet zeggen dat de democratie niet verdedigd kan respectievelijk behoort te worden. Ten eerste is in een democratie slechts die meerderheid aanvaardbaar die de minderheid de institutionaal gewaarborgde kans laat om meerderheid te worden. Daar ligt een juridische grond. Er is vervolgens voor Kelsen steeds ook een buitenjuridische, namelijk wijsgerig-antropologische grond. Democratie drukt immers een mensvisie uit waarin 'het ik de ander als wezensgelijk erkent'.²⁷ Juist al tijdens Weimar heeft Kelsen telkenmale uitgelegd dat het majoriteitsbeginsel in sociaal-politieke zin niet moet worden begrepen als een rekenkundig te construeren bepaling van het algemeen belang, maar eerst en vooral als weg naar sociale bemiddeling (wederzijdse erkenning – *sich vertragen*) tussen soms diametraal tegengestelde belangengroepen en ideologieën. Als een meerderheid besluit dat die bemiddeling niet meer gewenst is en de minderheid niet meer de kans laat om meerderheid te worden, valt het voortbestaan van een democratische orde terug in een politieke machtsstrijd, waarin voor- en tegenstanders elkaar zullen bestrijden met de middelen die een politieke machtsstrijd nu eenmaal kenmerken en waarbij allerlei motieven kunnen gelden: economische, ideologische, maar ook morele. In dat gevecht heeft Kelsen zelf altijd op de bres gestaan voor de democratie, met name omdat zij vrije wetenschapsbeoefening waarborgt. Die zag hij in 1932 teloor-

25 H. Kelsen, *Was ist Gerechtigkeit?* (Wien: Deuticke, 1975), 42. De eerste zin van het citaat siert nota bene de webpagina's van het digitaliseringsproject Hans Kelsen On-line, te vinden op <https://kelsen.online/>.

26 Uit 'Verteidigung der Demokratie', opgenomen in Kelsen, *Verteidigung der Demokratie Abhandlungen zur Demokratietheorie* (Tübingen: Mohr, 2006), 237.

27 Zie B. van Roermund, 'Parlementarisme en politiek, Kelsen over vertegenwoordiging', in *Filosofie en democratie*, L. Heyde and H. Visser (Tilburg: Tilburg University Press, 1990), 41-69 en verwijzingen daar.

gaan, en met reden.²⁸ Luttele maanden later werd hem zijn leerstoel ontnomen. Maar los van dit persoonlijk drama, de kritiek op Kelsen kan toch niet zijn dat zijn stelselmatige verdediging van een politiek relativisme (democratie) een vorm van politiek absolutisme (Hitlers nationaal-socialisme) niet wist te keren? Met deze conclusie ondergraaft de auteur de zin van haar hele 'onderzoek'.

Dit patroon van redelijk adequate aantekeningen en gebrekkige analyse dan wel argumentatie kenmerkt ook het hoofdstuk over Schmitt. Zelfs met de aantekeningen gaat het overigens wel eens mis. Bijvoorbeeld waar Blommestijn de *Anhang* bij *Die Diktatur* (1928) leest (234). Zij zegt dat Schmitt wijst op 'de inconsistentie' tussen 'lid 1' en 'lid 2' van het befaamde Artikel 48 van de Weimarer grondwet. Ik houd het de auteur graag ten goede dat hier natuurlijk zin 1 en zin 2 van het ene Artikel 48, lid 2 bedoeld zijn. Dit geheel terzijde. Echter, dat het daarbij om een inconsistentie zou gaan, valt nergens te lezen. Het valt ook niet te begrijpen. De kwestie die Blommestijn probeert aan te duiden is een andere, namelijk of de opsomming van de grondrechten die beperkt mogen worden door de Rijkspresident, limitatief is of niet. Met inconsistentie heeft dat niets te maken. Ook bij de beroemde openingszin over de soevereiniteit²⁹ in *Politische Theologie* (2e editie, 1934³⁰) vrees ik dat Blommestijn mistast.³¹ Zij vindt dat hier duidelijk wordt 'waarom de uitzondering en de soeverein nauw met elkaar verbonden zijn: aan de ene kant maakt het bestaan van de uitzondering soevereiniteit mogelijk, maar aan de andere kant 'onthult' de soeverein zich pas na het bepalen van de uitzondering'. (236) Deze voorstelling van zaken komt duidelijk niet voor rekening van inleider Strong, vertaler Schwab of auteur Schmitt. Ze komt uit de pen van Blommestijn zelf en ze is onnavolgbaar voor Schmitt-lezers. Op geen enkele manier gaat de uitzondering aan de soeverein vooraf en op geen enkele manier openbaart soevereiniteit zich 'na' het bepalen van de uitzondering. Niet de uitzondering constitueert de soevereiniteit maar het metterdaad kunnen bepalen van de uitzondering. Habermas zou zeggen dat ze 'gelijkoorspronkelijk' zijn en dat is wat Schmitt bedoelt. Het is ook de reden waarom deze laatste zich tegen Jellinek keert, die zich inderdaad aan het 'enerzijds-anderzijds'-gambiet van Blommestijn bezondigt.

- 28 Vgl. het opstel 'Wissenschaft und Demokratie' (1937) in Kelsen, *Verteidigung der Demokratie*. Voor zijn toen reeds activistische pleidooi voor democratie in naam van de wetenschap spreekt de instemming waarmee hij zijn Harvard collega citeert: 'Entweder wir fürchten uns vor Ketzerei [d.w.z. de binding van wetenschap aan een politieke ideologie; BvR], oder wir fürchten uns nicht. Wenn wir uns fürchten, wird es keine angemessene Erörterung der Genesis unseres nationalen Lebens geben und damit wird sich die Türe schliessen, die zur Entwicklung einer unsere Bedürfnisse befriedigenden Kultur führt.' (*ibid.*, 246).
- 29 'Soeverein is degene die over de noodtoestand beslist.'
- 30 Deze is nagenoeg gelijk aan de eerste editie (1922), behalve dat Schmitt verwijzingen naar de Duitse-Joodse rechtsgeleerde Erich Kaufmann heeft geschrapt. Die vielen onder de 'Stellen, die sich mit Unwesentlichem befassten'. (*Vorbemerkung* 2. Ausg., 7).
- 31 Laat ik voorbijgaan aan de bekende kwestie of de vertaling van *Ausnahmestand* met *exception* deugt. De onlangs overleden Tracy B. Strong maakt daar in zijn lange inleiding (2005) – door Blommestijn veelvuldig geciteerd – een ingewikkelde zaak van (wellicht onder invloed van Agambens *Homo Sacer*), maar overtuigend vind ik zijn betoog niet.

Merkwaardig is de wijze waarop de auteur het hoofdstuk over Schmitt tot een conclusie voert. Dan bedoel ik niet slechts de stelling dat zijn rechtvaardiging van de *Führerdemokratie* in het verlengde van Webers denken ligt (261; 335) – een stelling waarvoor zij noch in het hoofdstuk over Weber noch in dat over Schmitt premissen aandraagt en die mij uit de lucht gegrepen lijken.³² Veel meer verwondert de stelling dat Schmitts conceptuele kader de Weimardemocratie niet heeft kunnen schragen omdat het ‘teveel nadruk (legt) op autoritaire elementen binnen de democratie en een legitimatie (geeft) voor het totaal ondergeschikt maken van het recht aan de staat.’ (261) In mijn welwillende uitleg bedoelt ze dat Schmitt te veel macht aan de Rijkspresident toeschrijft, ‘al kan dit in tijden van crisis goed van pas komen’. (*ibid.*) Dat is het bekende verhaal: Schmitt maakt van de hoeder van de constitutie in de noodtoestand een leider van het volk in tijden van parlementaire onenigheid, dus in alle tijden. Maar Blommestijn bepaalt niet hoe deze macht zich verhoudt tot een ander fundamenteel idee bij Schmitt – hoewel zij het noemt en er kennelijk ook sympathie voor heeft: de ‘substantiële eenheid van het volk’. Zij legt geen verband tussen die noodzakelijk geachte eenheid en de elders genoemde ‘politieke wil’ die juist door de veronderstelde eenheid binnen vooraf gegeven grenzen zou blijven. Zij besteedt geen aandacht aan de verschuiving in de wijze waarop Schmitt die eenheid opvat wanneer zijn decisionisme steeds duidelijker plaats maakt voor *konkretes Ordnungsdenken*,³³ zodat uiteindelijk rechtsgelijkheid vervangen wordt door *Gleichartigkeit*, die vervolgens weer plaats maakt voor *Artgleichheit* als basis van insluiting en uitsluiting.³⁴ In het samenvattend en concluderend hoofdstuk onderschrijft zij Herman Hellers nadruk op de gezamenlijke bekentenis tot rechtsbeginselen die deze eenheid vorm zouden kunnen geven (338). Maar aangezien het ontbreken van dit soort van *Verfassungspatriotismus avant la lettre* natuurlijk precies het probleem is waarvoor ‘Weimar’ het historisch paradigma is, zou dit het hele betoog tot een *petitio principii* maken. Als lezer moet ik dan ook aannemen dat een zekere eensgezindheid rond ‘de’ beginselen van het recht door Blommestijn gezien wordt als een voorwaarde voor weerbare democratische besluitvorming, niet in conceptuele zin, maar in de zin van een gerealiseerde constellatie. Zij duidt die aan als ‘gevoel van saamhorigheid’ ‘of homogeniteit’ (*ibid.*)³⁵ Maar het verschil tussen eensgezindheid en soortgelijkheid wordt nergens uitgewerkt. Blommestijn houdt het erop dat het tot stand komt in ‘een continu samen-

32 Integendeel, Blommestijn zegt met zoveel woorden elders (192) dat Weber iets heel anders voor ogen stond dan een *Führerstaat*. Zie voor een meer betrouwbare analyse P. Magalhães, ‘Charisma and Democracy: Max Weber on the Riddle of Political Change in Modern Societies’, *Topoi* 41 (2022): 69–78.

33 Zie vooral C. Schmitt, *Ueber die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* (Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt, 1934). Zie ook R. Foqué and J. Van Bellingen, ‘Juridisch conservatisme en concreet ordeningsdenken’, in *Gelijkheid en conservatisme / Gleichheit und Konservatismus*, F. De Pauw and M. Weyembergh (Zwolle: Tjeenk Willink, 1985).

34 Hierover T.W.A. de Wit, *De onontkoombaarheid van de politiek: de soevereine vijand in de politieke filosofie van Carl Schmitt* (Ubbergen: Pomppers, 1992), 188vv. Zie ook zijn paragraaf over democratie en homogeniteit (3.5), 174ff.

35 In Duitsland is deze gelijkstelling rechtstheoretisch ‘salonfähig’ gemaakt door K.A. Schachtschneider, *Res publica res populi. Grundlegung einer Allgemeinen Republiklehre. Ein Beitrag zur Freiheits-, Rechts- und Staatslehre* (Berlin: Duncker & Humblot, 1994).

spel van natuur en cultuur' (*ibid*). Ik heb mij afgevraagd of we dan weer terug zijn bij de *Zwei-Seiten-Theorie* van Jellinek – die vorm van naturalisme waartegen de rechtstheoretici van de Weimarperiode zich keerden, méér dan tegen 'het wetsspositivisme'. Maar een andere conclusie dringt zich sterker op. Met Blommestijns vaststelling dat Schmitts theorie geen 'aanknopingspunten biedt om de Weimardemocratie te verdedigen', 'maar juist een rechtvaardiging biedt voor de ontsporing (ervan)' (261) geeft zij te kennen wat haar vertoog drijft. Niet de nieuwsgierigheid naar conceptuele ankerpunten die 'Weimar' hadden kunnen redden, maar de overtuiging dat Schmitt het volste gelijk had toen hij alles uit de retorische kast haalde om het om zeep te helpen. Schmitt was helemaal niet van plan de Weimardemocratie te redden, dus waarom zou je een onderzoek starten met de vraag of zijn theorie daar robuust genoeg voor was? Ook deze pijler van de dissertatie staat dus op drijfzand, evenals de Kelsen-kritiek.

Het zou geen moeite (hoogstens te kostbare tijd) kosten om soortgelijke feilen in de hoofdstukken over Smend en Heller aan te wijzen. De auteur heeft niet alleen veel te veel hooi op de vork genomen, zij heeft er ook blijk van gegeven haar auteurs niet serieus te nemen. Zij heeft ze opgeofferd aan een ondoorzichtige probleemstelling, methodologisch zwak onderbouwd, en behandeld zonder besef van haar eigen contradicties. Ik ben mij ervan bewust dat bovenstaande kritiek vragen oproept over de verdedigbaarheid van het proefschrift. Die vragen komen uiteraard te laat voor het oordeel van het Leidse College voor Promoties. Maar hopelijk niet voor het oordeel van de rechtsfilosofische onderzoekers in Nederland en Vlaanderen.