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).

Het spook van Weimar. Een democratie in crisis.

Raisa Blommestijn

Het spook van Weimar. Een democratie in crisis.

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van

de graad van doctor aan de Universiteit Leiden,

op gezag van rector magnificus prof.dr.ir. H. Bijl,

volgens besluit van het college voor promoties

te verdedigen op dinsdag 12 april 2022

klokke 15:00 uur

door

Raisa Blommestijn

geboren te Voorburg, Nederland

in 1994

Promotor:	Prof. mr. dr. A. Ellian
Co-promotor:	Mr. dr. A.J. Kwak

Promotiecommissie:	Prof. mr. dr. R.C. Hartendorp
	Prof. dr. A.J.J. Nijhuis (Universiteit van Amsterdam)
	Prof. mr. dr. E. Mak (Universiteit Utrecht)
	Mr. dr. H.M.T.D. Ten Napel
	Mr.dr. G. Molier

Inhoudsopgave

Hoofdstuk 1. Inleidende beschouwing: het tragische lot van Weimar *5*
1.1. Inleiding *5*
1.2. Centrale thematiek en opbouw *8*
1.3. Methodologie *11*
1.4. Hermeneutiek en het begrip van teksten *15*
1.5. Afbakening: verhouding tot weerbare democratie *19*
1.6. Afbakening: verhouding tot andere thema's *25*

Hoofdstuk 2. De Weimarrepubliek: geteisterd door een noodlottige erfenis? *29*
2.1. Inleiding *29*
2.2. In aanloop naar de Weimarrepubliek: het Tweede Keizerrijk en de Eerste Wereldoorlog *30*
2.2.1. Duitsland en de Eerste Wereldoorlog *34*
2.3. Het Tweede Keizerrijk komt ten val: de Duitse revolutie van 1918/1919 *37*
2.3.1. Dreiging in de Weimarrepubliek in haar begindagen *43*
2.4. Een zware belasting: de dolkstootlegende en de Vrede van Versailles *45*
2.5. Weimars eerste crisisjaren: 1919-1923 *54*
2.5.1. Politieke onrust gedurende 1919-1923 *54*
2.5.2. Economische problemen gedurende 1919-1923 *60*
2.6. Stilte voor de storm. Weimars 'gouden jaren': 1924-1929 *64*
2.7. Weimars tweede crisisjaren: 1929-1933 *67*
2.7.1. Economische crisis: de *Beurskrach* van 1929 *67*
2.7.2. Politieke crises gedurende 1929-1933 *70*
2.8. In aanloop naar het Derde Rijk *81*
2.9. Conclusie *85*

Hoofdstuk 3. Het wetsposivitisme en het begin van de methodenstrijd *89*
3.1. Inleiding *89*
3.2. Het Duitse wetspositivisme *92*
3.2.1. Het Anglo-Amerikaanse en Duitse rechtspositivisme *92*
3.2.2. Gerber en Laband: apolitieke ontwikkeling in een politieke context *98*
3.3. Een eerste kanttekening bij het wetspositivisme: Georg Jellinek en Max Weber *104*

3.4. Een breuk met het wetspositivisme: het radicale rechtspositivisme van Hans Kelsen *109*
3.5. Carl Schmitts antipositivistische kritiek: het probleem van het liberalisme, een eerste aanzet *113*
3.6. Conclusie *117*

Hoofdstuk 4. De Weimarconstitutie: het experiment van een nieuwe democratie ***121***
4.1. Inleiding *121*
4.2. De vader van de Constitutie: Hugo Preuβ *122*
4.3. De constitutionele conventie *124*
4.4. Federatie of eenheidsstaat? *126*
4.5. De democratische staatsvorm *129*
4.6. De regering *133*
4.7. De Rijkspresident *133*
4.7.1. De grondlegger van het instituut van de Rijkspresident: Max Weber *135*
4.7.2. *Checks and balances* binnen het democratisch systeem *143*
4.8. Grondrechten en de verzorgingsstaat *146*
4.9. Conclusie *147*

Hoofdstuk 5. Hans Kelsen: legaliteit als basis van de rechtsorde ***151***
5.1. Inleiding *151*
5.2. De positivistische democraat *153*
5.3. Kelsens *Reine Rechtslehre* *154*
5.4. Kelsens democratieopvatting: democratie als ideaal van vrijheid *161*
5.5. Kelsen over constitutionele toetsing *170*
5.6. Het vrijheidsideaal in Kelsens democratieopvatting *174*
5.7. Democratie en relativisme *177*
5.8. De formele en materiële democratie *179*
5.9. Conclusie *182*

Hoofdstuk 6. Carl Schmitt: de onvermijdelijke vijand ***185***
6.1. Inleiding *185*
6.2. Democratische dictatuur of dictatoriale democratie? *187*
6.3. Het belang van de uitzondering: een politieke theologie *190*
6.4. De crisis van de parlementaire democratie *194*

6.5. De tweede fase van het werk van Schmitt: pijlen richting de liberale democratie *197*
6.6. Het vriend/vijand-onderscheid *200*
6.7. Legaliteit en legitimiteit: de waarheid zal zich wrekefn *206*
6.8. De hoeder van de constitutie *210*
6.9. Conclusie *213*

Hoofdstuk 7. Rudolf Smend: de integrerende waarde van de democratie *217*
7.1. Inleiding *217*
7.2. Democratische integratie *219*
7.3. Smends democratieopvatting *225*
7.4. Smend over democratie en grondrechten *231*
7.5. Integratie als belangrijk aspect van politieke theorie *233*
7.6. Het wezen van de constitutie *239*
7.7. Dworkin en Smend: waarden in interpretatie *244*
7.8. Conclusie *246*

Hoofdstuk 8. Hermann Heller: de vorming van een waardengemeenschap *249*
8.1. Inleiding *249*
8.2 Socialisme en nationalisme *251*
8.3. De crisis van de staatstheorie in de Weimarrepubliek *254*
8.4. De staatstheorie en de Staat volgens Heller *257*
8.5. De Staat en het recht *260*
8.6. Democratie aan de basis van homogeniteit *265*
8.7. Het fascisme als schijnoplossing *268*
8.8. Conclusie *271*

Hoofdstuk 9. Slotbeschouwing: het veelkoppig Weimarspook *275*
9.1. Inleiding *275*
9.2. De feitelijke realiteit *275*
9.3. Het almachts- karakter van het rechtspositivisme *277*
9.4. De Weimargrondwet: de juridische werkelijkheid *278*
9.5. Hans Kelsen: vergaande nadruk op de legaliteit van de rechtsorde *280*
9.6. Carl Schmitt: transcendente beslissing en soevereine almacht *281*
9.7. Rudolf Smend en Hermann Heller: een immanente democratieopvatting *283*
9.8. Conclusie *285*

English summary: The ghost of Weimar. A democracy in crisis *289*

Selecte bibliografie *293*

Curriculum vitae *321*

Hoofdstuk 1

Inleidende beschouwing: het tragische lot van Weimar

Stellt sich die Wirklichkeit des staatlichen Lebens als die dauernde Herstellung seiner Wirklichkeit als souveräner Willensverband dar, so ist seine Wirklichkeit die seines Integrationssystems.[1]

Rudolf Smend (1882-1975)

§ 1.1. Inleiding

Het jaar 1848 wordt over het algemeen gezien als een belangrijk jaar wat betreft het begin van de democratische traditie in West-Europa, die zich feitelijk vanaf de Franse Revolutie (1789) ontwikkelde. Opvallend is dat de democratische geest in Duitsland veel minder vlamvatte dan in de haar omringende landen. Een waarlijk democratische staatsvorm kwam er in Duitsland pas na november 1918, toen de Weimarrepubliek in Berlijn werd uitgeroepen. De veranderingen die met de stichting van de Weimarrepubliek werden doorgevoerd, waren echter ongekend. Vrijwel *over night* vond de transitie plaats van het Tweede Duitse Keizerrijk – met veel macht voor de Keizer, de adel en het leger enerzijds en met beperkte inspraak van het volk anderzijds – naar een democratische staatsvorm met algemeen kiesrecht voor zowel mannen als vrouwen.[2]

Gezien het gebrek aan democratische traditie, gingen de opstellers van de Weimargrondwet te raden bij de democratische traditie van andere landen zoals Groot-Brittannië en Frankrijk. De opstellers van de Grondwet leken welhaast op scheikundigen in een lab, die poogden verschillende aspecten van democratische tradities te combineren en om te vormen tot het begin van een Duitse democratische traditie. Net als bij ieder experiment, gingen er ook bij het opstellen van de Weimargrondwet dingen mis. Zowel gedurende de bestaansgeschiedenis van de Weimarrepubliek als na haar val is dan ook gewezen op de problematische aspecten van de Weimargrondwet, zoals het te veel aan macht van de Rijkspresident – gekscherend *Ersatzkaiser* genoemd – of het stelsel van proportionele vertegenwoordiging dat zou leiden tot een *Parteienstaat.*

Deze problematische aspecten zijn gedeeltelijk het gevolg van compromissen die werden gesloten aan het begin van de Weimarrepubliek tussen de gevestigde machtsstructuren enerzijds (zoals het leger en de industriëlen) en de democratische krachten (voornamelijk sociaaldemocraten)

---

[1] Rudolf Smend, 'Verfassung und Verfassungsrecht (1928)', in: Rudolf Smend, *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlijn: Duncker & Humblot 2010, p. 171.

[2] De Weimarconstitutie werd wel gezien als de meest democratische uit die periode. Benjamin Hett, *De populist. Adolf Hitler, de ondergang van de Weimarrepubliek en de opkomst van het Derde Rijk*, Amsterdam: Balans 2018, p. 24.

anderzijds.[3] Het leger en de industriëlen besloten samen te werken met de sociaaldemocraten, uit angst voor een communistische machtsovername. Deze angst kwam niet uit de lucht vallen: op 9 november werden in Berlijn vlak na elkaar 'de republiek' en de 'communistische staat' uitgeroepen. Daarnaast waren in verschillende steden zogenaamde 'raden' gevestigd naar het voorbeeld van de in 1917 gevestigde Sovjet-Unie. Mede door de samenwerking tussen de gevestigde machtsstructuren en het gesloten compromis, verloren de communisten de machtsstrijd.

Dit leidde tot verbittering: zowel bij de communisten als bij de linkerflank van de SPD, die zich had afgesplitst onder de naam *Unabhängige Sozialdemokratische Partei Deutschlands* (USPD). De communisten richtten hiertoe een eigen partij op, de *Kommunistische Partei Deutschlands* (KPD) die onder Karl Liebknecht en Rosa Luxemburg opriep tot het omverwerpen van de nieuw gevestigde Weimarstaat. Hoewel Liebknecht en Luxemburg de dood vonden in protesten, volhardden hun opvolgers het verzet tegen de Weimarrepubliek, waarmee zij zich nooit volledig verzoenden en die zij beschouwden als verraad. Er vonden gedurende de gehele geschiedenis van de Weimarrepubliek communistische opstanden plaats en er werd doorlopend opgeroepen tot het omverwerpen van de democratie. Tegen het einde van de Weimarrepubliek, onder invloed van de *Beurskrach*, vond het communisme steun onder een groeiend deel van de bevolking. Vanaf 1932 had de KPD, samen met de nazi's, een meerderheid in de Rijksdag. Het enige dat beide groepen verbond, was de felle weerstand tegen de Weimarrepubliek. Van samenwerking tussen de nazi's en communisten was dan ook geen sprake; de communisten zouden zelfs het eerste slachtoffer worden van de machtsovername van de nazi's na de aanname van het Rijksdagbranddecreet.

De nazi's behoorden tot een andere zijde van protest: de contrarevolutionaire zijde. Waar de communisten van mening waren dat de revolutie niet ver genoeg ging, waren de contrarevolutionairen van mening dat de revolutie moest worden teruggedraaid. Zij keken met weemoed terug op de – zo vonden zij – idyllische situatie van voor de Eerste Wereldoorlog. Kort gezegd richtten de contrarevolutionairen zich tegen de Weimardemocratie en de revolutie van 1918, maar ook tegen het (zo vonden zij) vroegtijdig beëindigen van de Eerste Wereldoorlog. In contrarevolutionaire kringen werd de opvatting gehuldigd dat het Duitse verlies van de Eerste Wereldoorlog niet het resultaat was van een overwinning van de geallieerden op het slagveld, maar een dolksteek in de rug was geweest van (sociaal)democraten en andere groepen die Duitsland niet positief waren gezind (zoals de Joden –

[3] Vaak wordt gesproken over een 'republiek zonder republikeinen' of een 'democratie zonder democraten'. Zie hiervoor bijvoorbeeld Walter Pauly, 'Gerhard Anschütz', in: Jacobson & Schlink (red.), *Weimar. A jurisprudence of crisis* (Belinda Cooper vert.), Berkeley/Los Angeles/Londen: University of California Press 2002, p. 130. Over de vraag of deze beweringen juist zijn, bestaat discussie. Zie hiervoor bijvoorbeeld Collin Storer, *A short history of the Weimar Republic,* Londen/New York: I.B. Tauris 2013, p. 27 en Udi Greenberg 2014, *The Weimar Century. German émigrés and the ideological foundations of the cold war,* Princeton & Oxford: Princeton University Press, p. 14. Er kan volgens de Amerikaanse historicus Joseph Bendersky beter worden gesproken van een 'republiek zonder republikeinse meerderheid'. Zie hiervoor Joseph Bendersky, *A Concise History of Nazi Germany,* Plymouth: Rowman & Littlefield Publishers, Inc. 2014, p. 6.

althans zo betoogden de nazi's). Zij vonden zich gesteund in dit narratief, dat bekend werd onder de naam dolkstootlegede [*Dolchstoßlegende*], door hetgeen destijds in de media en door de politiek aan de bevolking was voorgehouden: Duitsland stond op het punt de oorlog te winnen.

De dolkstootlegende, maar ook de rancune jegens de Weimarrepubliek, werd versterkt na de ondertekening van het Verdrag van Versailles. Mede door deze ondertekening nam de steun voor de democratische partijen die de Weimarrepubliek hadden opgericht en vanaf het begin hadden gesteund, flink af – bij de verkiezingen die volgden na de ondertekening van het Verdrag, raakten zij hun meerderheid kwijt. Niet alleen volgens contrarevolutionairen, maar volgens veel Duitsers hadden zij Duitsland 'in de uitverkoop' gedaan en waren zij schuldig aan alle misère die hierop volgde. De ondertekening van het Verdrag van Versailles loopt dan ook als een rode draad door de verschillende crises waar de Weimarrepubliek mee te maken kreeg. Zo speelde het een rol bij diverse opstanden tegen de Republiek en in verschillende protestredes die werden gehouden. Bovenal was het de directe aanleiding van de bezetting van het Ruhrgebied en de daaropvolgende hyperinflatie.

Na de bezetting van het Ruhrgebied en het einde van de hyperinflatie brak een tweede periode aan voor de Weimarrepubliek. Een periode die ook wel wordt aangeduid als Weimars 'gouden jaren' (1923-1929). In deze periode komt er, voornamelijk onder leiding van Gustav Stresemann (1878-1929), steeds meer toenadering tot andere West-Europese landen. Echter wordt deze periode van stabiliteit vaak overschat: politieke moorden bleven aan de orde van de dag, kabinetten kwamen veelvuldig ten val vanwege interne conflicten en onder de radar werd de aanhang van groepen die tegen de Weimarrepubliek waren gekant steeds groter.

Dit werd duidelijk zichtbaar in de laatste periode van de Weimarrepubliek, waarvan het begin bijna geheel samenvalt met de dood van Stresemann en die begint na de *Wallstreet crash* van november 1929. Duitsland kreeg het zwaar te verduren na deze *crash* vanwege het geld dat zij had geleend van de Verenigde Staten. Het kabinet-Müller, het laatste kabinet in Weimar dat een werkelijk democratisch mandaat kende, kwam in 1930 ten val ten gevolge van de economische crisis. Vanaf dat moment bleek de enige mogelijkheid om nog te regeren artikel 48 van de Weimargrondwet te zijn. Strikt genomen kenden de kabinetten na de val van het kabinet-Müller geen werkelijk democratische basis (*ergo*: een meerderheid in de Rijksdag) meer. De economische crisis leidde hiermee tot een politieke crisis.

De partij die bij uitstek van het momentum van de economische crisis wist te profiteren, was de NSDAP van Adolf Hitler. Hitler had zich vanaf 1925, tijdens zijn verblijf in Landsberg na een mislukte couppoging in München, voorgenomen in te zetten op een 'legale revolutie' (een machtsovername door middel van democratische middelen, zoals het winnen van verkiezingen) en steeds meer macht naar zich toegetrokken. Tijdens de verkiezingen die werden gehouden na de val van het kabinet-Müller behaalde de NSDAP 18,3% van de stemmen en brak de partij officieel door in de landelijke politiek. Na de verkiezingen van juli 1932 werd de NSDAP voor het eerst de grootste partij in de Rijksdag. Aan de revolutionaire zijde van het politieke spectrum wist de KPD steeds meer

stemmen te behalen: de partij behaalde 14,3% van de stemmen en hiermee hadden de NSDAP en de KPD samen een (vijandige) meerderheid in de Rijksdag.

Er gingen stemmen op om Hitler tot Rijkskanselier te benoemen en hem door samenwerking te 'temmen'. Hindenburg weigerde dit en daarom dienden nogmaals nieuwe verkiezingen te worden gehouden. Hitler behaalde in deze nieuwe verkiezingen aanzienlijk minder stemmen, maar zijn partij bleef wel de grootste in de Rijksdag. Hindenburg besloot hierna toch over te gaan tot de benoeming van Hitler als Rijkskanselier. Geweld was aan de orde van de dag. Leden van Hitlers paramilitaire groepering, de *Sturmabteilung* (SA), verstoorden politieke bijeenkomsten van tegenstanders en na het Rijksdagbranddecreet van 27 februari 1933 kreeg dit geweld een legale basis. Politiek was in deze periode niet langer gebonden aan de staat, die het geweldmonopolie niet langer kon handhaven, maar speelde zich af op straat.

Onder deze druk en intimidatie stemde de Rijksdag op 23 maart 1933 in met de Machtigingswet [*Ermächtigungsgesetz*], de *Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich*, die de basis zou vormen voor het formele einde van de Weimarrepubliek. In tegenstelling tot wat vaak wordt gedacht, had de 'legale revolutie' van Hitler geen werkelijk democratische basis. Onder invloed van de intimidatie van politieke tegenstanders, het onvermogen het geweldsmonopolie te handhaven door de Weimarstaat, gebrek aan vrijheid van meningsuiting en het onvermogen van de andere partijen om hun onderlinge tegenstellingen te overbruggen, greep Hitler de macht.[4] Omstreeks augustus 1934 had Hitler zijn nieuw verkregen machtspositie weten te consolideren. Hij had zijn ogen intussen al gericht op de uitbreiding van *Lebensraum* voor het Duitse volk in het Oosten van Europa: in die ambitie is de een van de formele oorzaken van het begin van de Tweede Wereldoorlog, waarin Nazi-Duitsland de wereld vanaf 3 september 1939 meesleurde, gelegen. De eerste waarlijk democratische Duitse staat ging vroegtijdig ten onder en liep hiermee de mogelijkheid mis om een democratische cultuur te ontwikkelen en de noodzakelijke, blijvende steun onder de bevolking te verkrijgen.

§ 1.2. Centrale thematiek en opbouw

De dominante rechtsfilosofische stroming tijdens het Duitse Tweede Keizerrijk was het wetspositivisme, een vorm van rechtspositivisme die tevens ten grondslag lag aan de Weimargrondwet. Dit wetspositivisme was gedurende het Tweede Keizerrijk al bekritiseerd, maar was vooral gedurende de Weimarrepubliek veelvuldig onderwerp van discussie. Tevens vormde het aanleiding voor rechtstheoretische debatten na de Tweede Wereldoorlog. Zo stelde de Duitse rechtsfilosoof Gustav Radbruch dat de Duitse rechtstheorie de juristenstand en het volk weerloos had gemaakt tegen misdadige wetten door gebruik te maken van de principes 'wet is wet' en 'bevel is

[4] Zie ook Ellian & Blommestijn, '100 jaar Weimar. Reflectie op democratie', *NJB*, p. 3018-3024. Deze introductie is grotendeels gebaseerd op de thematiek die in hoofdstuk 1 aan de orde komt.

bevel'.[5] Dit proefschrift denkt verder in het spoor van Radbruch en bespreekt het dominante wetspositivisme, opvattingen van enkele critici van dit wetspositivisme, alsmede de veelvuldige crises waar de Weimarrepubliek mee te maken kreeg teneinde de volgende hoofdvraag 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?

Om deze vraag te beantwoorden, komen in de verschillende hoofdstukken achtereenvolgens verschillende deelvragen aan de orde. Ten eerste wordt in het tweede hoofdstuk de vraag beantwoord *tegen welke historische achtergrond de Weimardemocratie tot stand kwam en welke vijandige tendensen zich gedurende haar bestaansgeschiedenis manifesteerden.* In het verlengde daarvan wordt de vraag beantwoord *in hoeverre de feitelijke en juridische werkelijkheid met elkaar in overeenstemming waren.* In dit hoofdstuk worden de belangrijkste historische gebeurtenissen die hebben geleid tot de vestiging van de Weimarrepubliek beschreven en staan de crises die deze Republiek gedurende haar bestaansgeschiedenis te verduren kreeg centraal. Specifiek ga ik hierbij in op de relatie tussen de crises en het latere verval van de Republiek. Dit hoofdstuk vormt een belangrijk uitgangspunt voor de rest van het proefschrift omdat het de achtergrond laat zien van de gebeurtenissen en denkbeelden die in de daaropvolgende hoofdstukken centraal staat. Dit hoofdstuk moet dan ook worden gezien als het kader tegen welke achtergrond de theorieën en denkbeelden moeten worden begrepen.

Het derde hoofdstuk gaat in op de rechtsfilosofische stroming die leidend was ten tijde van het Tweede Keizerrijk en de vestiging van de Weimarrepubliek: het Duitse wetspositivisme. Dit wetspositivisme is niet alleen belangrijk om de uitgangspunten van de Weimargrondwet te begrijpen, maar tevens om de latere kritiek op deze stroming, die in de vervolghoofdstukken centraal staat, te duiden. In dit hoofdstuk komt de vraag aan de orde *in hoeverre het Duitse rechtspositivisme de Weimardemocratie in staat stelde om zich te verdedigen tegen vijandige tendensen.* Duidelijk zal worden dat het Duitse wetspositivisme juist de antidemocratische tendensen binnen de Duitse staat versterkte en hier in zekere zin een rechtvaardiging voor bood. Het wetspositivisme biedt aldus geen aanknopingspunten tot een rechtsfilosofische verdedigingslinie van de Weimardemocratie.

De rechtsfilosofische uitgangspunten van de Weimardemocratie, die ten grondslag liggen aan diens Grondwet, staan in het vierde hoofdstuk centraal. Om deze uitgangspunten te begrijpen, is eerst een begrip noodzakelijk van het Duitse wetspositivisme, dat in hoofdstuk 3 aan de orde kwam. De 'juridische werkelijkheid' van de Weimardemocratie komt specifiek aan bod in hoofdstuk 4 van dit proefschrift. In dit hoofdstuk komen de belangrijkste denkers aan bod die hebben bijgedragen aan de totstandkoming van de Weimarrepubliek. De deelvraag die beantwoord wordt is *in hoeverre de grondwettelijke uitgangspunten van de Weimargrondwet de Weimardemocratie in staat stelde om zich*

[5] Gustav Radbruch, 'Fünf Minuten Rechtsphilosophie', in: *Rhein-Neckar-Zeitung*, 12 september 1945. Zie tevens Gustav Radbruch, 'Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht', in: *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, augustus 1946.

te verdedigen tegen vijandige tendensen. Deze vraag wordt specifiek beantwoord aan de hand van de rechtstheoretische uitgangspunten van Hugo Preuβ en Max Weber, die een belangrijke rol speelden bij de totstandkoming van de Weimargrondwet.

Als de achtergrond van de Weimardemocratie, het wetspositivisme en de uitgangspunten Weimargrondwet in hoofdstuk 2, 3 en 4 zijn besproken, kan worden overgegaan tot een analyse van de centrale denkers in dit proefschrift – die allen kritiek hadden op deze uitgangspunten. Een van de belangrijkste critici van het wetspositivisme was de Oostenrijkse denker Hans Kelsen: zijn denkbeelden staan in het vijfde hoofdstuk centraal. Duidelijk wordt dat Kelsen voornamelijk kritiek heeft op de verbinding van staat en recht, zoals deze door het wetspositivisme wordt voorgestaan. Hij stelt het belang van de legaliteit binnen de democratische rechtsstaat aan de orde. De vraag die specifiek in dit hoofdstuk wordt beantwoord, is *in hoeverre de rechtsfilosofische opvattingen van Kelsen, die een breuk betekenen met het Duitse wetspositivisme, aanknopingspunten bieden om de Weimardemocratie te verdedigen tegen vijandige tendensen.* In dit hoofdstuk wordt aangetoond dat, hoewel Kelsen breekt met het Duitse wetspositivisme, zijn theorie tevens geen aanknopingspunten biedt voor een rechtsfilosofische verdedigingslinie van de Weimardemocratie. Zijn theorie legt de nadruk op het legale karakter van de rechtsorde en gaat hiermee volledig voorbij aan de vraag naar de legitimiteit. Wanneer het komt tot een aanval van de democratie, is zijn theorie eerder een voedingsbodem voor een democratische zelfmoord dan voor een effectieve verdediging. Kelsen richt zich in het geheel niet op de verdediging van de democratie.

Dat brengt ons, in het zesde hoofdstuk, bij de denkbeelden van Carl Schmitt. Schmitt was de belangrijkste tegenstander van Kelsen ten tijde van de Weimarrepubliek. Hij legt de nadruk op de legitimiteit van de rechtsorde en op een haar funderende, transcendente beslissing. Deze beslissing omvat enkele kernwaarden – neergelegd in de constitutionele kern – die verdedigd dienen te worden. Hiermee geeft Schmitt de eerste aanzetten tot een democratische theorie die zich meer richt op legitimiteit in plaats van legaliteit. De vraag rijst *in hoeverre de rechtsfilosofische opvattingen van Carl Schmitt, die een fel tegenstander was van zowel het Duitse wetspositivisme als van de legalistische rechtstheorie van Kelsen, aanknopingspunten bieden om de Weimardemocratie te verdedigen tegen vijandige tendensen.* Duidelijk wordt dat, hoewel Schmitt spreekt van het verdedigen van de constitutionele kern, er weinig aandacht is voor de almacht van de staat – die zijn theorie eerder versterkt dan ontkracht. De soeverein krijgt bij Schmitt dusdanig veel macht, dat het recht weerloos staat tegenover de aanval van bovenaf. Schmitt acht dit noodzakelijk in de noodtoestand, waarin de statelijke almacht onbeperkt dient te zijn, maar verliest de realiteit uit het oog: wat als de soeverein zich tegen de democratie keert?

Het belang van deze vraag werd pijnlijk duidelijk in de nadagen van de Weimarrepubliek, toen de steun voor de democratische staatsvorm steeds verder afbrokkelde en er steeds meer macht kwam te liggen bij de soeverein (de Rijkspresident in de Weimarrepubliek). Schmitt faciliteerde deze soevereine macht eerder dan dat zijn theorie hier een antwoord op kon bieden. Daarom worden in de

laatste twee hoofdstukken van dit proefschrift de denkbeelden van Rudolf Smend en Hermann Heller besproken, die tot nu toe onderbelicht zijn gebleven in de Nederlandse wetenschappelijke discussie.[6] De vraag die in deze hoofdstukken beantwoord wordt is *in hoeverre de rechtsfilosofische opvattingen van Rudolf Smend en Hermann Heller, die zich richten tegen het Duitse wetspositivisme maar tevens tegen de opvattingen van Kelsen en Schmitt, aanknopingspunten bieden om de Weimardemocratie te verdedigen tegen haar vijandige tendensen.* Smend en Heller spreken beiden – hoewel de focus verschilt – van een dialectisch proces dat ten grondslag ligt aan de democratie. Een enkel funderende beslissing is onvoldoende om een *gemeenschap* tot stand te brengen en ervoor te zorgen dat de waarden waarop de democratische staatsvorm gebaseerd is ook daadwerkelijk gedragen worden door de samenleving. Dit kan onder andere door symbolen van de staat, waarmee burgers zich verbonden voelen. Dit symbool van de staat kan bijvoorbeeld het staatshoofd zijn, maar ook de vlag van de staat of een nationale feestdag die wordt gevierd. In dit opzicht kan worden gewezen op een dag als *Flag Day,* die elk jaar op 14 juni in de Verenigde Staten wordt gevierd, maar ook op een dag als Koningsdag in Nederland.[7]

De theorieën van Heller en Smend, die in zekere zin als complementair kunnen worden beschouwd en daarom ook gezamenlijk worden besproken, bieden een dergelijke rechtsfilosofische verdedigingslinie. Echter waren zij zich onvoldoende bewust van de werkelijkheid waarbinnen zij hun theorie ontwikkelden: een werkelijkheid waarin steeds verdergaande crises leidden tot voortdurend geweld en waarin een rechtsfilosofische verdedigingslinie te laat werd opgeworpen. Met andere woorden, hun opvattingen bieden geen aanknopingspunten voor een *reële* verdedigingslinie in de context van de Weimarrepubliek (zie verder paragraaf 1.5). Dit betekent niet dat hun theorieën niet waardevol zijn, een thema waar in de slotbeschouwing op terug wordt gekomen. In de slotbeschouwing wordt tevens antwoord gegeven op de hoofdvraag.

§ 1.3. Methodologie

Dit proefschrift maakt gebruik van een combinatie van descriptieve en normatieve analyse. De descriptieve analyse komt voornamelijk aan de orde in de beschrijving van de historische gebeurtenissen in het tweede hoofdstuk. Natuurlijk ligt aan dergelijke descriptieve analyse wel een keuze ten grondslag wat betreft de keuze van de betreffende gebeurtenissen. Wat dat betreft ben ik uitgegaan van een aantal standaardwerken en hun indeling van de Weimarrepubliek in drie verschillende perioden: de beginperiode (1918-1923), de middenperiode van zogenaamde ‘gouden

[6] Dit geldt voornamelijk voor de denkbeelden van Smend, waarvoor tevens in de Engelstalige wetenschappelijke discussie weinig aandacht is geweest. Over Heller is in het Engels wel enkele malen geschreven, vooral door David Dyzenhaus.

[7] De vlag als integrerend bestanddeel van de natie – of juist het verzet tegen die natie – wordt ook duidelijk in het boerenprotest of de protesten tegen de *lockdown*-maatregelen, waar protestanten de Nederlandse vlag omgekeerd dragen.

jaren' (1923-1929) en de eindperiode (1929-1933).[8] Ik heb wat al deze perioden betreft getracht de belangrijkste politieke en economische gebeurtenissen en crises die daarop volgden in kaart te brengen. Natuurlijk is een dergelijke beschrijving nooit compleet. Dat is ook niet het doel van het betreffende hoofdstuk; het doel is een beschrijving te geven van de verschillende gebeurtenissen waarop door de belangrijke in dit proefschrift opgevoerde denkers wordt gereflecteerd.

Wat betreft de drie perioden wil ik opmerken dat het niet mogelijk was mij te beperken tot de periode van de Weimarrepubliek alleen. Vooral wat betreft de eerste periode en de vestiging van de Weimarrepubliek was het noodzakelijk ook enige achtergrondinformatie te verschaffen omtrent de belangrijkste gebeurtenissen aan het einde van de Eerste Wereldoorlog en omtrent de structuur van het Tweede Keizerrijk. Een staatsvorm verhoudt zich altijd tot haar voorganger en zonder kennis van het Tweede Keizerrijk is zowel de vestiging als het verloop van de Weimarrepubliek niet duidelijk te verklaren. Tevens is dit verloop van het Tweede Keizerrijk noodzakelijk om het dominante wetspositivisme (dat een vertrekpunt vormt voor de rechtsfilosofische opvattingen van Kelsen, Schmitt, Heller en Smend) in kaart te brengen.

Ik heb ervoor gekozen dit descriptieve hoofdstuk aan het begin van het proefschrift te plaatsen, omdat de andere hoofdstukken voortbouwen op het in dit hoofdstuk geschetste historisch kader. Ik maak hier gebruik van een chronologische methode, hetgeen betekent dat ik de gebeurtenissen in een chronologische volgorde – van eerder naar later in de tijd – presenteer. Ik begin hierbij bij de nadagen van de Eerste Wereldoorlog, omdat het einde van deze oorlog van direct belang is voor de vestiging van de Weimarrepubliek. De beschrijving van gebeurtenissen stopt net na de omverwerping van de Weimarrepubliek in maart 1933, omdat dit proefschrift specifiek handelt over de gebeurtenissen ten tijde van de Weimarrepubliek en denkers die op de gebeurtenissen ten tijde van deze periode reflecteerden. Met andere woorden, dit hoofdstuk beslaat – grofweg – de periode 1918-1933, waarbij bij uitzondering en wanneer dit noodzakelijk is voor een beter begrip van deze periode ook wordt verwezen naar gebeurtenissen die buiten deze periode vallen.

Wat betreft het derde hoofdstuk, dat het uitgangspunt is voor het rechtsfilosofisch deel, heb ik tevens een keuze moeten maken in de bespreking van verschillende theorieën. Het wetspositivisme, dat centraal staat, wordt ook wel aangeduid als de 'Gerber/Laband-school'. Daarom ben ik in dit hoofdstuk voornamelijk uitgegaan van de denkbeelden van Paul Laband (1838-1918) en Carl Friedrich von Gerber (1823-1891). Hun wetspositivisme vormt het uitgangspunt van de dominante rechtsfilosofische interpretaties van de Weimarrepubliek: deze zetten zich af tegen hun denken en

[8] Over de precieze afbakening van de periode van de Weimarrepubliek bestaat discussie. De Duitse historicus Detlev Peukert identificeert drie algemene beginpunten. Ten eerste 9 november 1918, wanneer Philip Scheidemann de Republiek uitroept. Ten tweede 13 februari 1919, wanneer Scheidemann officieel verkozen wordt tot Rijkskanselier en Friedrich Ebert tot Rijkspresident. Ten slotte wijst hij op 11 augustus 1919, op deze datum werd de Weimarconstitutie geratificeerd door de nationale vergadering en trad deze officieel in werking. Zie hiervoor Detlev Peukert, *The Weimar Republic* (Richard Deveson vert.), New York: Hill and Wang 1993, p. 3-4.

trekken dit tot in den extreme door (Kelsen) of poneren een geheel andere visie (Schmitt, Heller en Smend). In dit hoofdstuk is tevens gekozen voor een chronologische methode, waarin op basis van belangrijke gebeurtenissen de ontwikkeling van het wetspositivisme in Duitsland wordt geschetst. Het gaat hierbij om de ontwikkeling in algemene zin, aangezien de beschrijving hiervan voornamelijk dient tot het presenteren van een volledig beeld van het fundament waarop de centrale denkers van dit proefschrift bouwen. Het is tevens een aanzet tot de analyse van de ontaarding van de Duitse democratie in het totalitarisme van het Derde Rijk, aangezien de Duitse rechtspositivistische traditie een vruchtbare aarde bood voor het ontstaan van het Derde Rijk.

In het vierde hoofdstuk wordt de Weimargrondwet opgevoerd, zoals deze in 1919 tot stand kwam. De totstandkoming van deze Grondwet had tevens in het kader van het tweede hoofdstuk besproken kunnen worden, maar daar heb ik niet voor gekozen aangezien deze hoofdstukken een meer descriptieve methode kennen. In het vierde hoofdstuk is een meer normatieve en rechtsfilosofische benadering gekozen en wordt niet alleen beschreven welke artikelen in de Weimargrondwet zijn opgenomen, maar tevens welke overwegingen hieraan ten grondslag liggen. Daarnaast vormt de Weimargrondwet een belangrijk uitgangspunt voor de verdere rechtsfilosofische discussies die in de latere hoofdstukken centraal staan, waardoor dit onderwerp een eigen hoofdstuk verdient. In dit hoofdstuk is gekozen voor een thematische indeling, waarbij verschillende thema's uit de Grondwet achtereenvolgens aan de orde komen en hun totstandkoming wordt toegelicht met behulp van de zienswijzen van degenen die hebben bijgedragen aan de invoering van de Grondwet. Natuurlijk moest ook in dit hoofdstuk een selectie volgen van verschillende wetsartikelen en de debatten die hieromtrent werden gevolgd. Ik ben hier uitgegaan van de – mijns inziens – belangrijkste artikelen, die de basis vormen van – zoals Schmitt het zou verwoorden – de constitutionele kern van de Grondwet. Tevens zijn dit de artikelen waarop de rechtsfilosofische debatten die werden gevoerd ten tijde van de Weimarrepubliek zich voornamelijk richtten.

In algemene zin kan gesteld worden dat hoofdstuk 2, 3 en 4 van dit proefschrift het uitgangspunt vormen voor het begrijpen van de rechtsfilosofische standpunten van de denkers die worden besproken in hoofdstuk 5, 6, 7 en 8. De standpunten van deze denkers zijn onnavolgbaar zonder begrip van de historische gebeurtenissen (hoofdstuk 2), de dominante lijn van interpretatie binnen de Duitse rechtsfilosofie (hoofdstuk 3) of de Weimargrondwet en hiermee de constitutionele structuur van de Weimarrepubliek (hoofdstuk 4). Het proefschrift heeft dan ook een gelaagde structuur, waarbij latere hoofdstukken voortbouwen op eerdere hoofdstukken en kennis over de Weimarrepubliek in het algemeen en rechtsfilosofische debatten in het algemeen stapsgewijs wordt opgebouwd. Deze gelaagde structuur is tevens terug te zien in de hoofdstukken 5, 6, 7 en 8 waarbij de verschillende filosofen achtereenvolgens worden besproken.

Tevens wijst dit op het belang van het samengaan van de historische context en de analyse van de rechtstheoretische opvattingen. Aangezien het hier gaat om een onderzoek dat zich specifiek richt op de Weimarrepubliek, dient eerst in algemene zin een beschrijving van tijd en context tot stand te

komen alvorens kan worden overgegaan tot de rechtstheoretische analyse van de belangrijkste standpunten van de opgevoerde denkers – die zelf ook op hun beurt werden ingegeven, beïnvloed en gevormd door de tijd en (historische) context. Het tweeledige karakter van dit proefschrift komt hiermee naar voren.

De rechtswetenschappelijke benadering van Kelsen vormt het vertrekpunt van de rechtsfilosofische beschouwing van de centrale denkers ten tijde van de Weimarrepubliek. Kelsen is, net als de andere in het proefschrift opgevoerde denkers, een tegenstander van het wetspositivisme van de Gerber/Laband-school. Echter, hij trekt de uitgangspunten van het wetspositivisme tot in het uiterste door en poneert een *Reine Rechtslehre* (zuivere rechtsleer) die alle niet-juridische elementen uit het recht wil weren. Hij legt dientengevolge de nadruk op de legaliteit van de rechtsorde. Ik begin met de bespreking van zijn denkbeelden, omdat zijn denkbeelden het uitgangspunt zijn van de kritiek die wordt geformuleerd door Schmitt, Heller en Smend. Hiermee onderschrijft deze indeling wederom de gelaagde structuur: op basis van kennis van de denkbeelden van Kelsen kunnen de andere hoofdstukken niet worden begrepen.

Wat betreft de theorie van Kelsen heb ik een selectie gemaakt van de belangrijkste uitgangspunten van zijn denken, die chronologisch en thematisch worden besproken. De *Reine Rechtslehre* uit 1934 vormt hierbij het uitgangspunt. In dit werk herhaalt Kelsen de standpunten die hij in eerdere werken al had beschreven en werkt deze verder uit. In dit opzicht wijkt de aanpak in het hoofdstuk over Kelsen af van de aanpak van de andere hoofdstukken, waarin enkel werken worden besproken uit de tijd van de Weimarrepubliek zelf. Deze uitzondering laat zich echter rechtvaardigen door hetgeen ik hiervoor noemde.

Na het hoofdstuk over Kelsen volgt een hoofdstuk over Schmitt. Enerzijds omdat dit de belangrijkste criticus van het werk van Kelsen is en anderzijds omdat zijn opvattingen het uitgangspunt vormen van de kritische beschouwing van zowel Heller als Smend. Wat betreft de denkbeelden van Schmitt heb ik eveneens een keuze moeten maken welke teksten ik zou bespreken. Ik heb hierbij gekozen voor zijn belangrijkste werken uit de periode van de Weimarrepubliek, die ik heb geordend op chronologische volgorde en heb ingedeeld in belangrijke kernthema's. Door gebruik te maken van deze combinatie hoop ik een zo overzichtelijk mogelijk beeld te schetsen van zijn ideeën. Belangrijk is om bij de denkbeelden van Schmitt op te merken dat ik hier specifiek niet in ga op het duiden van zijn ideeën in het licht van de machtsovername van de nazi's en zijn betrokkenheid bij het nazi-regime. De periode waarop deze werken betrekking hebben valt tevens buiten de periode waar dit proefschrift zich op richt.

De opvattingen van Schmitt vormen een van de uitgangspunten van de rechtsfilosofische beschouwingen van Hermann Heller en Rudolf Smend, wiens denkbeelden centraal staan in het zevende en achtste hoofdstuk. In het kader van deze inleidende beschouwing bespreek ik deze denkers gezamenlijk, omdat ik van mening ben dat – hoewel hun invalshoek niet geheel overeenkomt – zij beiden wijzen op dezelfde tekortkomingen van de democratische theorieën die in de tijd waarin zij

leefden de overhand kregen. Wat de denkbeelden van Smend betreft, ben ik uitgegaan van de teksten uit zijn gebundeld werk (versie 2010).[9] Ik heb deze, net als de teksten van Schmitt en Kelsen, grotendeels chronologisch willen bespreken maar met het oog op het overzicht diende ik mij ook te verlaten op een gedeeltelijk thematische indeling die op sommige punten bijdraagt aan de leesbaarheid van het betreffende hoofdstuk.

Wat betreft de teksten van Heller was de selectie lastiger: Heller heeft tal van werken geschreven, waarvan sommige slechts zijdelings raken aan democratische theorie en meer moeten worden begrepen tegen de achtergrond van zijn politieke carrière. Ik ben in mijn selectie van zijn belangrijkste teksten – afkomstig uit zijn gebundeld werk uit 1992[10] – grotendeels uitgegaan van het overzicht in *Weimar. A Jurisprudence of Crisis* door David Dyzenhaus.[11] Ik heb dit overzicht aangevuld met enkele teksten die mijns inziens ook een bespreking rechtvaardigen gezien de thematiek en onderlinge samenhang met andere werken.

De interpretatie van alle besproken teksten heb ik ten eerste willen duiden tegen de achtergrond van de gebeurtenissen in de Weimarrepubliek – hetgeen wederom het belang onderstreept van de historische bespreking in de eerste hoofdstukken en de verwevenheid met de historische context benadrukt. Voornamelijk Schmitt schrijft situationeel en betrekt deze gebeurtenissen ook bij de teksten die hij schrijft – een goed begrip van zijn teksten is dan ook louter mogelijk wanneer tevens begrip wordt opgebouwd van de historische achtergrond waartegen deze tot stand kwamen.

§ 1.4. Hermeneutiek en het begrip van teksten

In dit proefschrift is aldus gebruik gemaakt van een combinatie van de normatieve en descriptieve analyse; het analyseert teksten in de context van de ondergang van de Weimarrepubliek. Bij de analyse van de in dit proefschrift centraal staande teksten speelt hermeneutiek zoals omschreven door de Duitse filosoof Hans-Georg Gadamer (1900-2002) eveneens een rol. Belangrijk hierbij op te merken is dat het hier gaat om hermeneutiek in de *epistemologische* betekenis: een methode die binnen de geesteswetenschappen wordt gebruikt om teksten uit te leggen en die ik hieronder verder uiteenzet.

Gadamer richt zich op het 'verstaan' [*Verstehen*] van teksten – hetgeen feitelijk neerkomt op het *begrijpen* of *uitleggen* van teksten.[12] Dit begrijpen of uitleggen van de tekst is volgens Gadamer geen vrijblijvende bezigheid, waarbij eenieder naar hartenlust een eigen interpretatie naar voren kan brengen. Het gaat er volgens hem in de kern om de *waarheid* die in de tekst is gelegen aan het licht te brengen[13] – een vergaand relativisme wordt door hem dan ook van de hand gewezen.

---

[9] Rudolf Smend, *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlijn: Duncker & Humblot 2010.
[10] Hermann Heller, *Gesammelte Schriften (Drei Banden),* Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1992.
[11] David Dyzenahaus, 'Eight. Hermann Heller', in: *Weimar. A jurisprudence of crisis* (Belinda Cooper vert.), Berkeley/Los Angeles/Londen: University of California Press 2002, p. 255.
[12] Hans-Georg Gadamer, *Waarheid en methode. Hoofdlijnen van een filosofische ethiek* (Mark Wildschut vert.), Nijmegen: Uitgeverij Vantilt 2014, p. 163, 294.
[13] Gadamer 2014, p. 11.

Dit is een van de redenen waarom de door hem beschreven hermeneutiek een rol speelt in de analyse van de in dit proefschrift centrale teksten: het is namelijk belangrijk een onderscheid te maken tussen verschillende interpretaties van teksten. Met andere woorden, de ene interpretatie van de tekst is *beter* omdat deze meer recht doet aan de *waarheid* van de tekst. De hermeneutiek zoals uiteengezet door Gadamer leent zich daarnaast bijzonder goed voor dit proefschrift aangezien het 'verstaan' van teksten niet alleen deel uitmaakt van de geesteswetenschappen (waar bijvoorbeeld geschiedwetenschap onder valt), maar ook van de theologische en juridische wetenschap.[14]

Toegang tot de waarheid van teksten wordt volgens Gadamer verkregen door het *lezen* van de tekst.[15] Dit omvat zowel reproductie als interpretatie van de tekst. Wat betreft dat eerste kenmerk, reproductie, heeft een tekst iets weg van zowel het kijken naar een toneelstuk of een schilderij: de inhoud brengt zich op een bepaalde wijze tot verbeelding voor de lezer. Hiermee is literatuur een vorm van kunst. Echter staat deze niet los van de ontvanger, degene die de tekst interpreteert. Interpretatie is de *bemiddeling* tussen de tekst en degene die het ontvangt en brengt, zoals Gadamer het aangeeft, 'in elk heden haar verborgen geschiedenis'.[16]

Zoals literatuur een vorm van kunst is, is wetenschap op haar beurt weer een vorm van literatuur:

> Elke talige overlevering – niet alleen religieuze, juridische, economische en allerlei soorten publieke en persoonlijke teksten, maar ook de geschriften waarin zulke overgeleverde teksten wetenschappelijk worden geïnterpreteerd, dus het geheel van geesteswetenschappen – deelt in de zijnswijze van de literatuur. Sterker nog, elk wetenschappelijk onderzoek neemt, voor zo ver het in essentie met taligheid is verbonden, de vorm aan van literatuur.[17]

Dit betekent vanzelfsprekend niet dat er geen verschil is tussen de verschillende teksten. Wat betreft wetenschappelijke teksten is een onderscheidend kenmerk dat er een waarheids*claim* in gelegen is: de schrijver van de tekst heeft tot doel de waarheid aan te tonen en over te brengen (te onderscheiden van de *waarheid* zelf die in elke tekst is gelegen). Hoewel de teksten verschillend zijn, is de vorm van interpretatie dit volgens Gadamer niet; in literatuur gaan kunst en wetenschap in elkaar over. De interpretatie is erop gericht iets 'vreemds en doods' om te zetten iets van de 'gelijktijdigheid en vertrouwdheid'.[18] Met andere woorden, de interpretatie is erop gericht om iets uit het verleden in de tegenwoordigheid tot ons te laten spreken en om ruimte en tijd op te heffen.[19] De ontcijfering en interpretatie van literatuur maakt van iets vreemds en doods een volstrekte gelijktijdigheid en vertrouwdheid.[20] Dit leidt ertoe dat schriftelijke overlevering, na interpretatie, als tegenwoordigheid

[14] Gadamer 2014, p. 9.
[15] Gadamer 2014, p. 159.
[16] Gadamer 2014, p. 160.
[17] Gadamer 2014, p. 161.
[18] Gadamer 2014, p. 162.
[19] Gadamer 2014, p. 163.
[20] Gadamer 2014, p. 162.

tot ons spreekt. Gadamer spreekt in dit verband van de 'bemiddelende geest' ofwel 'het ontstaan van het *historisch bewustzijn*'.[21]

Wat betreft dit voor het begrijpen van de tekst essentiële historische bewustzijn, zijn verschillende visies mogelijk. Een belangrijke stroming binnen de hermeneutiek, waartoe bijvoorbeeld de Duitse theoloog en filosoof Friedrich Schleichermacher (1768-1874) kan worden gerekend, gaat ervan uit dat dit historisch bewustzijn erop gericht is om kunst en literatuur te begrijpen vanuit hun oorspronkelijke wereld. Om de betekenis te achterhalen, dient er een volledige reconstructie gemaakt te worden van deze oorspronkelijke wereld.[22] Gadamer ontkent niet dat het herstel van de oorspronkelijke wereld een belangrijk hulpmiddel is om tot 'verstaan' te komen.[23] Alleen werpt hij de vraag op of dit genoeg is om tot de *werkelijke* betekenis te komen. Volledige reconstructie is immers nooit mogelijk en tevens nooit volledig gelijk aan het oorspronkelijke. De opvatting van Schleichermacher komt feitelijk neer op 'het doorgeven van een afgestorven betekenis'.[24] Toch is een bepaalde mate van begrip van de periode waarin de tekst werd geschreven – van de *historische horizon*, zoals Gadamer dit noemt – wel belangrijk om tot een uiteindelijke interpretatie van de tekst te komen.

Mijns inziens heeft Gadamer gelijk, het volledig 'reconstrueren' van de periode van de Weimarrepubliek zou onmogelijk zijn. Een reconstructie vereist een vergaand begrip van die periode die gezien onze eigen historische vergankelijkheid lastig tot stand te brengen is. Hoewel Schleichermacher dus van mening is dat deze historische vergankelijkheid een belemmering vormt voor het interpreteren van de tekst, is Gadamer van mening dat deze juist een inherent onderdeel vormt van de interpretatie van de tekst: het zorgt dat we de tekst altijd lezen met een bepaalde vooropgezette mening. Dergelijke 'vooroordelen' worden vaak geproblematiseerd – en in het verlengde daarvan gesteld wordt dat teksten zo 'neutraal' mogelijk geïnterpreteerd dienen te komen – maar Gadamer is van mening dat deze juist waardevol zijn voor de uiteindelijke interpretatie van de tekst. De vooroordelen vormen ons zogenaamde 'voorverstaan' [*Vorverständnis*]. De vraag die rijst is hoe deze vooroordelen gebruikt kunnen worden zonder een hindernis te vormen voor het begrip van de tekst.[25]

Gadamer stelt dat de eigen mening niet hoeft te worden losgelaten. Volgens hem leidt een dergelijke voorstelling er juist toe dat er onvoldoende rekening gehouden wordt met dergelijke vooroordelen. In plaats van te pretenderen dat zij geen rol spelen of dat de eigen mening kan worden losgelaten, is 'er niet meer vereist dan openheid voor de mening van de ander of van de tekst'.[26] Dit

[21] Gadamer 2014, p. 164-165.
[22] Gadamer 2014, p. 164-165.
[23] Gadamer 2014, p. 289.
[24] Gadamer 2014, p. 166. Gadamer gaat terloops ook in op het werk van Hegel, dat volgens hem meer in staat is om recht te doen aan het idee van de 'bemiddeling' (p. 166-167).
[25] Gadamer 2014, p. 257.
[26] Gadamer 2014, p. 258.

impliceert dat 'men zich afvraagt hoe andermans mening zich verdraagt met de totaliteit van zijn eigen meningen of, omgekeerd, hoe onze eigen mening zich verdraagt met die van hen'.[27] Met andere woorden, wie de tekst wil begrijpen, is bereid om de tekst werkelijk iets te laten zeggen; is ontvankelijk voor het 'anders-zijn' van de tekst. Hierbij is het essentieel dat de vraag wordt gesteld welke vooropgezette meningen en vooroordelen een rol kunnen spelen bij het interpreteren van de tekst. Het gaat aldus om bewustwording van deze vooropgezette meningen en vooroordelen.[28] Het geheel van deze vooropgezette meningen en vooroordelen vormt de eigen horizon – de *horizon van het heden*.[29]

Wanneer het gaat om een onderwerp als de Weimarrepubliek en de machtsovername van Hitler, die leidde tot de verschrikkingen van het Derde Rijk, is de bewustwording van eigen vooroordelen uiteraard belangrijk. Natuurlijk is het zo, dat kan niet ontkend worden, dat dit proefschrift is geschreven vanuit het uitgangspunt dat het verval van de democratie richting een totalitair systeem moet worden voorkomen. Het is onmogelijk, zoals Gadamer ook stelt, om een dergelijke vooronderstelling geheel te laten varen. Gedurende de Weimarrepubliek waren er echter verscheidende denkers die een dergelijke vooronderstelling niet met mij delen. Vanuit die wetenschap en vanuit de wetenschap dat we hier te maken hebben met een andere historische situatie en context, heb ik getracht de teksten in openheid tegemoet te treden – zonder hier de illusie te willen wekken dat het loslaten van mijn voorkeur voor de democratische staatsvorm mogelijk is.[30]

De bewustwording van vooroordelen en de eigen horizon leidt volgens Gadamer tot een bepaalde mate van *historisch bewustzijn*. Dit historisch bewustzijn leidt ertoe dat wij onszelf tevens in de tijd plaatsen. Het maakt ons bewust dat ons vooroordeel ook een oordeel is;[31] een oordeel dat we niet kunnen loslaten – juist het idee dat dat wel kan, het idee van volledige objectiviteit en neutraliteit, maakt de interpretatie van de tekst onmogelijk.[32] Historisch bewustzijn zorgt ervoor dat we ons bewust zijn van het feit dat de ander 'anders' is. Gadamer bedoelt hier dat ik mij, bij de interpretatie van de teksten in dit proefschrift, bewust moet zijn dat Carl Schmitt of Hans Kelsen, anders zijn dan ik. Dat de tijd waarin zij leefden, het verleden, anders is dan het nu. Deze tijd is volgens Gadamer de historische horizon die dus niet gereconstrueerd, maar wel in openheid tegemoet moet worden getreden – zo kom je los van je eigen 'geconditioneerdheid' en probeer je het verleden de baas te worden.[33]

---

[27] Gadamer 2014, p. 258.
[28] Gadamer 2014, p. 258. Zie ook p. 264.
[29] Gadamer 2014, p. 292.
[30] Gadamer stelt expliciet dat het onderwerp van onderzoek binnen de geesteswetenschappen, in tegenstelling tot de natuurwetenschappen, nooit volledig kan los worden gekoppeld van het heden: de interesse in het onderzoek is vaak gemotiveerd door iets dat nu in de belangstelling is – zoals ook in het geval van onderliggend proefschrift. Zie verder Gadamer 2014, p. 272.
[31] Gadamer 2014, p. 285-286.
[32] Gadamer 2014, p. 344.
[33] Gadamer 2014, p. 343-344.

Hermeneutische interpretatie wordt door Gadamer vergeleken met intermenselijke relaties en een intermenselijk gesprek.[34] De tekst stelt ons vragen en stelt onze meningen ter discussie. We dienen de historische horizon waarbinnen de tekst werd geschreven te overkomen door vragen te stellen vanuit een daadwerkelijke openheid voor de tekst. Een dergelijke vraag, die Gadamer een gereconstrueerde vraag noemt, kan niet binnen de oorspronkelijke historische horizon (waarbinnen de tekst geschreven) bestaan.[35] Hier wordt de analogie met het gesprek interessant: als je alleen iemands standpunt achterhaalt, is dit nog geen gesprek – het is niet gericht op het bereiken van overeenstemming. Hiervoor is meer nodig dan afstand tot de tekst.[36] Hier volgt een belangrijke conclusie uit het werk van Gadamer: de afstand in de tijd tussen de voorliggende tekst en onszelf is *productief* en dus niet, zoals bijvoorbeeld Schleichermacher stelt, een belemmering. Juist door de horizon waarbinnen de tekst werd geschreven te ontstijgen, ontstaat een werkelijk begrip van de tekst.[37] Dit proces van begrijpen (ofwel 'verstaan') vanuit openheid noemt Gadamer 'horizonversmelting'.[38]

In dit proefschrift is gebruik gemaakt van deze horizonversmelting. Bij de interpretatie van de teksten heb ik ten eerste getracht de belangrijkste historische gebeurtenissen in kaart te brengen en daarnaast om mijn eigen vooroordelen te achterhalen. Zoals gezegd, is het belangrijkste vooroordeel dat een rol speelde het idee dat het verval van een democratie richting een totalitaire staat moet worden voorkomen. Deze opvatting was mijn eigen horizon – de horizon van het heden. De horizon van het verleden heb ik geprobeerd in kaart te brengen door een beschrijving van de historische gebeurtenissen in hoofdstuk 2. Dit is geen reconstructie, omdat dit nooit volledig mogelijk is, maar wel een weergave van de historische horizon van waaruit de teksten die ik analyseer tot stand kwamen. Vervolgens heb ik deze teksten getracht in *openheid* tegemoet te treden: mij bewust van mijn vooroordelen, maar vanuit het stellen van vragen, geprobeerd mijn eigen horizon te overkomen en te komen tot horizonversmelting met de teksten en zodoende de waarheid, die in de teksten is gelegen, te duiden in het licht van de gestelde hoofdvraag. Dit proefschrift is daar het resultaat van.

§ 1.5. Afbakening: verhouding tot weerbare democratie

Nu duidelijk is wat in dit proefschrift aan de orde komt en op basis van welke methode tot een beantwoording van de hoofdvraag wordt gekomen, rest mij tot slot een afbakening van het onderwerp uiteen te zetten. Met andere woorden, wat wordt er in dit proefschrift *niet* besproken?

Ten eerste dient opgemerkt te worden, dat wie een proefschrift schrijft over de Weimarrepubliek, niet ontkomt aan de bekendheid die deze Republiek verwierf als 'mislukte

[34] Gadamer 2014, p. 344; 366-367.
[35] Gadamer 2014, p. 290, 356.
[36] Gadamer 2014, p. 290.
[37] Gadamer 2014, p. 366-367.
[38] Gadamer 2014, p. 293.

democratie' of als *locus classicus* van een democratie die zich met eigen middelen, namelijk door middel van een stemming in de *Reichstag*, afschafte.[39] De vraag rijst hoe dit in de toekomst voorkomen diende te worden. Dit vormde een van de hoofdthema's in West-Duitsland na de Tweede Wereldoorlog, toen hier een nieuwe grondwet moest worden opgesteld.[40] Dit resulteerde in de *Grundgesetz*, die in 1949 in werking trad voor de West-Duitse *Bundesrepubliek Deutschland* (BRD) en sinds 1990 eveneens geldt voor het verenigde Duitsland.[41]

Bij het opstellen van deze Grondwet overheerste de gedachte dat democratische zelfdestructie, zoals in de Weimarrepubliek had plaatsgevonden, voortaan niet alleen voorkomen moest worden, maar ook onmogelijk moest worden gemaakt.[42] Vanuit deze gedachte kwam dan ook de 'eeuwigheidsclausule' [*Ewigkeitsklausel*] in de Grondwet [*Grundgesetz*] tot stand.[43] Deze eeuwigheidsclausule is neergelegd in artikel 79 lid 3 van de *Grundgesetz* en bepaalt het volgende: "[e]en verandering van deze Grondwet, waardoor de federale structuur, de grondwettelijke verankering van de medewerking van de deelstaten aan wetgeving of de in artikel 1 en artikel 20 neergelegde principes wordt aangedaan, is ontoelaatbaar". [44] In artikel 20 van de Duitse Grondwet is het zogenaamde democratieprincipe [*Demokratieprinzip*] neergelegd.[45] Zo stelt artikel 20 lid 1 van de Grondwet dat Duitsland een democratische staat is: "[d]e Duitse Bondsrepubliek is een democratische en sociale bondsstaat".[46] Lid 2 van hetzelfde artikel bevestigt dit: "[a]lle macht van de Staat gaat van

---

[39] Zo spreekt de Nederlandse historicus en publicist Patrick van Schie over Weimar als 'de klassieke casus van een democratie die zichzelf om zeep heeft geholpen'. Zie hiervoor Patrick van Schie, 'Democratie moet leven', in: Afshin Ellian, Gelijn Molier & Bastiaan Rijpkema (red.), *De strijd om de democratie. Essays over democratische zelfverdediging,* Amsterdam: Boom 2018, p. 117.

[40] Zie hiervoor András Sajó, 'Militant Democracy and Transition towards Democracy', András Sajó (red.), *Militant Democracy,* Utrecht: Eleven International Publishing 2004, p. 210. Zie ook Günter Frankenberg, 'The learning sovereign', András Sajó (red.), *Militant Democracy,* Utrecht: Eleven International Publishing 2004, p. 118. Hij noemt de machtsovername van Adolf Hitler en de ondergang van de Weimarrepubliek 'the gloomiest learning process for the German people'. Zie tot slot Kershaw 2016a, p. 2. Hij beschrijft de huidige Duitse Staat als 'a product of catastrophe erected to overcome the catastrophe'.

[41] Zie hiervoor Otto Pfersmann, 'Shaping Militant Democracy: Legal Limits to Democratic Stability', András Sajó (red.), *Militant Democracy,* Utrecht: Eleven International Publishing 2004, p. 49.

[42] Zie hierover Ernst Becker & Jutta Limbach, *Theodor Heuss. Vater der Verfassung: Zwei Reden im Parlamentarischen Rat über das Grundgesetz 1948/49. Mit einem Essay von Jutta Limbach,* Berlijn: De Gruyter, 2009, p. 9-10. Zie verder Johannes Lameyer, *Streitbare Demokratie. Eine verfassungshermeneutische Untersuchung,* Berlijn: Duncker & Humblot 1978, p. 176-177.

[43] Fox & Nolte 1995, p. 10; Jan-Werner Müller, 'Militant democracy', Michel Rosenfeld & András Sajó (red.), *The Oxford Handboek of Comparative Constitutional Law,* New York: Oxford University Press 2012, p. 1259; José-Antonio Santos, 'Constitutionalism, Resistence and Militant Democracy', *Ratio Juris*, vol. 28, no. 3, september 2005, p. 398.

[44] "Eine Änderung dieses Grundgesetzes, durch welche die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden, ist unzulässig." (mijn vertaling)

[45] Zie hiervoor bijvoorbeeld Müller-Franken, 'Eurobonds und Grundgesetz', *JuristenZeitung,* maart 2012, vol. 67, no. 5, p. 219-225.

[46] "Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat" (mijn vertaling).

het volk uit [..]".[47] Voorts wordt artikel 1 van de Grondwet, waarin de menselijke waardigheid is neergelegd, eveneens onwijzigbaar. In de specifieke keuze voor deze artikelen door de Duitse wetgever zijn de traumatische herinneringen aan Hitlers machtsovername ten tijde van de Weimarrepubliek en de Tweede Wereldoorlog direct terug te zien. De onaantastbaarheid van het in artikel 20 neerlegde democratieprincipe refereert direct aan de (democratische) afschaffing van de democratie op 23 maart 1933. Het aanwijzen van artikel 1 als onveranderlijk moet worden gezien in het licht van de verschrikkingen die plaatsvonden tijdens de Tweede Wereldoorlog in het algemeen en de Holocaust[48] in het bijzonder. Ten slotte werd de federale structuur afgeschaft in het Derde Rijk: Hitler deelde het Duitse grondgebied in verschillende *gauen* in, die werden geleid door *Gauleiter* maar onder zijn directe zeggenschap vielen.

Daarnaast zijn enkele andere artikelen in de *Grundgesetz* ook te lezen in 'de geest van Weimar'. Dit geldt bijvoorbeeld voor de artikelen 9 (lid 2), 18 en 21 (lid 2) van de Duitse Grondwet.[49] Artikel 9 lid 2 bepaalt dat de vrijheid van vereniging wordt ontzegd aan verenigingen die zich richten tegen de 'grondwettelijke orde' [*verfassungsmäßige Ordnung*]. In artikel 18 is neergelegd dat de vrijheid van meningsuiting beperkt kan worden wanneer deze leidt tot een bedreiging van de 'liberaal democratische grondwettelijke orde' [*freiheitliche demokratische Grundordnung*]. Artikel 21 lid 2 bepaalt voorts dat partijen die pogen de vrije, democratische staat te ondermijnen of die het voortbestaan van de Federale Republiek Duitsland bedreigen onconstitutioneel zijn.[50] Daarnaast kan in dit verband nog gewezen worden op artikel 20 lid 4 van de Duitse Grondwet (dat via het reeds genoemde artikel 79 lid 3 onaantastbaar is verklaard). Dit artikel bepaalt dat iedere Duitser afzonderlijk het recht heeft om in opstand te komen tegen eenieder die de Duitse constitutionele orde omver probeert te werpen, wanneer andere mogelijkheden hiertoe zijn uitgesloten.[51]

Wetten als deze worden vaak aangeduid als kenmerkend voor de 'weerbare democratie', een term die in Nederland bekendheid verwierf naar aanleiding van het gelijknamige proefschrift van rechtsfilosoof Bastiaan Rijpkema (geb. 1987) uit 2015.[52] In Duitsland wordt gesproken over 'strijdbare

[47] "Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus [..]" (mijn vertaling).
[48] Zie Kershaw 2016a, p. 109 voor de term 'Holocaust'. Over het beschreven verband tussen de Holocaust en het Derde Rijk – en de latere reactie hierop in de huidige Duitse Grondwet, zie Kershaw 2016a, p. 120: "[..] without Hitler as head of the German State between 1933 and 1945, and without his fascination on the 'Jewish Question' as impulse and sanction, touchstone and legitimation, of escalating discrimination and prosecution, it seems hardly conceivable that the 'Final Solution' would have occured".
[49] Lameyer 1978, p. 21.
[50] "Parteien, die nach ihren Zielen oder nach dem Verhalten ihrer Anhänger darauf ausgehen, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen oder den Bestand der Bundesrepublik Deutschland zu gefährden, sind verfassungswidrig."
[51] "Gegen jeden, der es unternimmt, diese Ordnung zu beseitigen, haben alle Deutschen das Recht zum Widerstand, wenn andere Abhilfe nicht möglich ist."
[52] Zie voor de introductie van dit begrip Rijpkema 2015, p. 21.

democratie' [*streitbare Demokratie*].[53] Zowel de Duitse als Nederlandse benaming is echter afgeleid van de Engelse term *militant democracy* [militante democratie] die in 1937 werd geïntroduceerd door de uit Duitsland gevluchte filosoof en politicoloog Karl Loewenstein (1891-1973).[54] Loewenstein waarschuwde in het uit twee delen bestaande artikel 'Militant Democracy and Fundamental Rights' (1937) voor de gevaren van fascistische partijen voor de democratie.[55] Volgens hem bestaat de inherente zwakte van het democratische systeem er uit dat het niet in staat is zich te verdedigen tegen antidemocratische (fascistische) partijen. Democratie moest volgens hem dan ook 'militant' worden; het moest mogelijk worden dat de democratie zich kan verdedigen tegen dergelijke partijen.[56] De Duitse politicoloog Jan-Werner Müller (geb. 1970) vat dit idee van Loewenstein bondig samen: "'[m]ilitant democracy' [..] refers to the idea of a democratic regime which is willing to adopt pre-emptive, prima facie illiberal measures to prevent those aiming at subverting democracy with democratic means from destroying the democratic regime".[57]

In Nederland werd een vergelijkbare opvatting al eerder voorgestaan door de Amsterdamse hoogleraar George van den Bergh (1890-1966).[58] Hij sprak bij de aanvaarding van zijn ambt 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.[59] Dit sluit aan bij de opvatting van zijn collega Willem Adriaan Bonger (1876-1940) die erop wijst dat van een democratie niet kan worden verlangd dat zij zelfmoord pleegt.[60]

---

[53] Müller wijst onder andere op deze Duitse term als vertaling van het Engelse 'militant democracy'. Zie hiervoor Müller 2012, p. 1260

[54] Müller 2012, p. 1254; Shlomo Avineri, 'Introduction', András Sajó, 'Militant Democracy and Transition towards Democracy', András Sajó (red.), *Militant Democracy,* Utrecht: Eleven International Publishing 2004, p. 2; David Dyzenhaus, 'Constituting the enemy – a response to Carl Schmitt', András Sajó, 'Militant Democracy and Transition towards Democracy', András Sajó (red.), *Militant Democracy,* Utrecht: Eleven International Publishing 2004, p. 48; Sajó 2004, p. 210; Bastiaan Rijpkema, 'Inleiding', Bastiaan Rijpkema & Paul Cliteur, *Wat te doen met antidemocratische partijen? De oratie van George van den Bergh uit 1936,* Amsterdam: Elsevier Boeken 2014, p. 23.

[55] Karl Loewenstein, 'Militant Democracy and Fundamental Rights, I', *The American Political Science Review,* vol. 13, no. 3, juni 1937, p. 423. Volgens hem bedienen fascistische partijen zich van 'emotional politics' (Loewenstein 1937a, p. 423). András Sajó betoogt dan ook in navolging van Loewenstein dat weerbare democratie "[..] can be perceived as a set of measures against radical emotionalism [..]". Zie hiervoor András Sajó, 'Militant Democracy and Emotional Politics', *Constellations,* vol. 4, 2012, p. 562.

[56] Loewenstein 1937a, 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".

[57] Müller 2012, p. 1254.

[58] George van den Berghs oratie vormt de basis voor het weerbare democratiebegrip van Bastiaan Rijpkema. Het zogenaamde 'democratie als zelfcorrectie'. Zie hiervoor bijvoorbeeld Rijpkema 2015, p. 147-152.

[59] 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.

[60] Zoals aangehaald in Rijpkema 2014, p. 41.

Weerbare democratie betekent kort gezegd dat de democratie maatregelen neemt om zich te verdedigen tegen haar antidemocratische vijanden.[61] Echter, zoals de invulling van de democratie verschilt naar tijd en plaats, geldt dit ook voor de weerbare democratie – zowel op theoretisch als praktisch niveau. Duitsland heeft na de Tweede Wereldoorlog gekozen voor een eeuwige verankering van het democratieprincipe in de vorm van de symbolische eeuwigheidsclausule.[62] De Duitse Grondwet maakt het besluit tot de afschaffing van de democratie hiermee onmogelijk[63] – en niet alleen *nu*, in de huidige tijd, maar *tot in de eeuwigheid*. Met andere woorden: democratische soevereiniteit wordt blijvend (eeuwig) vastgelegd. Om deze bepaling in de praktijk handen en voeten te geven, wordt de eeuwigheidsclausule aangevuld met enkele artikelen die het verbod op antidemocratische partijen mogelijk maken. De Duitse democratie is hiermee (formeel en institutioneel) zeer weerbaar.[64]

De casus-Weimar is bij uitstek interessant voor het denken over weerbare democratie. Vandaar dat ik daar in deze inleidende beschouwing ook (weliswaar kort) bij stil wil staan. Dit proefschrift verschilt echter ten opzichte van de uiteenzettingen over de weerbare democratie: het gaat niet in op de vraag *of* en *hoe* een democratie mag optreden tegen haar vijanden of op de vraag *wie* nu precies de vijanden van de democratie zijn. Dit onderzoek richt zich op de vraag op de opvattingen omtrent democratie die in de Weimarrepubliek werden geponeerd. Het gaat om de vraag naar het democratisch bestel en inherente zwakten die ten tijde van de Weimarrepubliek hebben bijgedragen aan de ondergang van het democratisch systeem en om de vraag welke elementen daarentegen juist hebben bijdragen aan haar behoud. In die zin raakt de thematiek van dit proefschrift aan de opvattingen omtrent weerbare democratie, maar neemt zij hierin een eigen plaats in.

Dit proefschrift is een gecontextualiseerd rechtstheoretische onderzoek: het analyseert teksten in het kader van de historische context van de Weimarrepubliek. Dat betekent concreet dat de beantwoording van de hoofdvraag niet geschiedt aan de hand van een vooraf geformuleerd kader van verschillende criteria waaraan de rechtstheoretische opvattingen van de hoofdrolspelers van dit proefschrift worden getoetst. Indien dit wel het geval zou zijn, zou er een behandeling van de theorieën los van de context van de Weimarrepubliek tot stand komen. Er zou dan een toetsingskader tot stand komen dat zou beoordelen hoe bepaalde theorieën of denkers kunnen bijdragen aan de weerbaarheid van de democratie – hetgeen de opvatting zou reflecteren dat de weerbaarheid van een democratisch systeem onafhankelijk van haar specifieke context kan worden beoordeeld.

---

[61] 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.

[62] De ideeën van Loewenstein schemeren rechtstreeks door in de huidige Duitse constitutie. Zie hiervoor Müller 2012, p. 1259 en Sajó 2004, p. 210.

[63] Althans, niet door het wijzigen van de Grondwet op de democratisch voorgeschreven wijze.

[64] Zie hiervoor Müller 2012, p. 1264. De Duitse weerbare democratie neemt een unieke positie in.

Met andere woorden, er zou dan een toetsingskader worden geformuleerd dat *alle* theorieën inzake democratie, los van tijd en plaats, zou kunnen beoordelen. Hier is uitdrukkelijk niet voor gekozen. Dit onderzoek maakt gebruik van de historische context waarbinnen rechtstheoretische opvattingen worden geformuleerd en vertrekt vanuit de veronderstelling dat die theorieën en de historische context waarin deze tot stand zijn gekomen in nauw verband met elkaar staan. De opbouw van het onderzoek onderstreept dit: er is gekozen om eerst een historische analyse van het tijdvak dat de Weimarrepubliek beslaat te bieden om vervolgens in te gaan op de verschillende rechtstheoretische perspectieven.

Dit betekent bijvoorbeeld dat dit proefschrift *in abstracto* wel zal raken aan de vraag naar de vijanden van de democratie (zoals het nazisme), maar niet in gaan op de vraag wie en onder welke algemene omstandigheden iemand of een politieke partij in het algemeen als vijand van de democratie kan worden bestempeld en onder welke algemeen omstandigheden een bepaalde theorie in het algemeen soelaas biedt. Er wordt daarentegen gekeken naar de *specifieke* omstandigheden ten tijde van de Weimarrepubliek.

Het gebruik van de frase 'reële mogelijkheden' in de hoofdvraag moet tevens tegen deze achtergrond worden begrepen. Dit onderzoek richt zich op toepasbare mogelijkheden in de specifieke context van de Weimarrepubliek. Indien het woord 'reëel' zou ontbreken in de hoofdvraag, zou meer in het algemeen worden gezocht naar aanknopingspunten ter verdediging van de democratie – hetgeen dit proefschrift juist niet beoogt. Het verschil kan als volgt worden verduidelijkt: stel dat er onderzoek wordt gedaan naar *de* mogelijkheden (dus zonder reëel ervoor) die een theorie biedt ter verdediging van de democratie wordt er geen rekening gehouden met de specifieke context waarbinnen deze theorie gebruikt wordt. Hieruit zou dan een beoordeling van de theorie, onafhankelijk van tijd en plaats, volgen. Dit onderzoek doet echter iets anders: het onderzoekt de *reële* mogelijkheden ter verdediging van de democratie ten tijde van de Weimarrepubliek en betrekt dus specifiek de historische context en grondwettelijke uitgangspunten bij de beantwoording van de hoofdvraag.

Het is belangrijk op te merken met het woord 'reële' een empirische connotatie heeft. Van juridische en rechtsfilosofische concepten kan op zichzelf nooit gezegd worden of ze reële mogelijkheden kunnen bieden om de democratische staatsvorm te verdedigen – juist *omdat* het concepten zijn. Het woord reële verwijst hier dus naar de toen heersende positiefrechtelijke en rechtsfilosofische concepten als belangrijke ankerpunten om de Weimardemocratie (de Weimarstaat) te kunnen verdedigen.

Dit rechtvaardigt tevens de opbouw van het proefschrift dat ten eerste de historische achtergrond en rechtstheoretische uitgangspunten van de Weimardemocratie schetst om vervolgens opvattingen te onderzoeken van tegenstanders van de dominante school binnen de Duitse rechtstheorie. Het proefschrift heeft aldus een descriptieve en een normatieve component, waarbij opgemerkt moet worden dat beide in grote mate samenhangen – en met elkaar in samenhang moeten worden gezien.

§ 1.6. Afbakening: verhouding ten opzichte van andere thema's

Dit proefschrift zich ook niet specifiek op de vraag hoe een totalitaire staat in het algemeen tot stand komt en hoe het Derde Rijk in het bijzonder tot stand kwam. Hoewel de Weimarrepubliek – zeker haar nadagen – vanzelfsprekend nauw verbonden is met het ontstaan van het totalitaire regime van het Derde Rijk, vertrekt dit proefschrift vanuit tegengestelde richting: in plaats van de vraag naar het *ontstaan* van een totalitaire staatsvorm, richt dit onderzoek zich op het *verval* van de democratische staatsvorm ten tijde van de Weimarrepubliek. Dit betekent concreet dat bepaalde kenmerkende misdaden van het Derde Rijk, zoals het antisemitisme dat uitmondde in de Holocaust, weliswaar zijdelings aan de orde komen, maar niet het hoofdonderwerp van dit onderzoek vormen.

Wat betreft de vraag naar de ondergang van de democratische Weimarstaat, waar dit onderzoek zich zoals gezegd wel op richt, is dit proefschrift niet primair gericht op de economische of psychologische aspecten die hierbij een rol speelden (hoewel deze wel terloops aan de orde komen). Het gaat primair om de juridische aspecten van de ondergang van de Weimarrepubliek: welke juridische concepten en opvattingen hebben een rol gespeeld bij de ondergang van de Weimarrepubliek? Was de democratie binnen de toen gestelde grondwettelijke kaders in staat zichzelf te verdedigen? Met andere woorden: konden de toen geldige juridische kaders afdoende beschermingen bieden?

Hoewel de juridische werkelijkheid van de Weimarrepubliek in relatie tot haar latere verval aldus het hoofdthema van dit onderzoek vormt, ontkomt degene die een proefschrift schrijft over de Weimarrepubliek uiteraard niet aan de historische achtergrond waartegen de Republiek zich ontwikkelde – dit construeert juist het tweeledige karakter van dit proefschrift en de situationele benadering. De Weimarrepubliek is in twee opzichten interessant als thema voor een historisch proefschrift: ten eerste is het de eerste waarlijk Duitse democratie en ten tweede leent het zich als vertrekpunt voor het verklaren van de vestiging van het Derde Rijk. Beide thema's komen ook in dit proefschrift aan de orde, maar spelen een ondergeschikt belang en worden vanuit een andere visie belicht. Het is niet het doel de juistheid van de historische gebeurtenissen vast te stellen door middel van primair bronnenonderzoek. Aangezien ik wel in ga op de historische gebeurtenissen, ga ik daarbij uit van enkele gezaghebbende teksten.

Wel wil ik hier kort in gaan op de beide vertrekpunten van het historisch onderzoek. Ten eerste de vestiging van de Weimarrepubliek als eerste werkelijk democratische staat in Duitsland. In dit verband wil ik wijzen op een interessante tendens binnen de geschiedwetenschap, waar de laatste jaren de nadruk is komen te liggen op de positieve kanten van de Weimarrepubliek: waar eerder enkel werd gefocust op de Weimarrepubliek als voorafschaduwing van het Derde Rijk, worden nu steeds meer onderzoeken gepresenteerd die de nadruk leggen op het (democratisch) potentieel van de Republiek.[65] Hoewel dergelijke onderzoeken vanuit een andere invalshoek tot stand komen, past mijn

[65] Zie bijvoorbeeld Collin Storer, *A short history of the Weimar Republic,* Londen/New York: I.B. Tauris 2013.

proefschrift in deze lijn omdat het zich ook bezighoudt met het democratisch potentieel. Echter, dit onderzoek houdt zich zoals gezegd in dit verband niet bezig met het vaststellen van de historische waarheid op basis van primair bronnenonderzoek, maar biedt een analyse van enkele gezaghebbende teksten van auteurs uit de Weimarrepubliek. Het onderzoek is daarmee niet historisch of louter beschrijvend, maar rechtsfilosofisch en normatief.

Dan wat betreft de Weimarrepubliek als voorafschaduwing van de machtsovername van Adolf Hitler. Hier is veelvuldig aandacht aan besteed in de historische wetenschap. Tevens past dit in de trend van de rechtsfilosofische onderzoeken naar weerbare democratie: de Weimarrepubliek mondde uit in de machtsovername van de nazi's, dus is tevens een belangrijk vertrekpunt voor dergelijk onderzoek. Natuurlijk is de machtsovername door de nazi's – en de vele crises die de Weimarrepubliek te verduren kreeg en die hieraan voorafgingen – een inherent onderdeel van ieder onderzoek dat zich richt op de Weimarrepubliek. In mijn proefschrift zal deze thematiek eveneens aan de orde komen. Echter, niet met het doel om de vraag te beantwoorden of de democratie zich mag verdedigen of met het doel te beschrijven hoe de Weimarrepubliek ten onder ging. Dit proefschrift richt zich het grotere geheel van Weimars democratische theorie. Het poogt hiertoe een rechtsfilosofische analyse te bieden van het democratisch systeem en de vraag naar de inherente zwakten van dat systeem zelf. Hierbij staan theorieën wat betreft het democratisch systeem ten tijde van de Weimarrepubliek centraal.

Tot slot is het belangrijk om op te merken dat dit proefschrift geen intellectuele biografieën presenteert van de opgevoerde filosofen, te weten Hans Kelsen, Carl Schmitt Hermann Heller en Rudolf Smend (waarom specifiek is gekozen voor hun denkbeelden, zie paragraaf 1.2). Hun theorieën en opvattingen worden besproken in het licht van de specifieke situatie van de Weimarrepubliek: de tijd waarin hun theorieën en opvattingen tot ontwikkeling kwamen en waarop zij ook zelf reflecteren. Er is dus ten eerste niet gekozen voor een bespreking van hun gehele levensloop, het afzetten van de verschillende werken tegenover elkaar en het afzetten van verschillende interpretaties uit de secundaire literatuur. Er is tevens niet gekozen voor de bespreking van hun denkbeelden na afloop van de Weimarrepubliek. Wel heb ik gepoogd hun denkbeelden ten tijde van de Weimarrepubliek zo compleet mogelijk te beschrijven en te analyseren.

Samengevat poogt dit proefschrift dus geen nieuwe theorie van weerbare democratie te funderen of bestaande theorieën te onderschrijven of te weerleggen. Voorts is het geen toetsing van de in dit onderzoek opgevoerde theorieën op basis van een vooraf geformuleerd kader of vooraf geformuleerde criteria. Ook is het geen historisch-empirisch proefschrift dat op basis van een beschrijving aan de hand van primaire bronnen tot een nieuw inzicht over de gebeurtenissen te komen of een intellectuele biografie van de opgevoerde schrijvers. Dit onderzoek is voornamelijk een theoretische reflectie op de Weimarrepubliek en het verval van democratie en is daarom ook een

rechtsfilosofische, constitutionele en rechtstheoretische analyse van belangrijke rechtstheoretici ten tijde van de Weimarrepubliek.

Hoofdstuk 2

De Weimarrepubliek: geteisterd door een noodlottige erfenis?

Het mag daarentegen paradoxaal klinken, maar het is desalniettemin eenvoudigweg een feit dat de historische gebeurtenissen en beslissingen die er werkelijk toe doen zich afspelen onder ons, naamlozen, in het hart van toevallige individuen, en dat tegenover deze gelijktijdige massale beslissingen, waarvan de mensen zelf dikwijls onkundig zijn, de machtigste dictators, ministers en generaals weerloos zijn.[66]

Sebastian Haffner (1907-1999)

§ 2.1. Inleiding

In de inleidende beschouwing heb ik kort enkele belangrijke gebeurtenissen uit de bestaansgeschiedenis van de Weimarrepubliek geschetst. In dit hoofdstuk bouw ik hierop verder en staat deze bestaansgeschiedenis uitgebreider centraal. De centrale vraag die in dit hoofdstuk aan de orde komt, is tegen welke historische achtergrond de Weimardemocratie tot stand kwam en welke vijandige tendensen zich gedurende haar bestaansgeschiedenis manifesteerden. In het verlengde daarvan wordt de vraag beantwoord in hoeverre de feitelijke en juridische werkelijkheid met elkaar in overeenstemming waren.

Hiertoe focust het voorliggende hoofdstuk voornamelijk op de stichting van de Weimarrepubliek en op de belangrijkste crises waar de Weimarrepubliek mee te maken kreeg. Hierbij is het doel de belangrijkste krachten die actief waren om de Weimarconstitutie te ondermijnen in kaart te brengen. Aangezien deze antidemocratische krachten zich gedurende de Weimarrepubliek onder invloed van verschillende crises hebben ontwikkeld, volgt in dit hoofdstuk een chronologische bespreking van deze crises verdeeld in verschillende tijdvakken: de beginperiode (1918-1923), de middenperiode van zogenaamde 'gouden jaren' (1923-1929) en de eindperiode (1929-1933).[67] Ik sta tevens stil bij belangrijke gebeurtenissen ten tijde van het einde van de Eerste Wereldoorlog, die direct verband houden met de vestiging van de Weimarrepubliek. Het doel van dit hoofdstuk is een zo volledig mogelijk beeld te schetsen van de realiteit van de Weimarrepubliek, waarbinnen de antidemocratische tendensen steeds meer de overhand begonnen te krijgen.

Natuurlijk is het onmogelijk om in het beperkte bestek van dit hoofdstuk (uitgebreid) in te gaan op alle gebeurtenissen die zich in deze roerige periode in Duitsland hebben afgespeeld. Daarom heb ik telkens gekozen voor de (in mijn ogen) belangrijkste gebeurtenissen en mede op basis van deze gebeurtenissen is de selectie van (primaire) bronnen tot stand gekomen. Ik poog hierbij niet om een

---

[66] Sebastian Haffner, *Het verhaal van een Duitser. 1914-1933* (Jacqueline Godfried vert.), Amsterdam: Rainbow 2018, p. 177.

[67] Over de precieze afbakening van de periode van de Weimarrepubliek bestaat discussie. Zie hiervoor Detlev Peukert, *The Weimar Republic* (Richard Deveson vert.), New York: Hill and Wang 1993, p. 3-4.

definitieve of finale lezing van de historische gebeurtenissen te bieden – dit zou immers onmogelijk zijn aangezien de lezing en interpretatie van deze gebeurtenissen altijd samenvalt met de subjectiviteit van de schrijver-interpretator.

§ 2.2. In aanloop naar de Weimarrepubliek: het Tweede Keizerrijk en de Eerste Wereldoorlog

De wortels van de Weimarrepubliek liggen in het verloop – of beter gezegd de afloop en het verlies – van de Eerste Wereldoorlog. Daarom ga ik in paragraaf 2 en 3 van dit hoofdstuk in op deze catastrofe en zet ik uiteen hoe het naderende verlies van Duitsland leidde tot de vestiging van de Weimarrepubliek.

Het uitbreken van de Eerste Wereldoorlog was het gevolg van een complexe samenloop van omstandigheden. Voordat de oorlog uitbrak, was het al enige tijd onrustig op de Balkan. Aangezien het Ottomaanse Rijk aanzienlijk verzwakt was en zich in toenemende mate terugtrok uit dit gebied, poogden zowel het multinationale Oostenrijk-Hongaarse Rijk[68] als Rusland hun invloed in het gebied te vergroten. Daarnaast waren de nationalistische gevoelens onder verschillende volkeren in de Balkan steeds sterker geworden. Dit was vooral het geval in Servië, een zelfstandige monarchie, waar nationalistische groepen streefden naar de vereniging van alle Serven in 'Groot Servië'. De band tussen Oostenrijk en Servië – die van oudsher vriendschappelijk was – was flink bekoeld sinds juli 1903, nadat de Oostenrijkgezinde koning Alexandar Obrenovic (1876-1903) en diens vrouw Draga Masin (1864-1903) op bloedige wijze in hun paleis in Belgrado werden vermoord.[69] De nieuwe Servische dynastie, onder leiding van Petar Karadordevic (1844-1921), haalde de banden met Frankrijk en Rusland aan en zette hiermee de verhoudingen tussen Oostenrijk-Hongarije en Servië op scherp.

Na de Oostenrijkse annexatie van de twee Ottomaanse provincies Bosnië en Herzegovina (waar een grote minderheid van ruim 40% Serviërs woonde) op 5 oktober 1908, was de antipathie van de Serven jegens de Habsburgers toegenomen. Bosnië en Herzegovina (toen nog onderdelen van het Ottomaanse Rijk) waren al in 1878 door Oostenrijk bezet, waardoor de stap naar annexatie in principe klein had geleken.[70] De Servische bevolking keek daar echter anders tegenaan, in het land braken grote demonstraties uit tegen Oostenrijk. Een oorlog tussen beide landen was niet irreëel op dat moment – Servië leek bereid het conflict te laten escaleren in de hoop haar territorium uit te kunnen breiden. De voornaamste reden dat het land toch afzag van de aanval, was dat Rusland terughoudend was in het

[68] In dit Rijk leefden maar liefst elf nationaliteiten naast elkaar. Het was in 1867 tot stand gekomen, na de nederlaag die in 1866 tegen de Pruisen was geleden. Beide delen van deze Habsburgse dubbelmonarchie waren in aanzienlijke mate zelfstandig, maar hadden voor buitenlandse zaken en defensie gemeenschappelijke ministers. Zij stonden onder centraal gezag van keizer Franz Joseph (1830-1916), een gematigde figuur die de eenheid binnen de Staat wist te waarborgen. Zie hiervoor Christopher Clark, *Slaapwandelaars. Hoe Europa in 1914 ten oorlog trok* (Willy Wielk-Berg vert.), Amsterdam: De Bezige Bij 2017, p. 99-104.

[69] Zie over deze moord Clark 2017, p. 29-31.

[70] Clark 2017, p. 64.

verlenen van steun. Het was hierdoor vrijwel zeker dat Servië de oorlog niet zou kunnen winnen en een aanval op Oostenrijk meer weg zou hebben van een, zoals de Australische historicus Christopher Clark het in zijn studie *Slaapwandelaars. Hoe Europa in 1914 ten oorlog trok* (2012) betitelt, 'zelfmoordaanval'.[71]

De annexatie van Bosnië en Herzegovina had in Servië tevens de basis gelegd voor een steeds verder groeiende kloof tussen de regering en de nationalisten. In de navolgende jaren radicaliseerden de nationalisten steeds verder. Op 3 maart 1911 werd de organisatie 'Eenheid of de dood!' [*Ujedinjenje ili smrt!*], die in de volksmond bekend kwam te staan als de 'Zwarte Hand', opgericht. Deze terroristische organisatie had tot doel alle Serviërs te verenigen in 'Groot Servië'.[72] Aan het einde van 1911 had het aantal leden zich in rap tempo uitgebreid en tijdens de Balkanoorlogen (waarover ik later kom te spreken) liep het aantal leden op tot tussen de 100.000 en 150.000.[73] De organisatie schuwde geen geweld en hield er geheime trainingskampen op na die toekomstige terroristen, die bereid waren als martelaar sterven voor de 'goede zaak', opleidde. De eerste aanslag afkomstig van deze terreurgroep werd gepleegd op 3 juni 1910, tijdens de opening van het Bosnische parlement. Deze (mislukte) aanslag op de Bosnische gouverneur markeerde het begin van tientallen aanslagen gericht tegen de Habsburgse monarchie.[74] Binnen de Zwarte Hand speelde de officier Dragutin Dimitrijevic (1876-1917), die als bijnaam 'Apis' (stier) had, een belangrijke rol. Sinds de moordaanslag op de Servische koning en koningin van 1903 speelde hij tevens een belangrijke rol in de Servische civiele politiek.

De onrust op de Balkan culmineerde enige jaren later in de Eerste (oktober 1912-mei 1913) en Tweede Balkanoorlog (juni-juli 1913). Deze oorlogen waren het resultaat van de aanval van Italië op Libië, dat deel uitmaakte van het Ottomaanse Rijk, op 3 oktober 1911. De Italiaans-Turkse oorlog, zoals de strijd om Libië en aangrenzende gebieden bekend kwam te staan, bracht een ernstige verstoring van de internationale verhoudingen met zich mee. Servië, Montenegro, Griekenland en Bulgarije verenigden zich in reactie op de aanval van Italië in de Eerste Balkanoorlog in de strijd tegen het Ottomaanse Rijk,[75] dat sterk verzwakt uit de strijd kwam. In de Tweede Balkanoorlog vochten de Balkanlanden om de te verdelen buit uit de Eerste Balkanoorlog. Het was vooral Servië dat van de oorlogen wist te profiteren – het grondgebied van het koninkrijk nam met ruim 80 procent toe en de bevolking werd uitgebreid met ongeveer 1,6 miljoen mensen.[76]

Na afloop van de Balkanoorlogen nam de vijandigheid van de Habsburgers jegens Servië verder toe: het land werd in Oostenrijk in toenemende mate beschouwd als een expansionistische

[71] Clark 2017, p. 66.
[72] Zie hiervoor Patrick Dassen, *Sprong in het duister. Duitsland en de Eerste Wereldoorlog,* Amsterdam: Uitgeverij Van Oorschot 2014, p. 68, 69.
[73] Clark 2017, p. 69-70.
[74] Clark 2017, p. 72-73.
[75] Clark 2017, p. 293, 295.
[76] Clark 2017, p. 74, 136-137.

vijand waar rekening mee gehouden moest worden. Het was dan ook niet verwonderlijk dat de moord op de Oostenrijkse aartshertog Franz Ferdinand van Oostenrijk-Este (1863-1914), de troonopvolger van het Habsburgse Rijk, en diens vrouw Sophie Chotek (1868-1914) tijdens hun bezoek aan het Bosnische Sarajevo op 28 juni 1914 direct in verband werd gebracht met de Servische autoriteiten – hetgeen later ook juist bleek te zijn (via de betrokkenheid van onder anderen Apis). De moorden waren gepleegd door Servische nationalist Gavrilo Princip (1894-1918), die onderdeel uitmaakte van twee terroristische cellen die zich op dat moment in Sarajevo bevonden en waren getraind door de Zwarte Hand. Deze moorden kunnen worden beschouwd als de directe aanleiding voor het uitbreken van de Eerste Wereldoorlog.[77]

Na de moorden volgde de Julicrisis (28 juni-4 augustus 1914). De vraag die Europa wekenlang bezighield was hoe de verschillende landen zouden reageren op de moord: zou er oorlog uitbreken? De Habsburgers bleken bereid om actie te ondernemen tegen Servië. Zij gingen er vrijwel direct van uit dat de moordaanslag in Sarajevo gesteund was door de Servische overheid (op dat moment nog zonder dat daar bewijzen voor waren). Echter, aangezien het Oostenrijks-Hongaarse Rijk ernstig verzwakt was, werd met een definitieve reactie gewacht tot het land zich verzekerd had van de steun van Duitsland. Deze steun werd door Duitsland verleend op 6 juli in de vorm van een 'blanco cheque': Duitsland zou Oostenrijk-Hongarije onvoorwaardelijk steunen wanneer het tot een oorlog zou komen met een van zijn vijanden.[78] De basis van deze steun was de overtuiging van de Duitse regering dat Rusland niet zou optreden tegen een Oostenrijkse interventie in Servië en dat het conflict dus beperkt zou blijven tot de Balkan.

Dit bleek een miscalculatie. Van 20 tot en met 23 juli vond een staatsbezoek plaats van Frankrijk aan Rusland. Beide landen waren bondgenoten, die eveneens vriendschappelijke banden onderhielden met Servië. De Russische tsaar Nicolaas II (1868-1918) en de Franse president Raymond Poincaré (1860-1934) kwamen overeen onverzoenlijk te reageren op een eventuele Oostenrijkse interventie in Servië.[79] Feitelijk maakte deze afspraak het vrijwel onvermijdelijk dat de naderende oorlog op de Balkan beperkt zou blijven tot een lokaal conflict; de naderende strijd had nu de potentie om uit te groeien tot een catastrofale oorlog waarbij vier grootmachten betrokken zouden zijn.

De Duitse steunbetuiging van 6 juli was ondertussen in Oostenrijk de aanleiding voor het tot stand brengen van een ultimatum dat op 23 juli om 18.00 uur aan Servië werd uitgevaardigd. Dit ultimatum werd zo opgesteld dat de eisen die erin waren opgenomen vrijwel zeker onaanvaardbaar waren voor Servië.[80] Het land kreeg 48 uur om te reageren. Servië overwoog aanvankelijk om de gestelde eisen te accepteren. Het Servische standpunt veranderde echter toen Rusland aangaf het land te steunen in de ophanden zijnde oorlog. In een Russische vergadering van 24 op 25 juli werd besloten

[77] Storer 2013, p. 17.
[78] Clark 2017, p. 485.
[79] Clark 2017, p. 521-523.
[80] Kershaw 2016, p. 45. Zie voor de inhoud van dit ultimatum eveneens Clark 2017, p. 529-530.

over te gaan tot gedeeltelijke mobilisatie en steun aan Servië, waarschijnlijk eveneens om de eigen belangen in de Bosporus veilig te stellen.

Servië reageerde op 25 juli om 17:55 – vijf minuten voor het verstrijken van het ultimatum – met een handgeschreven antwoord dat 'een subtiele cocktail van aanvaardingen, voorwaardelijke aanvaardgingen, ontwijkingen en afwijzingen' inhield,[81] maar feitelijk 'een zwaar geparfumeerde afwijzing op de meeste punten [van het ultimatum]' betekende.[82] Het land was al eerder die dag overgegaan tot mobilisering. Op 28 juli verklaarde Oostenrijk Servië de oorlog, maar het uiteindelijke bevel tot mobilisatie werd pas gegeven op 31 juli (waarschijnlijk in de hoop een conflict alsnog te vermijden). Het was oorlog op de Balkan maar deze oorlog zou, zoals ik al aangaf, waarschijnlijk niet beperkt blijven tot de Balkan alleen.

Rusland was op 29 juli overgegaan tot de aangekondigde gedeeltelijke mobilisatie en op 30 juli zelfs tot algehele mobilisatie. Op 31 juli stelde Duitsland, dat tot dan toe had afgezien van militaire actie, Rusland een ultimatum: het land zou de mobilisatie onmiddellijk moeten stoppen, anders zou Duitsland het land de oorlog verklaren. Rusland liet het ultimatum verstrijken en op 1 augustus verklaarde Duitsland Rusland daarop de oorlog.[83] Frankrijk, als bondgenoot van Rusland, verklaarde Duitsland op 3 augustus de oorlog. Duitsland was inmiddels overgegaan tot een invasie van België en Luxemburg, waarop ook Groot-Brittannië – dat zich sinds begin augustus achter het Frans-Russische standpunt had geschaard – Duitsland op 4 augustus de oorlog verklaarde. De Eerste Wereldoorlog was hiermee een feit.[84]

Wat was begonnen als een regionaal conflict zou uitgroeien tot de meest catastrofale oorlog die Europa tot dan toe had gekend. Het werd een oorlog waarin zowel de gebruikte middelen (zoals chemische wapens – voornamelijk gifgas, dat tijdens deze oorlog voor het eerst werd gebruikt door de Duitsers op 27 oktober 1914 bij het Franse Neuve-Chapelle en later op 22 april 1915 bij het Belgische Ieper) als de nagestreefde doelen (totale vernietiging van de vijand) steeds verder radicaliseerden. De oorlog was, zoals de Nederlandse historicus Patrick Dassen treffend beschrijft: "[..] de eerste industriële oorlog met onbegrensde doelen en middelen, tot dan toe ongekend veel slachtoffers en meedogenloze strijdmethoden".[85] Het industriële karakter van de oorlog had twee belangrijke gevolgen. Ten eerste bracht het 'ontmenselijking' met zich mee. Zo werden de soldaten beschouwd als een (menselijk) wapen of ingezet als 'menselijk schild', dat net zo gemakkelijk weer kon worden vervangen. Ten tweede raakte de burgerbevolking in toenemende mate betrokken bij de oorlog – de burgers moesten immers werken in de fabrieken die het leger van wapens dienden te voorzien. Aangezien deze fabrieken zo belangrijk waren, werden deze – en de burgerbevolking – ook in

[81] Clark 2017, p. 540. Zie voor meer details wat betreft het Servische antwoord Clark 2017, p. 540-541.
[82] Clark 2017, p. 542.
[83] Clark 2017, p. 609.
[84] Dassen 2014, p. 89-91.
[85] Dassen 2014, p. 235.

toenemende mate doelwit en slachtoffer van vijandelijke aanvallen. Vanwege de toegenomen betekenis van het thuisfront – naast die van de van oudsher belangrijke betekenis van het oorlogsfront – kan worden gesproken van een 'totale oorlog': een oorlog waarbij ook de burgerbevolking is betrokken en die ook het gewone leven domineert.[86]

§ 2.2.1. Duitsland en de Eerste Wereldoorlog

In Duitsland had in de aanloop naar de oorlog onder een aanzienlijk deel van de bevolking een extatisch gevoel van vreugde geheerst: de oorlogsdreiging tijdens de Julicrisis werkte als een drug op de door nationalisme gedreven bevolking.[87] Zo verzamelde zich op 31 juli, toen duidelijk werd dat Duitsland een ultimatum had gesteld aan Rusland, een uitgelaten mensenmenigte (tussen de 10.000 en 40.000 mensen) voor het paleis van de keizer in Berlijn. Een dag later, op 1 augustus – toen de oorlog onvermijdelijk was geworden – kwamen er wederom grote groepen enthousiaste mensen op de been in verschillende Duitse steden. Dassen beschrijft dat de oorlog voor veel mensen 'tegemoet kwam aan een verlangen aan avontuur, dat een einde zou maken aan de onvrede over een als banaal ervaren vredige wereld'[88] en dat velen over de begindagen van augustus spraken als 'een "roes" en het opgaan in een groter geheel'.[89] Aan het enthousiasme van deze zomer werd later gerefereerd als de 'geest van augustus 1914' [*Augusterlebnis*], een gevoel dat tijdens (en na) de Eerste Wereldoorlog vaak werd gebruikt om de nationale eenheid te benadrukken. De Duitse publicist en jurist Sebastian Haffner (1907-1999) herinnert zich hoe hij, als zevenjarig jongetje, werd aangestoken door het oorlogsenthousiasme en binnen korte tijd veranderde in een 'thuisfrontsoldaat':

> [..] de lucht; de anonieme, onophoudelijk tastbare stemming om ons heen; de aantrekkings- en zuigkracht van de massale eendracht, die degene die zich daaraan overgaf (ook al was dat een jongetje van zeven jaar), bedacht met ongekende emoties, en degene die daarbuiten bleef, bijna deed stikken in een vacuüm van verlatenheid en eenzaamheid.[90]

Veel mannen meldden zich in deze 'geest' vrijwillig aan om te dienen in het leger.[91] Treinen vol enthousiastelingen – die in de veronderstelling verkeerden dat Duitsland een snelle overwinning zou boeken[92] – vertrokken naar het front. Later groeide de 'geest van augustus 1914' uit tot een mythe, die veelal werd overdreven voor propagandistische doeleinden. Het enthousiasme gold namelijk zeker niet

[86] Het begrip verkreeg pas later grote bekendheid in Duitsland toen Erich Ludendorff in 1935 *Der totale Krieg* publiceerde. Later zou er gedurende de Tweede Wereldoorlog vaak naar worden verwezen, vooral door Joseph Goebbels.
[87] Kershaw 2016, p. 61-62. Zie voor een nuancering van dit standpunt Dassen 2014, p. 110-116.
[88] Dassen 2014, p. 110.
[89] Dassen 2014, p. 115.
[90] Haffner 2002, p. 21.
[91] Onder hen was ook een rekruut die in Weimars latere jaren een belangrijke rol zou gaan spelen: Adolf Hilter. Zie hiervoor bijvoorbeeld Ewoud Kieft*, Het verboden boek. Mein Kampf en de aantrekkingskracht van het nazisme*, Amsterdam: Atlas Contact 2017, p. 47-48. Zie eveneens Bendersky 2014, p. 24.
[92] Evans 2004, p. 51.

voor de gehele bevolking, zo werden er op 28 juli grote anti-oorlogsdemonstraties gehouden, waar over heel Duitsland meer dan 750.000 mensen aan deelnamen (vooral arbeiders).[93]

De Duitse militaire leiding had al in 1905 het 'Schlieffenplan'[94] gelanceerd: indien het tot oorlog zou komen, zou Frankrijk overrompeld moeten worden door de Duitse invasie via België en Luxemburg en hierdoor snel op de knieën gedwongen moeten worden, terwijl in het oosten moest worden gestreefd naar consolidatie.[95] Als het plan succesvol zou worden uitgevoerd, zou Frankrijk binnen 6 weken verslagen moeten zijn. Hiermee zou een gevreesde 'tweefrontenoorlog' kunnen worden voorkomen.[96] Nu, met de uitbraak van de Eerste Wereldoorlog, was de tijd aangebroken om de strategie in de praktijk te brengen. Het plan liep echter op niets uit, de verwachte snelle overwinning aan het westfront werd geen werkelijkheid. Sterker nog, aan deze kant van het front mondde de oorlog uit in een volledige impasse: vanuit loopgraven werd een regelrechte uitputtingsslag uitgevochten, waarbij aan beide kanten slechts zeer kleine terreinwinsten werden geboekt.[97]

Aan het oostfront had het Duitse leger meer succes.[98] Dankzij de communistische revolutie (de 'Oktoberrevolutie' van 1917 die een reeks revoluties omvatte tussen 8 maart en 7 november 1917) en de chaos die hierop in Rusland was ontstaan,[99] bestond er bij de leider van het nieuwe regime, Vladimir Lenin (1870-1924), behoefte aan een vredesakkoord. Op 3 maart 1918 werd dan ook de vrede van Brest-Litovsk getekend, waardoor Duitsland grote delen van Rusland in handen kreeg.[100] Terwijl de oorlog aan het westfront onverminderd voortduurde, was die aan het oostfront hiermee ten einde.

In het Verdrag van Brest-Litvosk werden stringente vredesvoorwaarden opgelegd aan Rusland, die een direct uitvloeisel waren van de nationalistische expansiedrang van de Duitse legerleiding van dat moment. Na het sluiten van dit Verdrag kwam er geen einde aan die drang: de veroveringstocht van een *Ostimperium* ging gewoon verder. Een deel van de Duitse bevolking was het niet eens met de eisen die werden gesteld in het Verdrag, omdat deze de angst in de hand werkten dat het fundament werd geschapen voor een nieuw conflict. Tussen 28 januari en 2 februari 1918 braken

[93] Dassen 2014, p. 113.
[94] Naar de naam van de bedenker van het plan, Alfred von Schlieffen (1833-1913). Zie hiervoor bijvoorbeeld Storer 2013, p. 18; Kershaw 2016, p. 51.
[95] Clark 2017, p. 631.
[96] Kershaw 2016, p. 59; Storer 2013, p. 18; Dassen 2014, p. 76.
[97] Kieft 2017, p. 25. Zie voor de situatie aan het westfront de roman *Am Westen nichts neues* (1929) van de Duitse oorlogsveteraan uit de Eerste Wereldoorlog Erich Maria Remarque. Het boek was op 10 mei 1933 onderdeel van een grootschalige boekverbranding, georganiseerd door nazi-studenten, vanwege de kritische toon die wordt aangeslagen over de door de nazi's verheerlijkte Eerste Wereldoorlog. Zie hiervoor Evans 2004, p. 427, 429.
[98] Evans 2004, p. 54.
[99] Zie hiervoor Evans 2004, p. 54-58.
[100] Evans 2004, p. 58.

er in Duitsland massastakingen uit, waaraan ongeveer één miljoen arbeiders deelnamen. Zij staakten onder andere voor een vrede zonder annexaties.[101]

Deze stakingen werden gesteund door de *Unabhängige Sozialdemokratische Partei Deutschlands* (USPD).[102] De *Mehrheitssozialistische Partei Deutschlands* (MSPD) steunde de staking niet, maar besloot een drietal leden af te vaardigen naar het stakingscomité met het doel de staking zo snel mogelijk te beëindigen.[103] De MSPD en USPD waren ontstaan uit de eerdere *Sozialistische Partei Deutschlands* (SPD), de naam die de MSPD vanaf 1922 weer aannam. Aan de basis van de onenigheid tussen beide groepen sociaaldemocraten ligt een beslissing van 4 augustus 1914, waarbij de (toen nog verenigde) SPD de oorlogskredieten voor de Eerste Wereldoorlog goedkeurde.[104] Het aantal SPD'ers dat zich tegen de kredieten keerde, nam steeds verder toe naarmate de oorlog langer voortduurde. Uiteindelijk leidde de onenigheid in april 1917 tot een fatale breuk.[105] De USPD eiste vanaf 1917 een onmiddellijk staakt-het-vuren, terwijl de MSPD een voorstander was van het sluiten van een wapenstilstand – ook als dit zou betekenen dat de oorlog voorlopig zou voortduren.[106] Dit droeg later bij aan het geloof in een radicale versie van de dolkstootlegende (waarover ik in paragraaf 2.3.1 kom te spreken).

Het afvaardigen van MSPD-leden naar het stakingscomité werd door haar politieke tegenstanders opgevat als een teken van verraad: de MSPD werd in toenemende mate beschouwd als een tegenstander van de oorlog en hiermee als vijand van de natie.[107] Dit was al eerder in de hand gewerkt, aangezien de socialisten en links-liberalen bij de aanname van de vredesresolutie van 19 juli 1917, waarbij parlementaire hervormingen werden doorgevoerd, hadden gedreigd met intrekking van het oorlogskrediet. De beschuldigingen werkten door tot in de jaren 1922-1924, toen ingezonden brieven van Emil Gansser (1874-1941) leidden tot smaadprocedures tegen kranten die deze brieven hadden gepubliceerd. In de brieven werd Friedrich Ebert (1871-1925) – de latere Rijkspresident van

---

[101] Dit blijkt onder andere uit een regeringsverklaring wat betreft de stakingen in de avondeditie van 29 januari 1918 van de *Norddeutsche Allgemeine Zeitung* en een bericht in de sociaaldemocratische krant *Vorwärts* van dezelfde dag waarin de doelen van de staking uiteen worden gezet. Het eerste en voornaamste doel van de stakingen is volgens dit bericht een vrede zonder annexaties. Zie Vascik & Sadler 2016, p. 52-53 voor de Engelse vertaling van deze krantenartikelen.

[102] De gepensioneerde generaal Hermann von Kuhl verklaarde later dat de acties van de USPD bijdroegen aan de ondermijning van de discipline van het leger: "It has also been shown that the Independent Social Democrats had been carrying on political agitation in the Army that endangered the discipline". Zie 'Could we have kept on fighting in the autumn?' in Vascik & Sadler 2016, p. 71-72.

[103] 'Ebert's testimony', in Vascik & Sadler 2016, p. 137-138. Friedrich Ebert beschrijft: "[t]he delegates then asked if we would send a delegation if the workers requested it. After a long debate, we agreed to that we would. The deciding factor was the interests of the nation would be harmed if the strike continued".

[104] Dassen 2014, p. 196.

[105] Dassen 1014, p. 198.

[106] Zie bijvoorbeeld Schumann 2012, p. xxxii.

[107] Zie bijvoorbeeld de verklaring van de Minister van binnenlandse zaken, Max Wallraf (1859-1841) (*Verhandlungen des Deutschen Reichtstags,* 134, 26 februari 1918). Zie Vascik & Sadler 2016, p. 60-61 voor de Engelse vertaling van deze verklaring.

de Weimarrepubliek die tot de MSPD behoorde – beschuldigd van deelname aan de stakingen van januari 1918 en betiteld als verrader van het vaderland. De Engelse krant *The Times* publiceerde naar aanleiding van de smaadprocedure tegen Erwin Rothardt,[108] een redacteur van een kleine antisemitische krant die in de omgeving van Magdeburg verscheen, op 11 december 1924 een artikel waarin de oorzaken van de smaadprocedure uiteen werden gezet:

> He [Erwin Rothardt, RB] had published in his newsletter an open letter from a Bavarian fascist named Emil Gansser in which President Ebert was accused of treason in that he had taken part in the conduct of the great German munitions workers' strike at the end of January, 1919.[109]

Rothardt werd veroordeeld tot twee maanden gevangenisstraf en moest een schadevergoeding betalen aan Ebert. Dit was echter geenszins een overwinning voor Ebert, aangezien de rechter oordeelde dat hij wel degelijk schuldig was aan deelname aan de stakingen – wat zijn intenties destijds ook waren geweest. Met andere woorden, de uitlatingen waren smadelijk, maar niet *onwaar*, zo oordeelde de rechter.

§ 2.3. Het Tweede Keizerrijk komt ten val: de Duitse revolutie van 1918/1919

Het Tweede Keizerrijk was op 18 januari 1871 uitgeroepen in de Spiegelzaal van Versailles.[110] Bijzonder aan deze datum was dat Frederik I (1657-1713) zich precies 170 jaar eerder – op 18 januari 1701 – had uitgeroepen tot de eerste koning van Pruisen. Nu, bij de vestiging van het Tweede Keizerrijk, werden de verschillende Duitse vorstendommen verenigd onder een gemeenschappelijke vlag. Otto von Bismarck (1815-1898) was belangrijk geweest bij deze vereniging en las de vestigingsrede van het *Reich* voor. Hij werd de eerste kanselier. Wilhelm I (1797-1888) van het vorstengeslacht Hohenzollern werd uitgeroepen tot keizer. De grootste van de 27 deelstaten, Pruisen, bezat in de praktijk de meeste macht en domineerde de binnenlandse en buitenlandse politiek van het Keizerrijk.

Na het overlijden van keizer Wilhelm I op 9 maart 1888, volgde zijn zoon Fredrik III hem op. Echter, hij leed ten tijde van zijn benoeming al aan keelkanker en overleed op 15 juni 1888 – na slechts 99 dagen op de troon te hebben gezeten. Zijn zoon, keizer Wilhelm II, was zijn opvolger. Wilhelm II was een monarchist *pur sang* en wenste de macht van de monarchie te herstellen. Waar onder zijn grootvader Bismarck alle politieke beslissingen had kunnen nemen, wilde zijn kleinzoon zelf betrokken zijn bij de politiek – hetgeen in 1890 leidde tot het ontslag van Bismarck.

---

[108] Zie over deze procedure eveneens Anthony McElligott, *Rethinking the Weimar Republic: Authority and Authoritarianism, 1916-1936,* Londen/New York: Bloomsburry Academic 2014, p. 115-117.

[109] *The Times,* 11 december 1924. Gedeeltes met dezelfde strekking van hetgeen vanaf paragraaf 2.3 wordt betoogd zijn eerder verschenen in Afshin Ellian & Raisa Blommestijn, '100 jaar Weimar. Reflectie op democratie', *NJB* afl. 40, 2019, p. 3018-3024.

[110] Zie Storer 2013, p. 9-16 over de totstandkomingsgeschiedenis van het Duitse Keizerrijk. Zie eveneens Evans 2004, p. 22-60 en Hett 2018, p. 50-51.

Hoewel Keizer Wilhelm II (1854-1941) en George von Hertling (1843-1919) – die op dat moment Rijkskanselier was – op papier de macht in Duitsland bezaten,[111] was Duitsland tegen het einde van de Eerste Wereldoorlog steeds meer gaan lijken op een militaire dictatuur.[112] Dit was gedeeltelijk het gevolg van de Oorlog-machtigingswet van 1914. Deze wet was aangenomen na het uitbreken van de Eerste Wereldoorlog en bepaalde dat de uitvoerende macht voortaan bevoegd was om zonder toestemming van de Rijksdag wetten uit te vaardigen. Tevens was sinds 31 juli 1914 de staat van beleg afgekondigd, waardoor de macht in aanzienlijke mate verschoof van de burgerregering naar de legerleiding.[113] Het zwakke karakter van Keizer Wilhelm II droeg eveneens bij aan de verschuiving van de macht. In artikel 63 van de Grondwet van 1871 was de volgende bepaling neergelegd: "[d]ie gesammte Landmacht des Reichs wird ein einheitliches Heer bilden, welches in Krieg und Frieden unter dem Befehle des Kaisers steht". Hiermee was keizer Wilhelm II op papier de *Oberster Kriegsherr*: de opperbevelhebber van het leger. Echter, in de praktijk functioneerde hij meer als 'schaduwkeizer' en 'schaduwbevelhebber'. Dit was voornamelijk te wijten aan een interview van hem dat werd afgedrukt in de Engelse krant *Daily Telegraph* op 28 oktober 1908. Dit interview gaf blijk van zijn emotionele uitspattingen en werd hem door het Duitse volk niet in dank afgenomen. In de periode die volgde, werd hij steeds minder bij belangrijke besluiten betrokken – hem bij deze besluiten betrekken werd zelfs in toenemende mate onmogelijk vanwege zijn voortdurende depressies en angsten.[114]

Ook rijkskanselier Theobald von Bethmann Hollweg (kanselier ten tijde van het uitbreken van de Eerste Wereldoorlog, die deze functie tot 1917 vervulde) kon steeds minder macht uitoefenen. Dit was een gevolg van de *Burgfrieden* van 1914. De *Burgfrieden* betekende dat de binnenlandse politieke partijen hun onenigheden zouden opschorten tot na afloop van de oorlog en voortaan één verenigd front achter de regering zouden vormen. De speelruimte voor Bethmann Hollweg en zijn regering werd hierdoor zeer klein.[115] Hij werd gewantrouwd door partijen aan de linker- en rechterkant van het spectrum. Terwijl links vond dat hij te toegeeflijk was aan de steeds verder toenemende oorlogseisen van rechts, vond rechts dat hij te weinig geld uittrok en hiermee te weinig deed voor de winst van de oorlog. Deze spagaat zou hem eind 1917 zijn positie kosten.

Op 29 augustus 1916 hadden veldmaarschalken Hindenburg[116] en Erich Ludendorff (1846-1937)[117] de macht in het leger overgenomen van Erich von Falkenhayn (1861-1922) en sindsdien vormden zij de derde *Oberste Heeresleitung* (OHL). Hindenburg genoot sinds zijn overwinning op de Russen eind augustus 1914 in het Oost-Pruisische Tannenberg veel aanzien. Zijn aanzien was nog

[111] Stephen Lee, *The Weimar Republic. Questions and analysis in history,* Routledge: Oxon 2010, p. 1.
[112] Kershaw 2016, p. 77.
[113] Dassen 2014, p. 120.
[114] Dassen 2014, p. 140, 141. Zie eveneens Clark 2014, p. 244.
[115] Dassen 2014, p. 125, 144.
[116] Zie over Paul von Hindenburg bijvoorbeeld Hett 2018, p. 113-118 en Dassen 2014, p. 153-154.
[117] Zie over Erich Ludendorff bijvoorbeeld Dassen 2014, p. 154-156.

verder toegenomen na de bevrijding van Oost-Pruisen bij de Masurische Meren.[118] Hij werd door veel Duitsers gezien als een symbool van nationale eenheid. Ludendorffs aanzien was ontstaan na de beslissende rol die hij speelde in een slag bij Luik, als essentieel onderdeel van de uitvoering van het Schlieffenplan begin augustus 1914.[119] Hindenburg en Ludendorff wisten handig gebruik te maken van de zwaktes van de burgerregering onder Bethmann Hollweg enerzijds en die van Keizer Wilhelm II anderzijds. Na de benoeming tot derde OHL trokken zij steeds meer macht naar zich toe. Duitsland begon steeds meer te lijken op een militaire dictatuur.[120] Echter, 'dictatuur' moet hier niet letterlijk worden opgevat. De militaire 'dictatuur' van Hindenburg en Ludendorff was in de praktijk nog steeds (ten dele) afhankelijk van andere personen en instellingen, zoals de Rijksdag en de Rijkskanselier. Hierdoor kan niet worden gesproken van een dictatuur in strikte zin van het woord – en kan al zeker geen vergelijking worden gemaakt met het totalitaire karakter van het Derde Rijk – maar was er wel degelijk sprake van een uitholling van de keizerlijke en parlementaire macht.

Hindenburg en Ludendorff hadden sinds hun benoeming tot derde OHL in toenemende mate aangestuurd op een totale oorlog, waarop een totale overwinning en inname van buitenlandse gebieden [*Siegfrieden*] moest volgen – zij waren daarom niet bereid tot onderhandelingen met de vijand of een voortijdige wapenstilstand. Tegen het najaar van 1918 werd duidelijk dat het gestarte voorjaarsoffensief in Frankrijk (onder andere bestaande uit 'operatie Michael') jammerlijk was mislukt. De gehoopte doorbraak in het Westen werd gestuit door een geallieerde overmacht: het werd langzaam – ook voor de OHL – duidelijk dat de oorlog aan het westfront niet langer gewonnen kon worden.[121] Feitelijk waren de kansen al eerder, na het besluit tot de 'onbeperkte duikbotenoorlog' van 9 januari 1917, gekeerd. Ten gevolge van deze strategie waren ook Amerikaanse schepen getorpedeerd door Duitse onderzeeërs en waren de Verenigde Staten bij de oorlog betrokken geraakt: zij hadden Duitsland op 6 april 1917 de oorlog verklaard. Door de Amerikaanse deelname werd het geallieerde wapenpotentieel sterk uitgebreid, waardoor een fatale afloop van de oorlog feitelijk toen al niet meer kon worden afgewend door de Duitsers. Zoals de gepensioneerde generaal Hermann von Kuhl (1856-1958) het treffend omschrijft: "The arrival and utilization of the American troops was of the greatest importance for the course of the fighting [..]".[122] Op 8 augustus 1918 viel de definitieve beslissing van de oorlog in het voordeel van de geallieerden toen een tweede Duits tegenoffensief bij Amiens mislukte. Deze dag wordt ook wel de 'zwarte dag' genoemd voor het Duitse leger.[123] Op 26

[118] Dassen 2014, p. 152.
[119] Dassen 2014, p. 156.
[120] Storer 2013, p. 19; Evans 2004, p. 55; Hett 2018, p. 39. Zie ook Dassen 2014, p. 157. Als voorbeeld voor het failliet van de burgerlijke politiek in Duitsland noemt Patrick Dassen het feit dat de opvolgers van Bethmann Hollweg niet meer door de keizer werden benoemd, maar door Ludendorff naar voren werden geschoven.
[121] Storer 2013, p. 31; Evans 2004, p. 58. Zie hiervoor ook Kieft 2017, p. 28-29.
[122] Zie 'Kuhl on the arrival of the Americans', in Vascik & Sadler 2016, p. 68-70.
[123] Dassen 2014, p. 201.

augustus zetten de geallieerden het slotoffensief in: het was een kwestie van tijd totdat de oorlog beëindigd zou zijn.

Hindenburg en Ludendorff wilden kosten wat het kost gezichtsverlies voorkomen en besloten daarom dat er een burgerregering benoemd moest worden. Enerzijds gingen zij ervan uit dat de kans dat er een gunstige vrede met de geallieerden gesloten zou worden groter zou zijn indien een burgerregering zou onderhandelen over de vredesvoorwaarden. Dit inzicht ontleenden zij aan een toespraak van 8 januari 1918 door de Amerikaanse president Thomas Woodrow Wilson (1856-1924) waar onder andere het 'Veertienpuntenplan'[124] deel van uitmaakte.[125] Anderzijds hoopten zij met het benoemen van deze burgerregering hun bijdrage aan het verlies van de oorlog teniet te kunnen doen en de schuld hiervan in de schoenen van de nieuwe regering te kunnen schuiven.[126] Zo gezegd, zo gedaan: op 30 september 1918 trad Hertling af als Rijkskanselier. Hij werd op 3 oktober opgevolgd door prins Max von Baden (1867-1929), die als gematigde monarch aan het hoofd stond van de nieuwe (burger)regering.[127] Baden startte onmiddellijk de vredesonderhandelingen met de Verenigde Staten,[128] die konden rekenen op steeds meer steun onder de door oorlog uitgeputte en vermoeide Duitse bevolking.[129]

In het leger en de marine was de weerstand tegen de oorlog ondertussen toegenomen. Zo weigerden matrozen in Willemshaven op 28 oktober uit te varen op een, zoals zij het zagen, nutteloze 'zelfmoordactie'. Er werd door de legerleiding hard opgetreden tegen deze matrozen, die in groten getale gevangen werden genomen. Op 30 oktober eiste vervolgens in Kiel een tweede groep matrozen de vrijlating van hun collega's, waarbij wederom hard werd opgetreden tegen de protesterende menigte. Een reeks gevechten volgde, waarna de matrozen Kiel op 4 november in handen kregen. Deze muiterijen en opstand van de matrozen vormden het begin van de Duitse revolutie.[130] De opstanden verspreidden zich over de rest van Duitsland: steeds meer soldaten en burgers kwamen in opstand tegen de voorzetting van de oorlog. Zij verenigden zich in 'raden', die de macht over konden nemen zonder op veel weerstand te stuiten. Richard Müller (1880-1943), lid van de USPD, beschrijft het verloop van de gebeurtenissen als volgt:

> The insane plan of those formerly in power who wished to sacrifice the whole of our battle fleet and tens of thousands of our finest fellow citizens in a final desperate struggle with England [..] was

[124] Zie voor het Veertienpuntenplan van Woodrow Wilson Peukert 1993, p. 45; Kershaw 2016, p. 144.
[125] Evans 2004, p. 61; Hett 2018, p. 39; Thomas Balderston, *Economics and Politics in the Weimar Republic,* Cambridge: Cambridge University Press 2002, p. 1-2.
[126] Peukert 1993, p. 26; Lee 2010, p. 1; Kieft 2017, p. 28-29; Dassen 2014, p. 201-202.
[127] Zie hiervoor 'Rad der Volksbeauftragten, Aufruf "An das deutsche Volk"', 12. November 1918'.
[128] Storer 2013, p. 31.
[129] Peukert 1993, p. 27; Kieft 2017, p. 29; Thomas Weber, *Hitlers metamorfose. Hoe een gewone soldaat de architect van nazi-Duitsland werd* (Roelof Posthuma vert.)*,* Amsterdam: Nieuw Amsterdam Uitgevers 2016, p. 45.
[130] Dassen 2014, p. 203-204.

> discovered in time and thwarted. This led to the outbreak of the revolution sooner than we in Berlin expected.[131]

Ondertussen waren de vredesonderhandelingen in volle gang. Op 11 november 1918 werd de wapenstilstand in Compiègne (Frankrijk) ondertekend en trokken de Duitse troepen zich terug.[132] De Eerste Wereldoorlog was ten einde gekomen. Tijdens de vredesonderhandelingen hadden Hindenburg en Ludendorff Wilhelm II geadviseerd om af te treden. Hij weigerde dit, hoewel zijn macht met een Grondwetswijziging van 28 oktober al flink was ingeperkt.[133] Bij deze Grondwetswijziging was ook het Pruisische 'driestandenkiesrecht' [*Drieklassenwahlrecht*] afgeschaft. Dit systeem verschafte iedere man boven de 25 dan wel het kiesrecht, maar kende aan iedere stem een ander gewicht toe. De stem van iemand uit een hogere klasse kon wel tot zestien keer meer waard zijn dan die van iemand uit een lagere klasse.

Baden besloot het aftreden van de Keizer niet langer af te wachten en kondigde zijn aftreden op 9 november 1918 zelf aan. Op dezelfde dag riep Philipp Scheidemann (1865-1939) in Berlijn de *Duitse* Republiek uit.[134] Tegelijkertijd riep iets verderop in de stad Karl Liebknecht (1871-1919) de *socialistische* Republiek uit. Beide waren het gevolg van de revolutionaire stroom (die ik net beschreef) die al eerder was ontketend in Duitsland – zo was op 7 november de Münschense monarchie ingestort en werd op 8 november de 'Vrijstaat Beieren' uitgeroepen – en op 9 november ook Berlijn had bereikt. Baden droeg de macht officieel over aan de sociaaldemocraat Ebert.[135] Wilhelm II besefte eindelijk dat zijn aftreden onvermijdelijk was geworden: "[..] die Sozialdemokraten, auch die sozialdemokratischen Staatssekretäre, verlangte meine Abdankung. Desselben Ansicht seien auch die übrigen Mitgeleider der Regierung geworden, die bisher noch dagegen gewesen seien".[136] Hij vluchtte op 10 november naar Nederland: het Duitse Keizerrijk was ten val gebracht.

Op 10 november werd een Raad van Volkscommissarissen [*Rat der Volksbeauftragten*] gevestigd. In deze Raad zetelden aanvankelijk zowel leden van de MSPD als van de USPD. De Raad van Volkscommissarissen droeg – precies zoals Hindenburg en Ludendorff het gepland hadden – als Rijksregering het mandaat voor het sluiten van de wapenstilstand op 11 november.[137] Op 12 november werd de rede *'An das deutschen Volk'* uitgesproken, de feitelijke vestigingsakte van de nieuwe

---

[131] Tekst afgedrukt in Viscar & Sadler 2016, p. 79.
[132] Storer 2013, p. 20.
[133] Zie hiervoor 'Rad der Volksbeauftragten, Aufruf "An das deutsche Volk", 12. November 1918'. De Rijkskanselier was voortaan geen verantwoording meer schuldig aan de Keizer, maar enkel aan de volksvertegenwoordigers. Hiermee werden verdere stappen naar democratisering gezet.
[134] Kieft 2017, p. 31. Zie hierover verder Greenberg 2014, p. 12.
[135] Storer 1998, p. 34. Zie voor een beschrijving van deze gebeurtenissen eveneens Hett 2018, p. 36-38.
[136] 'Kaiser Wilhelm II über seine Abdankung', terugblik uit 1922.
[137] Dassen 2014, p. 206.

Republiek. In de laatste keizerlijke verordening van 14 november werd de Raad officieel erkend als nieuwe wetgever: Duitsland zou zich kunnen ontwikkelen tot een democratische staatsorde.[138]

Het erkennen van het uitroepen van de Republiek door Scheidemann door Baden was feitelijk een gevolg van de angst dat revolutionair-bolsjewistische groepen – onder andere bestaande uit de 'Spartakisten', een splinterbeweging binnen de USPD – de overhand zouden krijgen.[139] Baden vreesde dat de socialistische revolutie, ingezet door Liebknecht, zich zou uitbreiden naar de rest van Duitsland en dat er een communistisch regime zou worden gevestigd indien niet akkoord zou worden gegaan met de eisen van de gematigdere Scheidemann en Ebert. Ebert zelf wilde eveneens de extreemlinkse koers temperen en sloot op 10 november 1918 een overeenkomst met generaal Wilhelm Groener (1867-1939), die als opvolger van Hindenburg en Ludendorff aan het hoofd stond van de vierde OHL. Groener verleende de onvoorwaardelijke steun van het leger aan de nieuwe Republiek in ruil voor de belofte van Ebert dat hij hard zou optreden tegen een communistische revolutie. Deze belofte en de hieruit voortvloeiende afspraken werden bekend als het 'Groener-Ebert-pact'.[140] Het leger ondersteunde de Republiek in de daaropvolgende maanden op grond van dit pact bij het neerslaan van extreem-linkse opstanden.

De angst voor de aantrekkingskracht van links-revolutionaire groeperingen speelde ook een belangrijke rol bij het sluiten van het 'Stinnes-Legien-pact', dat werd gesloten tussen de vakbondsleider Carl Legien (1861-1920) en een vertegenwoordiger van werkgevers, Hugo Stinnes (1870-1924). De industriëlen die Stinnes vertegenwoordigde waren bang dat het land zou worden overgenomen door het communisme en sloten daarom gehaast een overeenkomst met gematigd-linkse partijen. De onderhandelingen resulteerden in de *Zentral-Arbeits-Gemeinschaft* (ZAG) en veel punten die werden opgenomen in de overeenkomst werden later officieel verdisconteerd in wettelijke bepalingen. Voorbeelden hiervan zijn de achturige werkdag en meer inspraak van werknemers op de werkvloer.[141]

De gebeurtenissen van november 1918 – die leidden tot de vestiging van de democratische Weimarrepubliek – kwamen later bekend te staan als de 'novemberrevolutie'.[142] Deze novemberrevolutie markeert de eerste fase van de Duitse revolutie van 1918/1919, waaronder de volgende gebeurtenissen worden gerekend: de opstand in Kiel van eind oktober 1918 die zich uitbreidde naar de rest van Duitsland en resulteerde in de revolutionaire gebeurtenissen in Berlijn, de

[138] Zie hiervoor 'Rad der Volksbeauftragten, Aufruf "An das deutsche Volk"', 12 november 1918.
[139] Storer 2013, p. 27.
[140] Zie hiervoor bijvoorbeeld Storer 2013, p. 37; Evans 2004, p. 97.
[141] Balderston 2002, p. 5-6.
[142] Peukert 1993, p. xxii. Zie ook Peukert 1993, p. 4 en Evans 2004, p. 75. Zie verder Weber 2016, p. 28: in München waren er al binnen een paar uur na de omverwerping van de oude orde stemmen te horen zijn die het nieuwe regime afwijzen omdat het door Joden zou zijn geleid, een bevestiging van de later (succesvol) door de NSDAP gepropageerde versie van de dolkstootlegende die voorstond dat het revolutie door Joden was geleid.

stichting van de nieuwe Republiek op 9 november 1918 en de hierop volgende democratische hervormingen.

Tot eind december 1918 zette de Raad van Volkscommissarissen het werk voort, totdat de leden van de USPD de Raad verlieten. Zij vonden dat de veranderingen niet vergaand genoeg waren en vonden dat de sociaaldemocraten 'de revolutie hadden verraden'. Deze mening werd – op basis van de verkiezingsresultaten van 1919 – ongeveer door 5 tot 10% van de Duitse bevolking gedeeld en had vooral betrekking op de samenwerking van de leden van de MSPD, Ebert voorop, met 'oude machten' uit het Keizerrijk (het leger, de industriëlen en justitie). Deze opvatting legde de basis voor de communistische versie van de dolkstootlegende.

Na het vertrek van de leden van de USPD uit de Raad begint de tweede fase van de revolutie, waaronder de Spartakus-opstand in januari 1919, de stakingen in Berlijn in maart 1919 en de vestiging van de Radenrepubliek op 7 april 1919 worden gerekend. Waar de revolutie tot dan toe een redelijk geweldloos en gematigd verloop had gekend, begonnen geweld en bloedvergieten vanaf januari 1919 de overhand te krijgen.

§ 2.3.1. Dreiging in de Weimarrepubliek in haar begindagen

De Republiek werd in haar begindagen voornamelijk bedreigd door revolutionaire krachten.[143] Zij vonden, net als de leden van de USPD in de Raad van Volkscommissarissen, dat de ingezette revolutie niet ver genoeg ging en eisten verdergaande hervormingen. Dit geldt bijvoorbeeld voor de Spartakisten, een splintergroepering binnen de USPD, die zich vanaf 1 januari 1919 hadden verenigd in de *Kommunistische Partei Deutschlands* (KPD).[144] Zo stelt Rosa Luxemburg (1871-1919) in de vestigingsrede van de KPD dat "[die] erste Phase vom 9. November bis zu den letzten Tag ist charakterisiert durch Illisionen nach alle Seiten hin". Onder leiding van Luxemburg en Liebknecht riepen de Spartakisten op 4 januari 1919 in Berlijn een revolutionaire regering uit. Deze 'revolutie' kwam later bekend te staan als de 'Spartakusopstand'. De vestiging van deze regering was echter van korte duur, op 15 januari 1919 werd deze weer opgeheven. Echter, voor het neerslaan van deze kortstondige revolutie was het gewone leger niet sterk genoeg gebleken. De regering moest herhaaldelijk een beroep doen op paramilitaire organisaties, de *Freikorpsen*, die zich opwierpen als verdediger van het vaderland. In deze periode begon dan ook de traditie van paramilitaire organisaties, die in de latere geschiedenis van de Weimarrepubliek een belangrijke rol zou spelen.[145]

Hoewel deze paramilitaire organisaties te hulp schoten om het vaderland te verdedigen, wijst de Nederlandse historicus Frits Boterman (geb. 1948) erop dat de democratische partijen hiermee al vroeg in de geschiedenis van de jonge Republiek het geweldsmonopolie van de staat uit handen gaven,

[143] Weber 2016, p. 60.
[144] De linkervleugel van de USPD zou zich in december 1920 ook bij de KPD voegen, hierdoor nam de omvang van de partij enorm toe. In 1920 wist zij 20% van de zetels in de Rijksdag te behalen.
[145] Zie hiervoor Storer 2013, p. 38-40; Evans 2004, p. 9; Hett 2018, p. 180.

waardoor de legitimiteit van de Republiek onder de bevolking werd aangetast.[146] Bij het neerslaan van de revolutie werd veel geweld gebruikt en de leiders werden op gruwelijke wijze vermoord. Daarnaast kwamen nog ongeveer 165 mensen om. Het neerslaan van deze opstand van arbeiders leidde er tevens toe dat de afstand die was ontstaan tussen de (M)SPD en de radicalere linkse krachten werd vergroot. Vooral omdat het neerslaan van de 'januari-opstand' of 'Spartacus-opstand' was geleid door de MSPD'er Gustav Noske (1868-1946).

Terwijl de onrust in veel Duitse steden voortduurde, vonden verkiezingen voor de formatie van een constitutionele conventie plaats onder een gespannen sfeer van dreigend geweld.[147] In deze verkiezingen behaalden de democratische partijen die de novemberrevolutie hadden gesteund (de latere Weimarcoalitie) – de MSDP,[148] de links-liberale *Deutsche Demokratische Partei* (DDP) [149] en de katholieke *Deutsche Zentrumspartei* (*Zentrum*)[150] – de overgrote meerderheid van de stemmen (76,1%).[151] Na deze verkiezingen was de strijd tussen de socialistische partijen definitief beslecht. De USPD kreeg maar 7,9% van de stemmen tegenover de 37,9% van de MSPD. In 1922 hief de USPD zich op, waarna de MSPD weer verder ging onder de oude naam (SPD).

De constitutionele conventie werd gehouden op 6 februari 1919. Aangezien Berlijn niet geschikt was vanwege de voortdurende onrust, werd voor Weimar gekozen. Deze stad werd van oudsher met de Verlichting geassocieerd vanwege de liberale rechtbank van Karl August (1757-1828) in de 18e eeuw. Het was tevens de stad waar de toneelschrijver, dichter en filosoof Friedrich von Schiller (1759-1805) en dichter Johann Wolfgang von Goethe (1749-1832) waren gestorven.[152] Hoewel de keuze voor de stad Weimar ten eerste strategisch was, had deze aldus ten tweede grote symbolische betekenis: de Weimarrepubliek moest een democratische, 'verlichte' Republiek worden.

Na de vorming van de constitutionele conventie verviel de functie van de Raad van volksvertegenwoordigers. Ebert werd benoemd tot voorlopige Rijkspresident, Hugo Preuβ (1860-1925) kreeg de opdracht een nieuwe constitutie op te stellen (waarover ik in hoofdstuk 2 kom te spreken) en er werden nieuwe verkiezingen uitgeschreven.[153] Na deze verkiezingen, die werden gehouden op 11 februari 1919, werd Scheidemann benoemd tot Rijkskanselier van een coalitie van de

[146] Frits Boterman, 'De schaduw van de Eerste Wereldoorlog als katalysator voor naoorlogs geweld. Politiek geweld en de oorlogsmythe in de Republiek van Weimar', in: Jacco Pekelder & Frits Boterman (red.), *Politiek geweld in Duitsland. Denkbeelden en debatten,* Alphen aan den Rijn: Haasbeek 2005, p. 107-108.
[147] Schumann 2012, p. 4, 8.
[148] Zie voor het partijprogramma van de SPD Anton Kaes, Martin Jay, & Edward Dimendberg (red.), *The Weimar Republic. Sourcebook,* Berkeley/Los Angeles/Londen: University of California Press 1995, p. 112 e.v.
[149] Zie voor het partijprogramma van de DDP Kaes, Jay & Dimendberg 1995, p. 116 e.v.
[150] Storer 2013, p. 22; Evans 2004, p. 79. Zie voor het partijprogramma van de *Zentrum*-partij Kaes, Jay & Dimendberg 1995, p. 104 e.v.
[151] Evans 2004, p. 79; Hett 2018, p. 46; Bendersky 2014, p. 3.
[152] Zie hiervoor Kershaw 2016, p. 204.
[153] Christoph Schönberger, 'Hugo Preuss', Arthur Jacobson & Bernhard Schlink (red.), *Weimar. A jurisprudence of crisis* (Belinda Cooper vert.), Berkeley/Los Angeles/Londen: University of California Press 2002, p. 110.

SPD, DDP en *Zentrum* en werd Ebert (nu definitief) tot Rijkspresident benoemd.[154] De partijen die behoorden de Weimarcoalitie hadden wederom de overgrote meerderheid van de stemmen (73,1%) behaald.[155]

De onrust duurde ondertussen voort. In Berlijn braken in maart 1919 stakingen uit, die zich verspreidden naar andere delen van het land. Deze stakingen passen in het beeld van de tweede fase van de revolutie: zij werden met veel geweld neergeslagen, waarbij ongeveer ongeveer 1200 doden vielen.[156] Ook in de zuidelijke provincie Beieren bleef het onrustig.[157] Na de moord op Kurt Eisner (1867-1919) – de Beierse leider van de USDP – op 21 februari 1919 bereikte deze onrust haar hoogtepunt.[158] Het Beierse kabinet, dat onder leiding stond van Johannes Hoffmann (1867-1930), vluchtte naar Bamberg en een groep anarchisten greep de macht. Hun revolutionaire regime hield echter maar zes dagen stand, waarna op 7 april 1919 de communistische Radenrepubliek [*Räterepublik*] werd uitgeroepen. Hoffmann, zelf niet in staat om de Radenrepubliek effectief te bestrijden,[159] zag zich genoodzaakt om de centrale regering om steun te vragen.[160] Op 7 mei 1919 slaagden de door de regering gestuurde Freikorpsen erin om de Radenrepubliek ten val te brengen.[161] Het geweld tijdens de Radenrepubliek had in Beieren echter een onuitwisbare indruk had gemaakt. Dit droeg eraan bij dat deze deelstaat zich begon te ontwikkelen tot bolwerk voor contrarevolutionaire krachten.

§ 2.4. Een zware belasting: de dolkstootlegende en de Vrede van Versailles

De afloop van de Eerste Wereldoorlog en de hierop volgende novemberrevolutie van 1918 legden de basis voor de dolkstootlegende. Zoals ik beschreef in paragraaf 2.3, gingen Ludendorff en Hindenburg ervan uit dat zij dat de kans niet alleen groter zou zijn dat er een gunstige vrede met de geallieerden zou kunnen worden gesloten indien er een burgerregering gevormd zou worden,[162] maar beschouwden zij dit eveneens als de uitgelezen kans om hun eigen bijdrage aan het verliezen van de oorlog teniet te kunnen doen.[163] Deze strategie bleek succes te hebben: grote delen van de burgerbevolking geloofden dat het leger niet door de geallieerden was verslagen,[164] maar dat democratische politieke partijen het leger ‘in de rug hadden gestoken’ door de oorlog vroegtijdig te beëindigen, terwijl het winnen ervan

[154] Storer 2013, p. 22.
[155] Storer 2013, p. 38.
[156] Dassen 2014, p. 199-200, 326.
[157] Weber 2016, p. 112.
[158] Storer 2013, p. 43.
[159] Evans 2004, p. 158.
[160] Storer 2013, p. 43-44.
[161] Storer 2013, p. 44.
[162] Evans 2004, p. 61.
[163] Peukert 1993, p. 26; Lee 2010, p. 1; Kieft 2017, p. 28-29.
[164] Storer 2013, p. 118; Kershaw 2016, p. 147-148.

nog steeds tot de mogelijkheden behoorde.[165] De correspondent Herbert Corey herinnert zich in een artikel in de *Washington Evening Star* dat gepubliceerd werd op 24 januari 1919 dat, in tegenstelling tot wat hij zelf had meegemaakt en gezien, generaals, soldaten en anderen al in de eerste maand na afloop van de oorlog verklaarden dat het Duitse leger nooit werkelijk verslagen was aan het front.[166]

Er bestonden verschillende versies van de dolkstootlegende. Een 'gematigde' vorm van de mythe was bijvoorbeeld dat het Duitse leger was verslagen door een *combinatie* van een geallieerde overmacht en revolutionaire propaganda vanuit het thuisfront, die het moraal van de soldaten ondermijnde. Daarnaast bestond er een radicalere vorm, die inhield dat Duitsland in zijn geheel niet verslagen was aan het front, maar 'was verraden' door (voornamelijk) sociaaldemocratische politici van de USPD en MSPD die tegen het voortzetten van de oorlog waren. Deze overtuiging werd ondersteund door – onder andere – de stakingen tegen de oorlog die uitbraken in juli 1916 (de 'Liebknecht-stakingen'), in midden april 1917 en (vooral) in januari 1918. Vooral in contrarevolutionaire, nationalistische kringen was het geloof in deze vorm van de mythe wijdverbreid. Hertog Albrecht Philipp (1893-1975) beschrijft het gevoel dat onder deze groep heerste treffend:

> The Revolution deprived us of the last remains of our power of resistance and delivered us defenseless into the hands of the enemy at the very moment when Herr Scheidemann was announcing from the steps of the *Reichstag* that the German people had been victorious all along the line [..]. The army was stabbed in the back by the revolution, after prolonged efforts had been made to subvert it before-hand.[167]

Een andere vorm van de mythe stond de overtuiging voor dat het verlies van de oorlog veroorzaakt was door een samenzwering van Joden. Deze versie werd in de beginjaren van de Republiek vooral gepropageerd door de antisemitische *Deutsche Tageszeitung* en legde de basis voor de (zeer succesvolle) versie van de mythe die tot in de nadagen van de Republiek werd verkondigd door de NSDAP. Ieder probleem waar de Republiek mee te maken kreeg, kon volgens de nazi's in verband worden gebracht met de vestiging van het regime door de sociaaldemocratische 'novembermisdadigers' [*Novemberverbrecher*], met andere woorden: kon in verband worden gebracht met de Joden.[168] Voor Hitler waren 'sociaaldemocratie' en 'Jodendom' namelijk twee kanten van dezelfde medaille. Daarnaast sloot deze versie van de dolkstootlegende aan bij het idee dat de Joden tijdens de Eerste Wereldoorlog niet hadden meegevochten in het leger en aan het thuisfront waren achtergebleven waar zij zich hadden verrijkt ten koste van het Duitse leger en het vaderland. Dat idee

---

[165] Evans 2004, p. 61; Kershaw 2016, p. 85; Lee 2010, p. 28; Hett 2018, p. 33, 53, 314.
[166] Tekst afgedrukt in Vascik & Sadler 2016, p. 73-75.
[167] Tekst afgedrukt in Vascik & Sadler 2016, p. 84-85.
[168] Zie de rede van Hitler, 'De oerschuldigen aan de Wereldoorlog: Wereld-Jood en wereldbeurs' (Zirkus Krone, 1 augustus 1933): "[w]ant de moordenaars van ons vaderland, die jarenlang Duitsland verkocht en verraden hebben [hij doelt hier op de Joden en de rol die zij speelden in de Eerste Wereldoorlog, RB], zijn diezelfden als Novembermisdadigers die ons in het diepste verderf hebben gestort". Tekst ontleend aan Adolf Hitler, *Zijn leven, zijn redevoeringen. Eerste autobiografie uit 1923* (Rob Pijpers vert.), Hilversum: Uitgeverij Verbum 2018 (samengesteld door Adolf-Viktor von Koerber), p. 118.

had op 1 november 1916 geleid tot de 'Jodentelling', waarbij alle officieren werd gevraagd het aantal Joden in hun regiment te registreren en waarvan de resultaten nooit werden gepubliceerd (het bleek namelijk dat het percentage Joden en niet-Joden ongeveer gelijk was). Deze radicale versie van de dolkstootlegende droeg bij aan het antisemitisme dat na de Eerste Wereldoorlog wijdverbreid was en later een inherent onderdeel zou uitmaken van de nazi-ideologie.[169]

Hitler koesterde naar eigen zeggen reeds tijdens de Eerste Wereldoorlog afkeer jegens de latere leiders van de novemberrevolutie. Hij hield hen persoonlijk verantwoordelijk voor de afloop en het verlies van de oorlog en alle ellende die hierop volgde. In *Mein Kampf* (1925) schrijft hij:

> Ik haatte het hele tuig van deze ellendige partijschoften die het volk bedrogen met heel mijn hart. Het was me allang duidelijk dat het dit gespuis echt niet begonnen was om de heil van de natie [..]. Maar dat ze nu al bereid waren daardoor heel het volk op te offeren en zonodig Duitsland te gronde te laten gaan, maakte ze in mijn ogen slechts rijp voor de strop.[170]

In een rede die Hitler hield tijdens een bijeenkomst van de partij in Zirkus Krone (München) op 12 september 1923 komt deze afkeer eveneens duidelijk tot uitdrukking. Deze tekst is tevens een adequate omschrijving van zijn versie van de dolkstootlegende:

> Verraad op verraad, ontrouw op ontrouw, schande op schande – zo gaat het er tegenwoordig aan toe in de hoofdstad van de Novemberrepubliek, in getto Berlijn! Welk spel wordt daar gespeeld? Niets anders dan de slotakte van de misdadige Novemberkomedie, die tot de verschrikkelijke tragedie voor het Duitse vaderland is geworden! Duitsland staat voor de dag dat het niet langer een zelfstandige staat zal zijn! Iedereen die dit beseft, heeft in dit uur de heilige plicht openlijk uit te spreken, nee – dag en nacht *van de daken te schreeuwen* dat Duitsland in handen van moordenaars en bandieten is gevallen! Dat de ellendige smeerlappen die zich als Novembermisdadigers *opzettelijk* schuldig maakten aan de revolutie en daarmee aan alle catastrofen van de laatste jaren tot nu toe, dat deze kwalijke Jodenkliek en bijna nog smeriger Jodenkameraden, deze lepreuze pestbuilen op het eertijds zo zuivere Duitse volkslichaam, nu hun laatste vervloekte misdaad [hij duidt hier onder andere op de bezitting van het Ruhrgebied en de reactie hierop van de regering, RB] tegen het Duitse volk beramen![171]

Tot slot was er nog de versie van de dolkstootlegende (die grotendeels losstaat van de eerder beschreven versies) die vooral navolging vond onder de communisten. Deze versie van de legende beschuldigde de sociaaldemocraten van de MSPD ervan dat zij de revolutie 'hadden verraden', aangezien de hervormingen van de novemberrevolutie niet radicaal genoeg waren. Tevens hadden zij ervoor gezorgd dat conservatieve groepen, overgeleverd uit het Keizerrijk (zoals het leger, de

---

[169] Zie Adolf Hitler, *Mein Kampf* (Mario Molegraaf vert.), Amsterdam: Prometheus 2018, p. 368-416. In dit hoofdstuk, getiteld 'Volk en ras' zet Hitler zijn – afgrijselijke – beeld over de Joden uiteen.
[170] Hitler 2018, p. 263.
[171] 'De ineenstorting van de Novemberrepubliek en de missie van onze beweging' (12 september 1923). Tekst ontleend aan Hitler 2018b, p. 158. De redevoeringen in dit boek zijn uitgegeven en ingeleid door Adolf-Viktor von Koerber, maar zijn volgens de Duitse historicus Thomas Weber van de hand van Hitler zelf, zoals hij overtuigend betoogt in inleiding van de heruitgave van de redevoeringen (2018), p. 30-39. Weber toont aan dat Hitler bepaalde passages uit eerdere redevoeringen herschreef om een ander (conservatief) publiek aan te trekken. Er kan dus geconcludeerd worden dat de tekst van deze (inleiding bij de) rede de tekst van Hitler zelf is.

industriëlen, academici en de rechterlijke macht) bij de nieuwe Republiek betrokken konden blijven, omdat Ebert met hen had samengewerkt. Deze versie van de mythe droeg bij aan het latere succes van de communisten. De communistische krant, *Die Rote Fahne*, beschrijft de sociaaldemocraten bijvoorbeeld vaak als 'sociaal-fascisten', zoals Luxemburg ook had gedaan bij de vestigingsrede van de KPD.

De verklaring voor het tot stand komen van een mythe is volgens de Franse cultureel antropoloog Claude Lévi-Strauss (1908-2009): 'to provide a logical model of overcoming contradiction'.[172] In het geval van Duitsland ging het om de tegenstelling tussen de berichten in de (gecensureerde) pers tijdens de Eerste Wereldoorlog en de uiteindelijke uitkomst van deze oorlog. In de media was jarenlang een vertekend beeld van de oorlog gepresenteerd: enkel positieve berichten, bedoeld om het moraal onder de bevolking hoog te houden, waren toegestaan en zodoende jarenlang in de kranten verschenen. Daarnaast was voortdurend herhaald dat Duitsland een 'defensieve oorlog' vocht. Toen de vernederende vredesvoorwaarden van het Verdrag van Versailles (waarover ik verderop in deze pararaaf over kom te spreken) de Duitse bevolking onder de ogen kwamen, gingen de burgers op zoek naar een verklaring. Hoe was het mogelijk dat Duitsland schuldig werd geacht aan het uitbreken van de oorlog, terwijl er een defensieve oorlog was uitgevochten? Hoe was het mogelijk dat Duitsland werd afgeschilderd als 'verliezer', terwijl er enkel een wapenstilstand was gesloten en het leger helemaal niet daadwerkelijk verslagen was? Mensen hadden in toenemende mate behoefte aan een antwoord op deze vragen, hetgeen bijdroeg aan het tot stand komen van zowel de nationalistische als de nationaalsocialistische versie van de dolkstootlegende. Het antwoord dat deze mythen construeerden, maakte dat delen van de bevolking de negatieve voorwaarden van het Verdrag van Versailles (enigszins) konden verklaren en relativeren. In de woorden van de Britse historicus Richard Evans (geb. 1947): "[t]he harshness of the Armistice terms was thrown into sharp relief by the fact that many Germans refused to believe that their armed forces had actually been defeated".[173]

Het citaat van Evans is tekenend voor het feit dat het succes van (vooral de nationalistische en nationaalsocialistische versie van de) dolkstootlegende werd vergroot door de vredesvoorwaarden van het Verdrag van Versailles. Dit Verdrag was tot stand gekomen als reactie op de wapenstilstand die op 11 november 1918 was gesloten tussen Duitsland en de geallieerden. Hierna hielden de geallieerden zich in Parijs en haar voorsteden bezig met het opstellen van de vredesverdragen die de Eerste Wereldoorlog definitief moesten beëindigen. Voor elk verliezend land werd een afzonderlijk vredesverdrag tot stand gebracht. Dit resulteerde in het 'Verdrag van Versailles' (met Duitsland, gesloten op 28 juni 1919), het 'Verdrag van Saint-Germain-en-Laye' (met Oostenrijk, gesloten 10 september 1919), het 'Verdrag van Neuilly' (met Bulgarije, gesloten op 27 november 1919), het 'Verdrag van Trianon' (met Hongarije, gesloten op 4 juni 1920) en het 'Verdrag van Sèvres' (met het

[172] Zoals aangehaald in Vascik & Sadler 2016, p. 2.
[173] Evans 2004, p. 60.

Ottomaanse Rijk, gesloten op 10 augustus 1920). Het Vredesverdrag met Turkije, het 'Verdrag van Lausanne' werd tot slot in het Zwitserse Lausanne gesloten op 24 juli 1923.

De tekst van het Verdrag van Versailles was een compromis tussen de wensen van de verschillende geallieerde landen. Frankrijk, van oudsher de belangrijkste rivaal van Duitsland, was voorstander van een harde aanpak: het land had de meeste schade geleden en was, als direct buurland, bang om in de toekomst wederom ten prooi te vallen aan Duitse agressie. Tijdens de onderhandelingen had de Franse premier Georges Clemenceau (1841-1929) daarom ingezet op een permanente Franse invloedssfeer in het Rijnland. De Amerikanen en Britten gingen hier aanvankelijk mee akkoord. Echter, de Amerikaanse Senaat kon niet worden overgehaald tot het steunen van deze bepaling.[174] Er werd toen besloten tot een middenweg: het Rijnland zou niet onder permanente Franse zeggenschap worden geplaatst, maar er zou een 'gemilitariseerde zone' in het gebied tot stand worden gebracht. In deze zone zouden geallieerde legereenheden worden gelegerd, waardoor toch enigszins controle kon worden uitgeoefend op Duitsland en eventuele agressie snel de kop in gedrukt kon worden (hoewel dit er niet toe leidde dat de Amerikaanse Senaat alsnog kon worden overgehaald tot steun aan het Verdrag). Dit compromis was een pijnlijke beslissing voor de Fransen, Duitsland werd als potentieel sterkste land op het Europese continent intact gelaten en kon dus in de ogen van de Fransen – ondanks de gemilitariseerde zone – in de toekomst een bedreiging blijven vormen. Het was echter ook een pijnlijke beslissing voor de Duitsers: hun land werd intact gehouden, maar zij kregen niet de mogelijkheid de grenzen effectief te verdedigen.[175]

Deze beslissing wat betreft het Rijnland leidde er mede toe dat het Verdrag in Duitsland kwaad bloed zette. Het werd door vrijwel de gehele bevolking gehaat[176] en gekscherend aangeduid als 'roofvrede' [*Raubfrieden*] of als 'dictaat [*Diktat*] van Versailles'; het werd beschouwd als een opgelegde vrede waar de Duitsers zelf geen inspraak in hadden gehad.[177] Deze redenering is niet onjuist. Hoewel de Duitsers aanvankelijk de mogelijkheid kregen om opmerkingen te plaatsen bij het conceptverdrag, werd geen van deze opmerkingen overgenomen in het daadwerkelijke vredesverdrag.[178]

Behalve de beslissing over het Rijnland leidde artikel 231 van het Verdrag – de 'oorlogsschuld-clausule' – tot grote onvrede in Duitsland.[179] In dit artikel werd het volgende bepaald:

> The Allied and Associated Governments affirm and Germany accepts the responsibility of Germany and her allies for causing all the loss and damage to which the Allied and Associated Governments and their

[174] Balderston 2002, p. 15-16.
[175] Balderston 2002, p. 14.
[176] Kershaw 2016, p. 22.
[177] Lee 2010, p. 25; Bendersky 2014, p. 9.
[178] Lee 2010, p. 20.
[179] Hett 2018, p. 53; Bendersky 2014, p. 9.

> nationals have been subjected as a consequence of the war imposed upon them by the aggression of Germany and her allies.[180]

Duitsland en haar bondgenoten werden schuldig geacht aan het uitbreken van de oorlog[181] en Duitsland diende dientengevolge een grote som geld te betalen om de schade die was ontstaan ten gevolge van de oorlog te vergoeden.[182] Voor de geallieerden – en vooral voor Frankrijk – was dit artikel een essentiële bepaling in het Verdrag. Zoals de toenmalige Britse premier David Lloyd George (1863-1945) het omschreef in 1921: "[f]or the Allies, German responsibility for the war is fundamental. It is the basis upon which the structure of the treaty has been erected, and if that acknowledgement is repudiated or abandoned, the treaty is destroyed".[183]

Hoewel in het artikel wordt gesproken van de vergoeding van 'all the loss and damage' (hetgeen duidt op een vergoeding in geld), was de werkelijke schade die in Duitsland ontstond ten gevolge van het Verdrag van Versailles niet economisch, maar vooral politiek en moreel.[184] De Duitsers voelden zich bedrogen en het werd velen van hen pas duidelijk dat de oorlog daadwerkelijk was verloren nadat zij de voorwaarden van het vredesverdrag onder ogen kregen.[185] Dit was niet verwonderlijk: de Duitse regering had (zoals ik aan het begin van deze paragraaf schreef) tijdens de oorlog het moraal hoog willen houden, zodat maar weinig mensen op de hoogte waren geweest van de daadwerkelijke situatie aan het front. Daarnaast begrepen veel mensen niet dat Duitsland werd

---

[180] 'The Treaty of Versailles: The Reparation Clauses'. Tekst ontleend aan Kaes, Jay & Dimendberg 1994, p. 8.
[181] In de vredesverdragen die tot stand kwamen tussen de geallieerden en Duitslands bondgenoten, zoals het Oostenrijks-Hongaarse Rijk, werden ook dergelijke bepalingen opgenomen. Zie Sharp 2010, p. 5. In een toespraak die wordt gehouden door de Duitse delegatie in Versailles wordt, bij monde van de Minister van Buitenlandse Zaken Ulrich von Brockdorff-Rantzau (1869-1928) duidelijk gemaakt dat Duitsland zeker niet de enige is die schuldig is aan het uitbreken van de Eerste Wereldoorlog. Zie 'Count Ulrich von Brockdorff-Rantzau. Speeh of the German Delegation, Versailles, May 7, 1919', in: Kaes, Jay & Dimendberg 1995, p. 9.
[182] Evans 2004, p. 65; Kershaw 2016, p. 150; Lee 2010, p. 20. Hoewel er in dit artikel ook bondgenoten worden genoemd, is het toch duidelijk dat "[..] Duitsland als de hoofdverantwoordelijke werd gezien voor het uitbreken van de oorlog" (Dassen 2014, p. 61-62). In Duitsland werd gepoogd het tegendeel te bewijzen door de publicatie van *Die Grosse Politik,* een bundeling van overheidsdocumenten van voor de oorlog. Later volgden ook Franse, Britse en Oostenrijkse bronnenpublicaties. Zie hiervoor Clark 2017, p. 14. De kiem voor de gedachte van Duitse schuld aan het uitbreken van de Eerste Wereldoorlog werd al gelegd ten tijde van de Julicrisis van 1914, Rusland verklaarde dat het overging tot mobilisatie aangezien Duitsland haar bondgenoot Oostenrijk-Hongarije niet in toom had gehouden. Ook de Fransen onderschreven dit standpunt, dat na de oorlog breed gedragen zou worden onder de geallieerde landen.
[183] Zoals aangehaald in Sharp 2010, p. 5-6.
[184] Kershaw 2016, p. 150. Stephen Lee wijst erop dat de geallieerden feitelijk veel verder hadden kunnen gaan dan zij in dit Verdrag deden. Daarnaast betoogt hij dat de invloed van artikel 231 van het Verdrag niet moet worden overschat, het artikel is immers aan het einde van het verdrag geplaatst. Zie hiervoor ook Lee 2010, p. 21-23. Detlev Peukert wijst erop dat de overwinnaars formeel een dictaat tot stand brachten, maar dat de voorwaarden niet ondraaglijk waren voor Duitsland, zeker niet op financieel gebied. Zie hiervoor Peukert 1993, p. 43-44.
[185] Weber 2016, p. 140.

aangewezen als schuldig aan de oorlog: het land had immers toch alleen een 'defensieve oorlog' uitgevochten?[186]

Deze morele schade werd verder in de hand gewerkt door enkele andere bepalingen die waren opgenomen in het Verdrag van Versailles. Zo werd in artikel 227 en 228 van het Vredesverdrag bepaald dat de Keizer en anderen die bij de ontketening van de oorlog betrokken waren geweest, berecht moesten worden voor het plegen van oorlogsmisdaden. Deze processen, die aanvankelijk werden gehouden voor een rechtbank in Leipzig, faalden grotendeels, omdat de Duitse rechterlijke macht de legitimiteit van de processen niet erkende.[187] Daarnaast verloor Duitsland 13% van het totale oppervlakte van het voormalige Keizerrijk[188] en verloor het land haar koloniën in het Verre Oosten en Afrika.[189] Om Duitse agressie in de toekomst verder te voorkomen werd het land tevens opgedragen een vergaande demilitarisatie door te voeren: het beroepsleger mocht bijvoorbeeld nog slechts 100.000 soldaten omvatten, de luchtmacht werd geheel verboden,[190] net als het bezit van tanks, grote wapens, gifgas en andere chemische wapens. Ter vergelijking, voor de oorlog in 1914 – aldus eveneens in vredestijd – had het Duitse leger ongeveer bestaan uit 4 miljoen mannen.

Voorts verloor Duitsland ongeveer 10% van haar bevolking en werd het verzoek van Oostenrijk en Duitsland om zich te verenigen in één land afgewezen.[191] President Wilson had in zijn Veertienpuntenplan van 8 januari 1918 duidelijk gemaakt dat het internationale recht na de oorlog gedomineerd moest worden door het principe van 'nationale zelfdeterminatie', dat inhield dat volkeren zelf moesten kunnen bepalen bij welke natie zij wilden horen.[192] Toen het Oostenrijk en Duitsland verboden werd zich te verenigen, werd duidelijk dat dit geen universeel principe zou zijn, maar dat de geallieerden zouden uitmaken voor wie het wel en voor wie het niet zou gelden.[193] Dit idee werd nog eens bevestigd door het feit dat de Sudeten-Duitsers (ruim drie miljoen Duitstaligen) in Tsjecho-Slowakije werden afgescheiden van het Duitse moederland.[194] Deze bepalingen droegen verder bij aan de overtuiging dat Duitsland een vernederende vrede diende te ondertekenen.

---

[186] Er is achteraf veel discussie geweest over de vraag of Duitsland wel schuldig was aan het uitbreken van de Eerste Wereldoorlog en of de last die het land moest dragen aldus niet als onevenredig zwaar moest worden beschouwd. Christopher Clark trekt de conclusie dat "de hoofdrolspelers van 1914 slaapwandelaars [waren], alert maar blind, opgejaagd door dromen maar onwetend van de realiteit van de gruwelen die ze over de wereld zouden brengen" (p. 647).

[187] Zie hiervoor Evans 2004, p. 65. In totaal werden ongeveer 900 mensen aangewezen als schuldig aan het plegen van oorlogsmisdaden. Hiervan werden er uiteindelijk zeven schuldig bevonden, negen vrijgesproken en onderging de rest nooit een volledig proces.

[188] Kershaw 2016, p. 148.

[189] Evans 2004, p. 62; Kershaw 2016, p. 150.

[190] Kershaw 2016, p. 148; Sharp 2010, p. 47.

[191] Evans 2004, p. 62-63.

[192] Peukert 1993, p. 45; Kershaw 2016, p. 144.

[193] Evans 2004, p. 63.

[194] Sharp 2010, p. 107-108.

Zoals ik beschreef aan het begin van deze paragraaf, was het Verdrag van Versailles niet het enige vredesverdrag dat werd gesloten. In de andere vredesverdragen werden oude Rijken, zoals het Habsburgse Rijk, Duitslands belangrijkste bondgenoot, opgedeeld in nieuwe natiestaten. De grenzen van deze staten vielen vaak niet samen met de nationaliteit van de bewoners. Zo legde deze nieuwe grenzen de basis voor nieuwe minderheden, waartegen door de nieuwe meerderheid vaak hard werd opgetreden. Dit gebeurde bijvoorbeeld in Roemenië en Tsjechië.[195] Een belangrijke groep slachtoffers was de Duitse minderheid, die in Oost-Europa vaak wreed werd behandeld. De slechte behandeling van de 'Volksduitsers' zette in Duitsland kwaad bloed jegens de geallieerden – die schuldig werden geacht aan deze misère – en leverde Hitler later een welkom propagandamiddel op.

In theorie stond het Duitsland vrij om het Verdrag wel of niet te ondertekenen, maar in de praktijk was er feitelijk geen andere keuze dan ondertekenen mogelijk: Duitsland zou ofwel het vredesverdrag ondertekenen, ofwel het land zou worden bezet door de geallieerden. Daarnaast zou de blokkade van de Duitse havens, die aan het begin van de Eerste Wereldoorlog door Groot-Brittannië was ingesteld en de voedselsituatie in Duitsland sindsdien doorlopend bedreigde, niet worden opgeheven als Duitsland het Verdrag niet zou ondertekenen. Uiteindelijk werd aldus gekozen voor de eerste optie en de Vrede van Versailles werd getekend op 28 juni 1919[196] en op 10 januari 1920 geratificeerd door de Duitse regering.[197] Ten gevolge van de debatten die werden gevoerd over het Verdrag van Versailles kwam de eerste regering van de Weimarrepubliek ten val. Dat de latere regering het eveneens niet eens was met de bepalingen van het Verdrag blijkt bijvoorbeeld ook uit het debat dat werd gevoerd over het ondertekenen van het Verdrag op 22 juni 1919: "[d]ie Regierung had selbst erklärt, dieser Vertrag sei unerträglich und unerfüllbar [..]."[198]

Hoe hoog het bedrag was dat Duitsland op grond van artikel 231 van het Verdrag precies moest betalen, stond bij de ratificatie nog niet vast. De geallieerde landen hadden het hier niet over eens kunnen worden. Frankrijk pleitte voor een exorbitant hoog bedrag, waar de Britten en Amerikanen op hun beurt niet achter stonden. Daarom werd besloten een commissie in het leven te roepen. Deze commissie kwam uiteindelijk, op 5 mei 1921, met de definitieve bedragen die Duitsland zou moeten betalen: een totaalbedrag van 132 biljoen goudmark, 5% rente en 1% annuïteit. Duitsland zou per jaar 2 biljoen goudmark moeten voldoen, aangevuld met 26% van haar totale waarde aan export.[199]

---

[195] Dassen 2014, p. 318-319.

[196] Lee 2010, p. 20. Zie ook Lee 2010, p. 21-22: hoewel de vrede in Duitsland werd opgevat als een manier om revanche te nemen, waren de onderliggende motieven van het sluiten van de vrede niet bedoeld om Duitsland een lesje te leren. Stephen Lee identificeert drie belangrijke doelen van de vrede: het voorkomen dat Europa in de toekomst opnieuw slachtoffer zou worden van Duitse agressie, het herstellen van de economie van de geallieerden en het tot stand brengen van stabiele natiestaten in Centraal- en Oost-Europa.

[197] Peukert 1993, p. 52.

[198] 'Verhandlungen des Reichstags über den Versailler Vertrag', 22 juni 1919.

[199] Balderston 2002, p. 20.

Het Verdrag van Versailles betekende een grote last voor de democratische partijen van de Weimarcoalitie. Zoals ik net al aangaf, kwam op 20 juni 1919 de regering-Scheidemann ten gevolge van onenigheid over het Verdrag ten val. Deze werd op 22 juni opgevolgd door een coalitie van de SPD en *Zentrum* onder wiens verantwoordelijkheid het Verdrag werd getekend. Het Verdrag betekende een zware belasting voor deze partijen (de Weimarcoalitie verloor tijdens de verkiezingen van 6 juni 1920 haar meerderheid en behaalde nog maar 46,3% van de stemmen, tegenover de eerdere 73,1%) en voor de Weimarrepubliek als geheel. In latere propaganda tegen de Republiek werd door contrarevolutionairen veelvuldig gerefereerd aan het Verdrag. Ook was de NSDAP[200] fel gekant tegen het Verdrag. Niet voor niets was het tweede punt in het 25-puntenprogramma van de partij van februari 1920 al het opheffen van het Verdrag van Versailles [*Aufhebung der Friedesverträge in Versailles*].[201]

Hitler stelde in een rede van 22 april 1922 die hij hield in de Bürgerbräukeller (München) dat het Verdrag van Versailles zowel politiek als economisch het begin van 'slavernij' was en dat Duitse arbeiders 'nu werken voor het buitenland'.[202] In diezelfde rede wordt de schuld voor het sluiten van het Verdrag neergelegd bij de partijen die betrokken waren bij de novemberrevolutie ('regeringen die zich ooit als regeringen hebben opgeworpen!').[203] Het opheffen van het Verdrag bleef een van de doorlopende doelen in de doelstellingen in de buitenlandse politiek van de NSDAP. Volgens de Duitse historicus Thomas Weber (geb. 1974) is het Verdrag van Versailles direct in verband te brengen met Hitlers gedachtegoed: "[p]as in de zomer van 1919 zou Hitler zijn politieke openbaring beleven met de ondertekening en ratificatie van het Verdrag van Versailles en begon hij het nationaalsocialistische gedachtegoed aan te hangen".[204]

Tot slot was, naast de dolkstootlegende en de Vrede van Versailles (die zoals gezegd nauw verband hielden met elkaar), een ander groot probleem voor de Republiek dat bijdroeg aan de ondermijning van haar legitimiteit dat zij er niet in slaagde om de volmondige support van alle (belangrijke) groepen in de maatschappij te verkrijgen.[205] In de revolutionaire versie van de dolkstootlegende was dit de oorzaak van de gematigdheid van de revolutie waardoor veel ambtenaren die in het Keizerrijk hadden gediend in functie bleven na de novemberrevolutie van 1918. Zij legden een eed af waarin zij trouw beloofden aan de nieuwe Republiek, waarna het in de praktijk vrijwel

[200] De NSDAP kwam voort uit de *Demokratische Arbeiterspartei* (DAP), die in 1919 was opgericht. Deze partij begon met slechts enkele personen, maar groeide langzaam uit tot een steeds grotere beweging. Hitler kwam op een avond in september 1919 langs bij de partij en besloot lid te worden. Onder zijn leiding groeide de partij gestaag. Zie hiervoor Theodore Abel, *Why Hitler came into power,* Cambridge/Massachusetts: Harvard University Press 1986, p. 54 e.v.
[201] 'Programm der Nationalsozialistischen Deutschen Arbeiterpartei', 1920.
[202] Hitler 2018b, p. 64-67.
[203] Hitler 2018b, p. 68.
[204] Thomas Weber, 'Inleiding', in: Adolf Hitler, *Zijn leven, zijn redevoeringen. Eerste autobiografie uit 1923* (Rob Pijpers vert.), Hilversum: Uitgeverij Verbum 2018 (samengesteld door Adolf-Viktor von Koerber), p. 14.
[205] Evans 2004, p. 99.

onmogelijk werd om hen te ontslaan.[206] Het probleem was niet zozeer dat deze ambtenaren actief zochten naar een manier om de Republiek te ondermijnen, maar vooral dat zij weinig deden om de Republiek daadwerkelijk te verdedigen.[207] Dit geldt bijvoorbeeld voor de rechterlijke macht en voor een grote groep onderwijzers en academici.

Een andere groep, overgeleverd uit het Keizerrijk, die door het Ebert-Groener-pact nauw bij de Republiek betrokken bleef, was het leger. Het leger, waarin veelal edellieden hoge posities bekleedden, was van oudsher een van de meest conservatieve bastions in het Tweede Keizerrijk geweest. Het leger was op zijn zachtst gezegd niet gelukkig met de revolutie en het afzetten van de Keizer. De legerleiding (nog steeds – ondanks hun aftreden als derde OHL – onder invloed van Ludendorff en Hindenburg) uitte vanaf het begin felle kritiek op het Verdrag van Versailles en legde de schuld van het sluiten ervan bij de democratische partijen.[208]

De dolkstootlegende, het Verdrag van Versailles en de ontbrekende steun van essentiële groepen in de maatschappij vormden aldus een zware belasting voor de Weimarrepubliek vanaf haar geboorte. Evans vat deze problemen van de Weimarrepubliek kernachtig samen:

> Weimar was weak in political legitimacy from the start. It was beset by insurmountable problems of political violence, assassination and irreconcilable conflicts about its right to exist. It was unloved and undefended by its servants in the army and bureaucracy. It was blamed by many for the national humiliation of the Treaty of Versailles [..].[209]

§ 2.5. Weimars eerste crisisjaren: 1919-1923

Onder invloed van verschillende crises van zowel politieke als economische aard kwamen de werkelijke invloed en betekenis van de problemen waar de Republiek en de democratische partijen die haar steunden aan het begin van haar vestiging mee te maken kregen duidelijk aan het licht. In deze paragraaf zet ik de verschillende crises, van zowel economische als politieke aard, uiteen waar de Republiek in de periode tussen 1919 en 1923 – vaak de 'eerste periode van crisis' genoemd – mee te maken kreeg.

§ 2.5.1. Politieke onrust gedurende 1919-1923

Op 13 maart 1920 werd de 'Kapp-putsch' gepleegd door contrarevolutionaire krachten. Deze putsch is genoemd naar een van de initiatiefnemers, de Oost-Pruisische nationalist Wolgang Kapp (1858-

[206] Evans 2004, p. 100; Bendersky 2014, p. 8.
[207] Evans 2004, p. 101-102.
[208] Evans 2004, p. 99.
[209] Evans 2004, p. 102. Benjamin Hett trekt een soortgelijke conclusie wanneer hij schrijft dat de Weimarrepubliek gebouwd was op fundamenten die weinig goeds beloofden: de oorlogsnederlaag in de Eerste Wereldoorlog, de Vrede van Versailles die op grote schaal gehaat werd en de enorme politieke en economische turbulentie. Zie hiervoor Hett 2018, p. 110.

1922).[210] Tijdens de Eerste Wereldoorlog was hij betrokken geweest bij de oprichting van de *Deutsche Vaterlandspartei* (DVLP), die er onverzoenlijke expansionistische doelstellingen op nahield. Na de aanname van de vredesresolutie van 19 juli 1917, waarbij de socialisten en links-liberalen zich hard hadden gemaakt voor hervormingen van het parlementaire stelsel door te dreigen met intrekking van het oorlogskrediet, had Kapp zich ontpopt tot een van de belangrijkste tegenstanders van de sociaaldemocraten en de latere Weimarrepubliek.[211]

De Kapp-putsch was in zekere zin een direct gevolg van de Vrede van Versailles. Het Verdrag bepaalde, zoals ik in paragraaf 2.4 omschreef, namelijk een vergaande demilitarisatie van Duitsland. Op grond van artikel 160 van het Verdrag van Versailles was de Duitse regering genoodzaakt de Freikorpsen te verbieden.[212] Onder deze Freikorpsen was ook de 'Marinebrigade Ehrhardt', die bestond uit ongeveer 5000 leden. De leiders van deze eenheid waren niet van plan de ontbinding van hun korps te accepteren. Sterker nog, zij beschouwden het verbod als de perfecte aanleiding om het heft in eigen hand te nemen. Op 13 maart 1920 marcheerden de troepen van Hermann Ehrhardt (1881-1971) dan ook, onder de zwart-wit-rode vlag – de vlag van het Keizerrijk, die symbool stond voor de contrarevolutie – door de Brandenburger Tor in Berlijn.[213] Later bezetten zij de rest van Berlijn, waarop de regering zich genoodzaakt zag om naar Dresden te vluchten.

Het ontbrak de initiatiefnemers van de putsch echter aan de benodigde steun onder de bevolking. In het gehele land, met uitzondering van Beieren, braken protesten uit tegen de putsch.[214] Dit maakte grote indruk op de ambtenaren en militairen en zij besloten de putsch niet langer te steunen.[215] Na vier dagen, op 17 maart 1920, moest dan ook geconcludeerd worden dat de couppoging was mislukt.[216] Het leger had desalniettemin geen enkele bijdrage geleverd aan het neerslaan van de coup. Zoals het hoofd van de Generale Staf, Hans von Seeckt (1866-1936) het verwoordde: 'het leger schiet niet op het leger' [*Truppe schiesst nicht auf Truppe*].[217] Hieruit spreekt de opvatting dat de Freikorpsen moesten worden beschouwd als onderdeel van het leger. Deze opvatting stemt voor een groot deel overeen met de werkelijkheid, veel leden van de Freikorpsen hadden in de Eerste Wereldoorlog zij aan zij gevochten met degenen die nog in het gewone leger dienden.

De putsch was de eerste keer dat de contrarevolutionaire krachten zich tegen de Weimarstaat keerden en kan worden beschouwd als het uitvloeisel van de samenwerking tussen de contrarevolutionaire, nationalistische krachten en het leger, die sinds de benoeming van Hindenburg

[210] Kieft 2017, p. 35.
[211] Dassen 2014, p. 165-166.
[212] Storer 2013, p. 46-47.
[213] Storer 2013, p. 47.
[214] Peukert 1993, p. 68.
[215] Peukert 1993, p. 69.
[216] Storer 2013, p. 48; Peukert 1993, p. 69. Zie voor de Kapp-putsch ook Kershaw 2016, p. 175-176.
[217] Zoals aangehaald in Dassen 2014, p. 330.

en Ludendorff tot derde OHL was ingezet.[218] Na het verbod op de Freikorpsen organiseerden de nationalisten zich in toenemende mate in 'militaire bewegingen' [*Wehrverbände*]. Veel van deze bewegingen waren in de praktijk een voortzetting van de Freikorpsen. De grootste en bekendste hiervan is de Staalhelm [*Stahlhelm*], een organisatie voor veteranen uit de Eerste Wereldoorlog.[219] Deze organisatie was in 1919 begonnen als Freikorps en groeide tussen 1924 en 1929 onder Franz Seldte (1882-1947) uit tot de grootste 'nationale organisatie' van Duitsland.[220] De organisatie was een groot tegenstander van de Vrede van Versailles, zoals duidelijk wordt in het Berlijnse manifest van de Staalhelm uit 1927:

> Stahlhelm declares that it does not recognize the state of affairs created by the Treaty of Versailles and its later supplements. It therefore demands the recognition of a national state for all Germans, the restoration of the German right of defense, the effective revocation of the extorted acknowledgement of the war guilt, and the regulation and reparation of war damages on the basis of the collective liability of all peoples responsible for the world war.[221]

De mislukte Kapp-putsch had tevens gezorgd voor hernieuwde dreiging vanuit de revolutionaire zijde van het politieke spectrum. 50.000 gewapende Duitse bolsjewistische aanhangers zetten eind maart 1920 de 'maartrevolutie' [*Märzenrevolution*] in. Echter, ook deze revolutie bleek al snel niet succesvol.[222] Bij het neerslaan ervan werd grof geweld gebruikt, meer dan duizend arbeiders werden gedood. De dreiging van de revolutionairen was daarentegen met het neerslaan van deze revolutie niet ten einde, zij vormden ook na deze maartrevolutie een voortdurende bedreiging voor de Republiek. Zo leidde een confrontatie tussen de politie en (communistische) arbeiders op 29 maart 1921 naar aanleiding van grootschalige stakingen tot excessief geweld. Later werd aan de staking die vooraf was gegaan aan dit geweld en de escalatie op 29 maart gerefereerd als de 'maart-actie'.[223]

Vanuit de contrarevolutionaire zijde was de dreiging na de mislukte Kapp-putsch eveneens niet voorbij. Sinds de ontmanteling van de Radenrepubliek in 1919 was de deelstaat Beieren het kloppende hart van nationalistische bewegingen in Duitsland geworden.[224] De omslag hield waarschijnlijk verband met de negatieve herinneringen die veel mensen koesterden aan de kortstondige Radenrepubliek en het bloedvergieten dat gepaard ging met de afschaffing van dit communistische regime.[225] Contrarevolutionaire nationalisten, die een onderkomen vonden in Beieren waar ze werden beschermd door de deelstaatregering, vermoordden onder andere Matthias Erzberger (1875-1921), Walther Rathenau (1867-1922) en Kurt Eisner (1867-1919). Erzberger had in 1919 gepleit voor acceptatie van het Verdrag van Versailles, Rathenau had op 16 april 1922 het Verdrag van

[218] Dassen 2014, p. 168.
[219] Zie bijvoorbeeld Schumann 2012, p. 93; Storer 2013, p. 72, 73.
[220] Schumann 2012, p. 159.
[221] 'Berlijns Stahlhelm Manifest', 8 mei 1927. Tekst ontleend aan Kaes, Jay & Dimendberg 1995, p. 339.
[222] Storer 2013, p. 48.
[223] Zie over de 'maart-actie' in Saksen, Schumann 2012, p. 55 e.v.
[224] Storer 2013, p. 50. Zie Weber 2016, p. 105-127 over de situatie in Beieren.
[225] Abel 1986, p. 60.

Rapallo gesloten met de Sovjet-Unie, waarbij wederzijdse territoriale eisen werden opgegeven en Eisner, ten slotte, had de revolutie van november 1918 in Beieren geleid. Daarnaast werd een poging gedaan om Scheidemann te vermoorden.

Genoemde personen werden door de contrarevolutionairen gezien als 'novembermisdadigers': zij waren schuldig aan het 'verlies' van de Eerste Wereldoorlog, het sluiten van de Vrede van Versailles en het prestigeverlies dat Duitsland had geleden ten gevolge van dit vredesverdrag.[226] Deze moorden op prominente personen pasten in een tendens van politieke moorden die tussen 1919 en 1923 door contrarevolutionaire, nationalistische groeperingen werden gepleegd. Zij maakten in totaal 354 slachtoffers. Toen de onrust een hoogtepunt dreigde te bereiken, nam de Rijksdag maatregelen en vaardigde op 18 juli 1922 de Wet ter bescherming van de Republiek uit [*Verordnung zum Schutze der Republik*].[227] In de Wet wordt in §1 bepaald dat 'Versammlungen, Aufzüge und Kundgebunden' verboden kunnen worden wanneer 'die Besorgnis begründet ist, daβ in ihnen Erörterungen stattfinden, die zur gesetzwiderigen Beseitigung der republikanischen Staatsform oder zu Gewalttaten gegen Mitgleider der jetzigen oder einer frühreren republikanischen Regierung des Reichs oder eindes Landes aufreizen'. Volgens § 5 kon een gevangenisstraf van 3 maanden tot 5 jaar of een geldboete tot 500,000 Mark worden opgelegd aan degene die de wet overtrad.

Hitler beschrijft deze wet in de inleiding bij een rede die hij hield tijdens een bijeenkomst van de partij in de Bürgerbräukeller (München) op 28 juli 1922 als volgt: "[d]e brutale willekeur van deze 'beschermingswet' [..] werd 'bekokstoofd' door de parlementzwetsers, die in de *zogenaamde* democratische republiek – zonder enige verantwoordelijkheid tegenover het volk – de beste mensen en de edelste Duitse ideeën ongestraft dagelijks verraadden, versjacheren, bedoezelen mogen".[228] De wet is volgens hem 'niets anders dan een middel om elke kritiek te smoren'.[229]

De wet sorteerde in de praktijk weinig effect en slaagde er niet in om geweld of een nieuwe couppoging te voorkomen. Op de avond van 8 november 1923, tijdens de bezetting van het Ruhrgebied (waarover ik in paragraaf 2.5.2 kom te spreken), ondernamen enkele (latere) nazi's – waaronder Hitler – in samenwerking met andere contrarevolutionairen en Ludendorff de 'Bierhal-putsch' in München.[230] Zij omcirkelden de Bürgerbräukeller en namen enkele belangrijke vertegenwoordigers – zoals de minister-president, Gustav von Kahr (1862-1934) – van de Beierse deelstaatregering gevangen. Zij werden gedwongen de macht over te dragen aan Hitler en de andere putsch-plegers.[231] De putsch mislukte feitelijk al dezelfde avond, aangezien de putschplegers er niet aan hadden gedacht de communicatielijnen af te sluiten, zodat hulp van buitenaf kon worden

[226] Storer 2013, p. 51-52.
[227] Peukert 1993, p. 73.
[228] 'Vrijstaat of slavernij', 28 juli 1922. Tekst ontleend aan Hitler 2018b, p. 84.
[229] Hitler 2018b, p. 101.
[230] Peukert 1993, p. 74.
[231] Storer 2013, p. 52.

ingeroepen.[232] De volgende dag werd toch een begin gemaakt met een 'mars naar Berlijn'[233] (naar het voorbeeld van Benito Mussolini's (1883-1945) 'mars naar Rome' in Italië[234]). De tocht werd ingezet naar het regeringscentrum van München. Echter, het leger – dat had besloten de putschplegers niet te steunen – bracht de mars tot stilstand bij de Feldherrnhalle. Deze ontbrekende steun van het leger bleek doorslaggevend voor het verdere verloop: de putsch-plegers waren genoodzaakt te vluchten of zich gevangen te laten nemen door de politie. De putsch was hiermee ten einde.[235]

Hitler slaagde er aanvankelijk in om te vluchten en arrestatie te voorkomen, maar werd niet lang na de mislukte 'mars naar Berlijn' alsnog opgepakt en gevangengezet.[236] Het proces dat op zijn arrestatie volgde, illustreert de politieke voorkeur van de rechterlijke macht en de opvallende kloof die bestond tussen de rechterlijke macht aan de ene kant en de democratische elite aan de andere kant. De rechterlijke macht maakte er geen geheim van te sympathiseren met contrarevolutionaire, nationalistische groeperingen – op institutioneel niveau kan dus worden gesproken van een probleem wat betreft de rechterlijke macht. De politieke voorkeur (en vooringenomenheid) is ook terug te zien in de opgelegde strafmaten: politieke misdaden die werden gepleegd door contrarevolutionairen konden veelal rekenen op een lage strafmaat, terwijl dezelfde misdaden gepleegd door communistische daders zwaar werden bestraft.[237] De Duitse historicus Dirk Schumann (geb. 1958) vergelijkt in dit verband de opgelegde strafmaten en de vervolgde personen na de maart-actie en na de Kapp-putsch met elkaar. Ten eerste wijst hij op het grote aantal vervolgde personen na de maart-actie (4000 mensen), terwijl na de Kapp-putsch enkel een paar leiders werden vervolgd. Daarnaast waren de opgelegde straffen aan deze leiders extreem laag in vergelijking met de straffen die de arbeiders na de maart-actie kregen opgelegd.[238]

De rechter die het proces van 26 februari tot 1 april 1924 tegen Hitler, Ludendorff en acht andere putsch-plegers leidde, Georg Neithardt (1871-1941), was geen uitzondering op deze hiervoor beschreven binnen de rechterlijke macht. Hij gaf Hitler tijdens het proces uitgebreid de mogelijkheid om zijn politieke ideeën uit de doeken te doen.[239] Hitler zette hierop in een waar showproces de motieven van de putsch uiteen en verwierp de aanklacht van hoogverraad:[240]

---

[232] Farrell 2018, p. 137; Kershaw 2016, p. 178. Stephen Lee wijst erop dat zowel de Kapp-putsch als de Bierhal-putsch mislukten vanwege een gebrek aan centrale coördinatie. Zie hiervoor Lee 2010, p. 78.
[233] Zie hiervoor Kieft 2017, p. 96-97.
[234] Evans 2004, p. 452.
[235] Storer 2013, p. 53-54. Zie voor de Bierhal-putsch ook Ian Kershaw, *Hitler. De biografie* (Margriet Agricola vert.), Utrecht: Het Spectrum 2011, p. 176-178 en Hett 2018, p. 85.
[236] Kieft 2017, p. 98.
[237] Peukert 1993, p. 222-223; Boterman 2005, p. 109.
[238] Dirk Schumann 2012, *Political violence in the Weimar Republic, 1918-1933. Fight for the streets and fear of civil war* (Thomas Dunlap vert.), New York: Berghahn Books 2012, p. 91-92.
[239] Zie hiervoor Kieft 2017, p. 27-31, 102-106.
[240] Zie eveneens Ian Kershaw, *Tot de laatste man. Duitsland 1944-1945* (Ronald Kuil en Tiny Mulder vert.), Houten: Het Spectrum 2018, p. 30. Hitler hield tot aan het einde van de Tweede Wereldoorlog vast aan de hier geventileerde overtuiging. Hij weigerde te capituleren hoewel het zo goed als zinloos was nog door te vechten:

> Was ich bekämpfe, ist nicht die Staatsform als solche, sondern der schmähliche Inhalt. Wir wollten in Deutschland die Voraussetzungen dafür schaffen, die allein es möglich machen, daβ die eiserne Faust unserer Feinde von uns genommen wird. Wir wollten Ordnung schaffen im Staatshaushalt, die Drohnen ausweisen, den Kampf gegen die internationale Börsenversklavung aufnehmen, gegen die Vertrustung unsrer ganzen Wirtschaft, den Kampf gegen die Politisierung der Gewerkschaften, und vor allem sollte wieder eingeführt werden die höchste Ehrenpflicht, die wir als Deutsche kannten, die Pflicht zur Waffe, die Wehrpflicht. Und da frage ich Sie: Ist das, was wir gewollt haben, Hochverrat?[241]

Opvallend in het verweer zijn de indirecte verwijzingen naar het Verdrag van Versailles, het sluiten van het Verdrag had er immers voor gezorgd dat militaire dienst (*die höchste Ehrenpflicht*, volgens Hitler) was afgeschaft en had volgens hem geleid tot economische problemen [*die Vertrustung unsrer ganzen Wirtschaft*]. Volgens Hitler hadden hij en de andere putschplegers daarom geen hoogverraad gepleegd, maar waren zij vanwege het lafhartige regime gedwongen tot een dergelijke daad over te gaan: "[d]ie Anklageschrift sagt, daβ wir die Herren in eine Zwangslage hineingestoβen haben. In die Zwangslage waren wir durch die Herren selber geraten, sie haben uns in die Zwangslage hineingestoβen".[242] Hitler werd door Neithardt enkel berispt voor de uitspraak dat hij daadwerkelijk van plan was de Rijkspresident aan te klagen, maar kon verder zijn gang gaan.[243]

Zowel dit gebrek aan berisping van Hitler tijdens het proces, de geboden mogelijkheid voor de putsch-plegers om het proces te gebruiken om hun politieke ideeën uit de doeken te doen (dit leverde hen nationale bekendheid op), alsook de straffen die uiteindelijk opgelegd werden, onderschrijven de stelling dat de rechterlijke macht politiek gekleurd was.[244] De aanklacht tegen Ludendorff werd geheel verworpen[245] en Hitler kreeg een luttele gevangenisstraf van slechts vijf jaar opgelegd, die hij mocht uitzitten in een luxe gevangenis in Landsberg.[246] Hij zat hiervan slechts een zeer geringe periode van acht en halve maand uit.[247] De andere putsch-plegers kregen eveneens lage straffen.[248] Dit is hoogst problematisch. Gesteld kan worden dat de daden van Hitler en zijn aanhangers, die de staat met geweld omver poogden te werpen, werden genormaliseerd.

"[e]r zou, zo verklaarde hij herhaaldelijk en met nadruk, geen herhaling van 1918 optreden, geen nieuwe versie van 'lafhartige' capitulatie aan het einde van de Eerste Wereldoorlog".

[241] 'Die Rede Hitlers während des Prozesses zum Hitler-Putsch', februari 1924. Vindplaats eventueel

[242] 'Die Rede Hitlers während des Prozesses zum Hitler-Putsch', februari 1924. Ewoud Kieft merkt in dit verband op dat het vaderland dat Hitler, Ludendorff en de anderen zouden hebben verraden niet door hen als zodanig werd erkend. Zie hiervoor Kieft 2017, p. 21. Zie eveneens Kieft 2017, p. 30-31, 33. Zie eveneens Bendersky 2014, p. 45.

[243] Zie Kieft 2017, p. 187.

[244] Zie Kieft 2017, p. 169.

[245] Kieft 2017, p. 191-192; Bendersky 2014, p. 45.

[246] Zie hiervoor bijvoorbeeld Hett 2018, p. 85. De Amerikaanse rechtsgeleerde Benjamin Hett spreekt over de gevangenis in Landsberg als een 'comfortabel appartement'.

[247] Kieft 2017, p. 194.

[248] Kieft 2017, p. 191-192; Bendersky 2014, p. 45.

Hitler beschouwde het verblijf in de gevangenis overigens geenszins als een straf, hij had – zoals hij zelf omschrijft – eindelijk de mogelijkheid een boek te schrijven:[249] "[d]aarmee [het melden in de gevangenis van Landsberg, RB] kreeg ik na jaren ononderbroken aan het werk te zijn geweest voor de eerste keer de mogelijkheid aan een boek te beginnen waar velen me om vroegen en dat mezelf nuttig voor de beweging leek".[250] Dit boek werd het eerste deel van *Mein Kampf* dat in 1925 uitkwam. Daarnaast maakten het plegen van de putsch, het verweer tijdens het proces en de veroordeling hem de held van contrarevolutionair of *völkisch* (een vergaande vorm van nationalisme) Duitsland. Hij werd overladen met brieven, bezoekers en geschenken.

De putsch en de hierop volgende aandacht voor het proces in de media waren volgens de Amerikaanse socioloog Theodore Abel (1896-1988) voor veel mensen die later lid werden van de NSDAP de aanleiding voor een eerste kennismaking met de partij.[251] Deze conclusie trekt hij uit de essays die later bekend werden als de 'Abel papers': 683 essays die werden geschreven als reactie op een door hem uitgezette prijsvraag in juni 1934. De prijsvraag was bedoeld voor mensen die voor 1 januari 1933 lid waren geworden van de NSDAP. Zij kregen de vraag voorgelegd waarom zij lid waren geworden van de NSDAP. Abel trok na analyse van deze essays in zijn boek *Why Hitler came into power* (1938) interessante conclusies (waarover ik later uitgebreider kom te spreken).

Al met al hadden de putsch, het proces en het verblijf in de gevangenis van Landsberg Hitler geen windeieren gelegd. Na zijn vrijlating in november 1924 kon hij in alle rust beginnen aan het opnieuw opbouwen van de politieke invloed van de toen nog verboden NSDAP. Hij besloot voortaan af te zien van een 'illegale revolutie' (zoals het plegen van een nieuwe putsch), de partij zou de macht moeten verwerven via democratische verkiezingen: er moest worden gestreefd naar een revolutie via de legale, parlementaire weg.[252] Met dit nieuwe inzicht wist hij de deelstaatregering van Beieren overigens ook te overtuigen dat er niet meer gevreesd hoefde te worden voor een nieuwe putsch. Dit was genoeg reden voor de deelstaatregering om het verbod op de partij in januari 1925 op te heffen.

§ 2.5.2. Economische problemen gedurende 1919-1923

De economische problemen van Duitsland in de periode tussen 1919 en 1923 werden veroorzaakt door steeds verder toenemende inflatie, die zich later zou ontwikkelen tot hyperinflatie en uiteindelijk zou leiden tot het volledig instorten van de Duitse economie in 1923.[253] De basis van deze inflatie werd gelegd in de Eerste Wereldoorlog. Duitsland had vanaf het begin van de oorlog geld geleend om de

[249] Kieft 2017, p. 194; Bendersky 2014, p. 45. Zie Willem Melching, 'Verantwoording', Adolf Hitler, *Mijn strijd* (Mario Molegraaf vert.), Amsterdam: Prometheus 2018, p. 15 over de uitgave van het boek: "Het eerste deel van *Mein Kampf* kwam uit op 18 juli 1925, het tweede deel op 11 december 1926. Daarna werden de beide boekdelen in één band samengevoegd".
[250] Hitler 2018, p. 24.
[251] Abel 1986, p. 69-70.
[252] Zie hiervoor bijvoorbeeld Evans 2004, p. 452 en Bendersky 2014, p. 46.
[253] Lee 2010, p. 21.

steeds verder oplopende kosten te kunnen dragen[254] en hoopte dit geld terug te verdienen na de oorlog door – ironisch genoeg – herstelbetalingen op te leggen aan de door haar verslagen vijanden.[255] Toen Duitsland zelf de oorlog verloor, was dit de eerste klap voor de economie. De overheid had daarnaast al ten tijde van de Eerste Wereldoorlog geld bijgedrukt zonder de waarde van dit geld te verzekeren. Hiermee was de inflatie al ten tijde van de Eerste Wereldoorlog begonnen.[256] Zo waren de prijzen voor levensmiddelen in juli 1915 al 40% hoger dan voor het uitbreken van de oorlog en waren deze tegen het einde van de oorlog waren zij bijna verdubbeld.[257] Net na afloop van de oorlog – die Duitsland achterliet met een staatsschuld van 156 miljard dollar[258] – was de inflatie nog niet desastreus, maar leidde deze juist tot een gunstig klimaat van investeringen, economische groei en dalende werkloosheid.[259] Al snel bleek de inflatie echter niet te stoppen te zijn en liep deze uit op een totale catastrofe. Haffner beschrijft het verloop van de devaluatie van de mark als volgt:

> Al in 1920 had de eerste sigaret die ik stiekem had gerookt, vijftig pfenning gekost [toen een hoog bedrag, RB]. Tot aan het eind van 1922 waren de prijzen geleidelijk aan steeds hoger geworden tot het tien- à honderdvoudige van het niveau van voor de oorlog [..]. Dit was echter geleidelijk aan gegaan; lonen, salarissen en prijzen waren over het geheel genomen evenredig verhoogd [..]. Nu [in 1923, na de bezetting van het Ruhrgebied, RB] draaide de mark dol.[260]

Hoe kon het dat de mark in 1923 'doldraaide'? De directe oorzaak hiervan is gelegen in de herstelbetalingen die Duitsland opgelegd kreeg na de Eerste Wereldoorlog. Aan het eind van 1922 liep Duitsland achter met het voldoen van deze betalingen. De Franse president Poincaré, die de herstelbetalingen als enige garantie voor vrede binnen Europa beschouwde,[261] gaf de Franse troepen hierop het bevel het industriegebied in de Ruhr bezetten.[262] De Fransen werden hierbij gesteund door de Belgen, terwijl de Britten duidelijk maakten dat zij niet bereid waren deel te nemen aan de actie.[263]

In Duitsland riep Rijkspresident Ebert na het binnentrekken van de Franse troepen de noodtoestand uit.[264] De regering riep de bevolking in het Ruhrgebied op tot 'passief verzet'. Dit betekende dat de productie in het gebied geheel werd stopgezet om te voorkomen dat Frankrijk zou profiteren van de bezetting. Echter, dit passieve verzet – dat werd bekostigd door het voortdurend

---

[254] Evans 2004, p. 103.
[255] Storer 2013, p. 86; Dassen 2014, p. 171.
[256] Evans 2004, p. 103.
[257] Balderston 2002, p. 33.
[258] Dassen 2014, p. 171.
[259] Kershaw 2016, p. 125.
[260] Haffner 2002, p. 57.
[261] Balderston 2002, p. 22.
[262] Peukert 1993, p. 59; Evans 2004, p. 105; Hett 2018, p. 84; Bendersky 2014, p. 10.
[263] Balderston 2002, p. 22.
[264] Zie Jacobson & Schlink 2002, p. 13. Arthur Jacobson en Bernard Schlink wijzen erop dat dit beroep op artikel 48 van de constitutie illustreert hoe de Rijkspresident zich gemakkelijk tot een belangrijke figuur kon ontpoppen in tijden van crisis.

bijdrukken van geld – bracht de fatale klap toe aan de toch al instabiele Duitse economie.[265] De inflatie veranderde in hyperinflatie[266] en in rap tempo verloor geld zijn waarde vrijwel geheel.[267] Het tempo waarin geld zijn waarde verloor, was zelfs zo rap dat de situatie zich voordeed dat iemand een kop koffie ter waarde van 5000 mark bestelde en bij het afrekenen (slechts een uur later) 8000 mark moest betalen. Friedrich Kroner beschrijft de situatie in een artikel in de *Berliner Illustrirte Zeitung* van 26 augustus 1923:

> It pounds daily on the nerves: the insanity of numbers, the uncertain future, today, and tomorrow become doubtful once more overnight. An epidemic of fear, naked need [..]. No disease is contagious as this one [..]. Rice, 80,000 marks a pound yesterday, costs 160,000 mark today, and tomorrow perhaps twice as much [..]. The zeros, *the multiplying zeros!*[268]

De steeds verder toenemende inflatie was niet alleen economisch, maar ook politiek gezien een ramp. Het leidde tot een steeds grotere fragmentatie en zorgde ervoor dat de kiezers in toenemende door partijen aan de extreme weerszijden van het politieke spectrum werden aangetrokken. Geld, inkomen en stabiliteit werden gezien als vervlogen waarden uit het bourgeois tijdperk van het Keizerrijk. Deze waarden waren failliet, net als het politieke systeem dat deze waarden voorstond – zo luidde de redenering. De hyperinflatie leidde tot grote onvrede over de Weimardemocratie en de partijen die haar vertegenwoordigden.[269] Dit wordt bijvoorbeeld geïllustreerd door de uitslagen van de verkiezingen van de Rijksdag op 4 mei 1924 waarbij de communistische KPD en nationalistische *Deutschnationale Volkspartei* (DNVP) overwinningen boekten.[270] De dag na de verkiezingen schrijft de *Deutsche Allgemeine Zeitung*: "[d]ie bisher bekannt gewordenen Zahlen lassen erkennen, daβ die allgemeine Erwartung über den Wahlausfall sich bestätigt hat und daβ die *radikalen Flügel* [cursivering RB] gestärkt worden sind".[271]

Het is niet verwonderlijk dat juist de DNVP na de crisis in het Ruhrgebied, die volgens veel mensen direct werd veroorzaakt door de herstelbetalingen in het Verdrag van Versailles, aan steun won. Het eerste speerpunt van de DNVP was namelijk de herziening van het Verdrag van Versailles:

> Die Freiheit des deutschen Volkes von fremder Zwangsherrschaft ist die Voraussetzung der nationalen Wiedergeburt. Auf freiem Boden ein neu erstarktes Reich, die abgerissenen deutschen Lande ihm wieder vereint, das ist und bleibt das Ziel aller deutschen Politik. Darum erstreben wir die Änderung des

---

[265] Peukert 1993, p. 60; Schumann 2012, p. 113.
[266] Balderston 2002, p. 36. Balderston verdeelt de inflatie in zeven fases. De eerste fase loopt van augustus 1914 tot november 1918 en de finale fase loopt van juni tot november 1923. Vanaf juni 1923 (de finale fase) kan worden gesproken van 'hyperinflatie', hetgeen ook blijkt uit de tabel op pagina 35.
[267] Evans 2004, p. 105; Kieft 2017, p. 126.
[268] *Berlin Illustrirte Zeitung*, 25 augustus 1923. Engelse vertaling ontleend aan Kaes, Jay & Dimendberg 1994, p. 63.
[269] Zie hiervoor Evans 2004, p. 109-111. Zie voor een soortgelijke beschouwing Storer 2013, p. 95-97 en Bendersky 2014, p. 10.
[270] Storer 2013, p. 23; Schumann 2012, p. 145.
[271] *Deutsche Allegemeine Zeitung*, 5 mei 1924.

> Versailler Vertrages, die Wiederherstellung der deutschen Einheit und den Wiedererwerb der für unsere wirtschaftliche Entwicklung notwendigen Kolonien.[272]

De hoeveelheid stemmers die de partij aantrok werd waarschijnlijk ook vergroot door een aantal artikelen over de dolkstootlegende die de nationalist Paul Cossmann (1869-1942) had gepubliceerd in aanloop naar de verkiezingen. Deze verkregen landelijke aandacht en werden door de DNVP gebruikt om stemmen te trekken. Hoewel niet met zekerheid te zeggen is dat de artikelen direct bijdroegen aan het trekken van stemmen door de DNVP, zijn de artikelen wel exemplarisch voor de aandacht die de dolkstootlegende kreeg in deze periode en hoe de mythe werd ingezet in de propaganda. De artikelen van Cosmann refereerden aan de betrokkenheid van de (M)SPD bij de stakingen van begin 1918 en ondermijnden hiermee de geloofwaardigheid van de SPD ten tijde van de Weimarrepubliek.

Ook in de periode na de verkiezingen, tijdens het smaadproces (november 1925) dat werd aangespannen tegen Cosmann door Martin Gruber (redacteur van het sociaaldemocratische *Münchener Post*), kreeg de mythe veel aandacht. Volgens de sociaaldemocratische krant *Vorwärts* werd de aanklacht door Gruber ingediend aangezien hij de artikelen van Cossmann beschouwde als 'the greatest possible insult towards the Social Democratic Party and its leadership by accusing them of treason against their country'.[273] Cosmann werd echter vrijgesproken door de rechtbank.

De hyperinflatie leidde tevens tot steeds verder toenemende criminaliteit. Deze werd enerzijds veroorzaakt omdat tastbare goederen de enige zaken waren die nog enige waarde bezaten en anderzijds omdat mensen soms simpelweg geen andere oplossing zagen dan voedsel te stelen om hun honger te stillen. Geweld nam, vooral in de steden, ten gevolge van de armoede en werkloosheid sterk toe.[274] Dit leidde voor veel mensen tot het idee dat er een burgeroorlog dreigde uit te breken. Dit is echter vooral gebaseerd op speculatie en niet op de werkelijkheid. De hyperinflatie leidde niet tot iets dat leek op een 'revolutionaire situatie'.[275]

De gebeurtenissen in het Ruhrgebied leidden wel tot een verandering in de buitenlandse politiek. Aangezien de Duitse economie ten gevolge van de hyperinflatie geheel was ingestort, werd het – ook in Frankrijk – duidelijk dat Duitsland de herstelbetalingen niet langer kon voldoen.[276] Een commissie van financieel experts, onder leiding van de Amerikaanse Charles Dawes (1865-1951), kwam bijeen om nieuwe, realistischere voorwaarden voor betaling te formuleren. Dit resulteerde in het 'Dawesplan' dat in april 1924 werd voorgesteld en op 1 september 1924 in werking trad.[277] Toen

---

[272] Grundsätze der Deutschnationalen Volkspartei (1920).
[273] *Vorwärts*, 21 november 1925. Engelse tekst ontleend aan Vascik & Sadler 2015, p. 168.
[274] Evans 2004, p. 110-111; Storer 2013, p. 97.
[275] Schumann 2012, p. 134.
[276] Zie hiervoor Lee 2010, p. 76. Stephen Lee beschrijft dat dit in principe het doel was geweest van de Duitse binnenlandse politiek.
[277] Storer 2013, p. 100. Voor de voorwaarden van het Dawesplan, zie Balderston 2002, p. 23.

duidelijk werd dat een nieuw plan dat de betaling van de herstelbetalingen zou garanderen tot stand zou worden gebracht, trok Frankrijk zijn troepen terug uit het Ruhrgebied.[278]

In Duitsland werd een begin gemaakt met het opbouwen van een nieuw financieel stelsel. Een nieuwe munt, de 'Rentenmark', werd geïntroduceerd.[279] De waarde van deze munt werd niet langer gebaseerd op de goudstandaard, maar op onroerend goed en land. De nieuwe munt werd al snel geaccepteerd en de economie stabiliseerde.[280] Echter, begin 1924 begon de waarde van de munt opnieuw te dalen. Hierna werd wederom een nieuwe munt (de Rijksmark) geïntroduceerd in september 1924 en werd de Rijksbank [*Reichsbank*] onder toezicht geplaatst van een controlerend orgaan, gevestigd in het Dawesplan.[281] Het feit dat de Amerikanen opnieuw betrokken raakten bij het stellen van de voorwaarden van het Verdrag droeg bij aan de latere politieke stabilisatie in Europa en Duitsland tussen 1924 en 1929,[282] maar zorgde eveneens voor toegenomen betrokkenheid van de Amerikanen bij de Duitse economie – hetgeen later vergaande consequenties zou hebben waarover ik in paragraaf 2.7.1 kom te spreken.

§ 2.6. Stilte voor de storm. Weimars 'gouden jaren': 1924-1929

Na de inwerkingtreding van het Dawesplan brak een periode aan die beschouwd kan worden als een periode van relatieve rust en die in de literatuur soms zelfs wordt aangeduid als Weimars 'gouden jaren'. De gebeurtenissen in het Ruhrgebied hadden het merendeel van het Duitse volk duidelijk gemaakt dat het zich geen illusies hoefde te maken: Duitsland was gedwongen de herstelbetalingen te voldoen en protest tegen deze betalingen had geen zin. Dit besef leidde onder de regering tot een verandering in het buitenlandbeleid, die werd voorgestaan door de Minister van Buitenlandse Zaken: Gustav Stresemann (1878-1929)[283] van de rechts-liberale *Deutsche Volkspartei* (DVP). Hoewel hij tijdens de Eerste Wereldoorlog een groot voorstander van *Siegfrieden* was geweest, zette hij zich nu in voor het meewerken aan het vervullen van de bepalingen zoals neergelegd in het Verdrag van Versailles. [284] Deze *Erfüllungspolitik* droeg bij aan het verbeteren van de relatie tussen Duitsland en de geallieerden.[285] Zo werd in oktober 1925 het Verdrag van Locarno gesloten, dat tot stand kwam na een conferentie in het Zwitserse Locarno die plaatsvond tussen 5 en 16 oktober. In dit Verdrag erkende Duitsland de westelijke grenzen van België en Frankrijk en kwamen Frankrijk, België en Duitsland overeen elkaar niet aan te vallen om zo een herhaling van de invasie van het Ruhrgebied te

[278] Peukert 1993, p. 60, 195.
[279] Evans 2004, p. 109; Kershaw 2016, p. 184.
[280] Evans 2004, p. 109.
[281] Balderston 2002, p. 58-59.
[282] Balderston 2002, p. 23.
[283] Peukert 1993, p. 193. Voor een beschrijving van de levensloop van Gustav Stresemann, zie Hett 2018, p. 86-89.
[284] Storer 2013, p. 126.
[285] Peukert 1993, p. 201.

voorkomen. Op 1 december 1926 begon een geleidelijke terugtrekking van de geallieerde troepen uit het Rijnland. Duitsland trad in datzelfde jaar toe tot de Volkenbond[286] en ondertekende voorts op 27 augustus 1928 samen met 22 andere landen het Briand-Kellog-Verdrag, waarin werd bepaald dat een aanvalsoorlog in de toekomst als onrechtmatig moest worden beschouwd.

Hoewel deze periode, zoals gezegd, relatieve stabiliteit vertegenwoordigde en de integratie van Duitsland in de internationale gemeenschap langzaam toenam, moet deze stabiliteit mijns inziens niet worden overschat. In deze periode werden de fundamenten gelegd voor een nieuwe crisis, die in de daaropvolgende jaren tot uiting zou komen.[287] Het was, zoals het spreekwoord luidt, stilte voor de storm. In de woorden van Haffner: "[t]e veel rampspoed diende zich onder de oppervlakte aan, te veel demonisch kwade krachten bleven op de achtergrond voelbaar, weliswaar geboeid en stom gemaakt voor het ogenblik, maar niet werkelijk geliquideerd".[288]

De relatief rustige jaren werden bijvoorbeeld niet gekenmerkt door stabiele regeringen. Hoewel het probleem nog niet – zoals later het geval was – werd gevormd door de onmogelijkheid een regering te formeren die werd gesteund door een meerderheid in de Rijksdag, bleek het wel onmogelijk om een stabiele meerderheidsregering te vormen.[289] De tegenstelling tussen en fragmentatie van de politieke partijen werd namelijk steeds groter gedurende deze periode.[290] Daarnaast begonnen 'radicale' partijen zich te ontwikkelen en zagen zij hun aanhang groeien.[291] Zo legde de NSDAP juist gedurende deze periode de basis voor het latere succes.[292] In 1925 stonden er officieel slechts 27.117 mensen geregistreerd als lid van de partij, maar in 1928 was dat aantal al zo goed als verviervoudigd naar 108.717. Tijdens de landelijke verkiezingen van 1928 haalde de partij ongeveer 2,6% van de stemmen (ongeveer 810.000 mensen hadden op de NSDAP gestemd). Een verklaring hiervoor kan bijvoorbeeld worden gevonden in het feit dat de economische crisis weliswaar voorbij was, maar dat de schade die deze crisis had aangericht niet was verdwenen: spaargeld was verdampt, leningen waren verloren – vooral onder de middenklasse was de gelegen schade en ontevredenheid groot. Daarnaast steeg de werkloosheid in deze periode. Het toenemende succes van de NSDAP was enkel een voorbode voor wat er zou kunnen gebeuren indien een nieuwe crisis de kop op zou steken.

---

[286] Peukert 1993, p. 200; Hett 2018, p. 89; Dassen 2014, p. 344; Sharp 2010, p. 51-52. De Volkenbond was na de Eerste Wereldoorlog opgericht en streefde vanaf 1920 naar internationale vrede en samenwerking. Zie hiervoor Kershaw 2016, p. 144. De Volkenbond was gebaseerd op het laatste punt in Woodrow Wilsons Veertienpunten-plan van 8 januari 1918: "A general association of governments must be formed under specific covenants for the purpose of affording mutual guarantees of political independence and territorial integrity to great and small States alike".

[287] Kershaw 2016, p. 180-181.

[288] Haffner 2002, p. 77.

[289] Lee 2010, p. 90-91.

[290] Lee 2010, p. 92.

[291] Lee 2010, p. 92-93.

[292] Peukert 1993, p. 236.

De stabiele jaren maakten eveneens geen einde aan de steeds verder gemilitariseerde politieke cultuur, waarvan de basis was gelegd tussen 1921 en 1924 toen na het verbod van de Freikorpsen andere militaire en politieke verbanden (zoals de Staalhelm) werden gesticht. In de relatief stabiele periode begonnen politieke bijeenkomsten van deze verbanden steeds belangrijker te worden. Deze bijeenkomsten, die vaak werden bewaakt door paramilitairen, waren een broedplaats voor geweld. Door het toenemende potentieel van auto's en trucks begon de politiek zich steeds meer op straat af te spelen.[293] Vijandschap was de notie die in toenemende mate het politieke debat beheerste. Voor de nationalistische partijen waren de communisten bij uitstek de vijand waartegen zij zich richtten. De communisten richtten zich op hun beurt tegen de Weimarstaat en pleitten voor een proletarische revolutie. De NSDAP was een van de weinige partijen die zich openlijk tegen de Joden richtte.[294]

Net als de politieke stabiliteit, was ook de economische stabiliteit onheilspellend voor de jaren die zouden volgen. Na de totstandkoming van het Dawesplan en de nieuwe munt waren de economische problemen, zoals beschreven, (voorlopig) voorbij.[295] De Duitse economie ontwikkelde zich tot de tweede economie van de wereld, na die van de Verenigde Staten.[296] De economische stabiliteit en groei werden echter bereikt door grote aantallen kortlopende leningen uit de Verenigde Staten.[297] Het percentage geleend geld liep in Duitsland tussen 1924 en 1928 op tot 25% van het nationaal inkomen.[298] Dit leidde ertoe dat de Duitse economie in de praktijk al snel volledig afhankelijk werd van deze leningen en hiermee van de economische situatie in de Verenigde Staten.[299]

Daarnaast zorgden de herstelbetalingen ook in de relatief rustige jaren voor aanhoudende spanningen. In 1928 zou het termijnbedrag van de betalingen omhooggaan. De Amerikaanse Owen Young (1874-1962) deed hierop een voorstel tot herziening van het Dawesplan. Het termijnbedrag zou naar beneden worden bijgesteld, maar Duitsland zou wel tot in 1988 herstelbetalingen dienen te betalen aan de geallieerden.[300] Een aantal nationalistische bewegingen, waaronder de NSDAP, verenigden zich in het verzet tegen het Young-plan en eisten dat de bevolking zich hier in een referendum over zou kunnen uitspreken. Uiteindelijk kwam dit referendum er, maar stemde slechts 14% van de bevolking tegen. Hoewel een ruime meerderheid van de bevolking aldus voor de aanname van het Young-plan bleek te zijn, leverde het de groeperingen die zich tegen het plan hadden gekeerd in de jaren die volgden, onder invloed van nieuwe crises, een welkom propagandamiddel op. Vooral

[293] Schumann 2012, p. 185-187.
[294] Schumann 2012, p. 200.
[295] Lee 2010, p. 86; Storer 2013, p. 54.
[296] Lee 2010, p. 88.
[297] Hett 2018, p. 127.
[298] Balderston 2002, p. 62.
[299] Lee 2010, p. 90; Jacobson & Schlink 2002, p. 13; Peukert 1993, p. 196.
[300] Bendersky 2014, p. 58; Balderston 2002, p. 25.

de NSDAP wist na de economische crisis van 1929 (waarover ik in paragraaf 2.7.1 kom te spreken) vanwege het verzet tegen de aanname van het plan veel extra stemmen te trekken.[301]

De economische crisis van 1929 betekende het einde van Weimars 'gouden tijdperk', waarvan de stabiliteit aldus niet moet worden overschat. Onderhuids bleven spanningen aanwezig, terwijl de Republiek niet de tijd kreeg om deze spanningen werkelijk te overkomen: een nieuwe periode van crisis diende zich spoedig aan.

§ 2.7. Weimars tweede crisisjaren: 1929-1933

De dood van Stresemann op 3 oktober 1929 valt bijna exact samen met het einde van Weimars 'gouden jaren' tussen 1924 en 1929.[302] In de periode tussen 1929 en 1933 stak het klimaat van economische en politieke crises dat de Republiek eerder had gekenmerkt wederom de kop op. De economische crisis werd veroorzaakt door de 'Wall Street crash' eind oktober 1929 in de Verenigde Staten, die direct invloed uitoefende op de toch al fragiele politieke situatie in Duitsland.[303] De economische crisis leidde al snel tot een politieke crisis en steeds meer mensen voelden zich aangetrokken tot de nationalistische retoriek in het algemeen en de partij van Hitler, de NSDAP, in het bijzonder.[304] In deze paragraaf beschrijf ik de crises van politieke en economische aard waar de Weimarrepubliek gedurende haar laatste jaren mee te maken kreeg.

§ 2.7.1. Economische crisis: de Beurskrach *van 1929*

Na de stabilisatie van het Duitse financiële systeem in 1924, was Duitsland terecht gekomen in een wereldwijde leningencirkel. Duitsland betaalde herstelbetalingen aan (onder andere) Groot-Brittannië en Frankrijk. Deze landen gebruikten, op hun beurt, de Duitse herstelbetalingen om hun schulden – gecreëerd in de Eerste Wereldoorlog – te voldoen aan de Verenigde Staten. Ten slotte leende de Verenigde Staten dit geld weer aan Duitsland, in de vorm van kortlopende leningen.[305] De Duitse economie werd hierdoor in aanzienlijke mate afhankelijk van de Amerikaanse economie in het algemeen en deze kortlopende leningen in het bijzonder. Toen de economische situatie in de Verenigde Staten begon te verslechteren, had dit derhalve eveneens grootschalige gevolgen voor de Duitse economie. De desastreuze gevolgen voor de Duitse economie waren het directe gevolg van het instorten van de effectenbeurs van Wall Street die meestal wordt gedateerd op 24 oktober 1929 (*Black Thursday*[306]) of op 29 oktober (*Black Tuesday*), terwijl er feitelijk sprake was van een

[301] Zie eveneens Bendersky 2014, p. 59.
[302] Kershaw 2016, p. 220; Bendersky 2014, p. 61.
[303] Lee 2010, p. 150, 156.
[304] Kershaw 2011, p. 227.
[305] Storer 2013, p. 105-106; McElvaine 2009, p. 34.
[306] Kershaw 2016, p. 183.

aaneenschakeling van dalende cijfers van de beurs tussen 3 september en 13 november[307] – en de Grote Depressie die hierop volgde.

Voorafgaand aan de crisis, tussen 1922 en 1929, hadden de Verenigde Staten een enorme economische groei gekend. Deze economische *boom* werd later bekend onder de naam 'Coolidge Prosperity', genoemd naar de Amerikaanse president van 1923 tot 1929: Calvin Coolidge (1872-1933),[308] en de welvarende jaren '20 van de twintigste eeuw in Amerika kwamen later bekend te staan als de 'New Era'. De *boom* was veroorzaakt door de enorme vooruitgang van de techniek en vooral door de verkoop van auto's die hierdoor tot ongekende hoogte steeg. Kenmerkend voor de rijkdom die de New Era met zich meebracht, was dat praktisch iedereen ervan profiteerde – maar niet in gelijke mate. Vooral de 24.000 rijkste Amerikaanse families profiteerden van de economische groei. In 1929 verdienden deze families (samen 0,1% van de Amerikaanse populatie) net zoveel als de 42% (11,5 miljoen) armste families tezamen. De toename van hun rijkdom werd vooral veroorzaakt door de groeiende productiviteit, die wederom mogelijk werd gemaakt door technologische vooruitgang. Echter, aangezien een groot deel van de Amerikaanse populatie veel minder geld te besteden had dan een (heel) klein deel, ontstond er al snel een productieoverschot. Dit overschot liep verder op door de toenemende investeringen van de kleine groep rijken.[309]

Ondertussen nam speculatie op de aandelenmarkt een vlucht, aandelen werden opgekocht om ze zo snel mogelijk weer door te verkopen voor een hogere prijs. Tijdens de economische *boom* stegen de winsten die hiermee behaald konden worden tot duizelingwekkende hoogte. Het systeem was echter gedoemd om vroeg of laat in te storten. Zoals de Amerikaanse historicus Robert McElvaine (geb. 1947) het treffend beschrijft in zijn boek *The great depression. America, 1929-1941* (1984):

> [..] the New Era economy was peculiarly dependent on a continued high level of luxury spending and investment by those receiving a disproportionately large share of the national income. If something caused a sudden loss of confidence by these affluent Americans, the whole economic structure might collapse, particularly if the decline [..] coincided with the loss of foreign markets and a saturation of the credit-purchase market at home. Just such a confluence occurred in the fall of 1929.[310]

De eerste tekenen van terugloop van de groei van de New York Times Index op Wall Street werden waargenomen op 3 september 1929. Deze terugloop ontwikkelde zich langzaam, tot de klap volgde in de dagen rond 23 en 24 oktober. De *brokers* verloren hun vertrouwen in de aandelenmarkt, waardoor zij hun aandelen zo snel mogelijk van de hand wilden doen, met rap dalende prijzen tot gevolg. De ineenstorting van de effectenbeurs, die vanaf eind november een feit was, werd gevolgd door afname van investeringen door de kleine groep rijken waar de economie in toenemende mate van afhankelijk was geworden; zij verloren immers hun vertrouwen in de winstgevendheid van de investeringen. De

[307] McElvaine 2009, p. 46.
[308] McElvaine 2009, p. 16.
[309] McElvaine 2009, p. 38-41.
[310] McElvaine 2009, p. 41.

industriële productie en Amerikaanse import liepen dientengevolge snel terug: de Grote Depressie deed zijn intrede. De gevolgen van deze Depressie waren in de Verenigde Staten enorm, zo steeg de werkloosheid van 3,2 naar 24,9% tussen 1929 en 1933.[311]

De Amerikaanse economische depressie mondde uit in een vrijwel wereldwijde economische depressie. Ook in Duitsland waren de gevolgen voor de economie bijzonder groot. Zo vroegen de Amerikaanse geldschieters de geleende bedragen – waar Duitsland in grote mate van had kunnen profiteren en afhankelijk van was geworden – terug,[312] terwijl Duitsland ook gehouden bleef de herstelbetalingen te voldoen aan Frankrijk, België en Groot-Brittannië.[313] Alles bij elkaar leverde dit een enorme belasting op voor de Duitse economie.

Tegen 1930 had de massale werkloosheid, die de Verenigde Staten eerder had getroffen ten gevolge van de crisis, ook het Europese vaste land bereikt.[314] In Duitsland was het aantal werklozen in de periode 1925-1926 al sterk toegenomen door de steeds verder doorgevoerde rationalisatie in de industriële sector. In 1927 was een werkloosheidsregeling ingevoerd, die sinds de invoering al ernstig onder druk stond. De Staat was toen al amper in staat om alle werklozen van een uitkering te voorzien.[315] Na de *Beurskrach* en de hierop volgende economische depressie werd de druk op dit stelsel verder opgevoerd en raakte het overbelast: de Staat was simpelweg niet bij financiële machte om het grote aantal werklozen van een uitkering te voorzien.[316] In 1932 bereikte de werkloosheid een hoogtepunt, op dat moment waren 20 van de 65 miljoen Duitsers werkeloos.[317] Volgens schattingen zaten er daarnaast nog ministens 2 miljoen mensen zonder baan, die niet officieel stonden geregistreerd als werkloos.[318] In datzelfde jaar werden de verplichting herstelbetalingen onder het Verdrag van Versailles, vanwege Duitslands ernstige financiële problemen, opgeheven.[319]

In aanzienlijke mate werden ook banken door de crisis getroffen. De bankencrisis begon in mei 1931 in Oostenrijk nadat bekend werd dat Kreditanstalt, een van de grootste banken van het land, enorme verliezen had geleden. De bankencrisis verspreidde zich snel over de rest van Europa en bereikte in Duitsland zijn hoogtepunt met een algemene sluiting van banken tussen 13 juli en begin augustus.[320] Twee Duitse banken gingen gedurende deze periode failliet.[321] Deze banken, DANAT en Darmstadt, waren een van de grootste banken van Duitsland op dat moment. Hun faillissementen

[311] McElvaine 2009, p. 75.
[312] Lee 2010, p. 157.
[313] Storer 2013, p. 107.
[314] Kershaw 2016, p. 236.
[315] Hett 2018, p. 127.
[316] Kershaw 2016, p. 192.
[317] Kershaw 2016, p. 237. Zie ook Bendersky 2014, p. 60.
[318] Balderston 2002, p. 79.
[319] Zie Udo di Fabio, *Der Weimarer Verfassung: Aufbruch und Scheitern. Eine verfassungshistorische Analyse,* München: C.H. Beck 2018, p. 120-121.
[320] Balderston 2002, p. 85-86.
[321] Kershaw 2011, p. 256.

waren een rechtstreeks gevolg van het trauma dat de Duitse bevolking had opgelopen tijdens de hyperinflatie van 1923. Toen inflatie, ten gevolge van de depressie, opnieuw inzette, haastten veel spaarders zich naar de bank om hun spaargeld op te nemen. De banken, die toch al onder druk stonden, konden in toenemende mate niet meer voldoen aan de eisen van de spaarders en vielen om.[322]

§ 2.7.2. Politieke crises gedurende 1929-1933

In de Verenigde Staten leidde de economische depressie tot felle kritiek op de politieke leiders en het economische systeem. Vooral de Republikeinse president ten tijde van de Crash op Wall Street, Herbert Hoover (1874-1964), kreeg het zwaar te verduren. Onder grote delen van de bevolking werd hij persoonlijk verantwoordelijk gehouden voor de economische malaise en de schrijnende situatie waarin veel mensen dientengevolge terecht waren gekomen. De benarde economische situatie leidde tot – in sommige gevallen grootschalige – protesten onder de bevolking en de dreiging van een revolutie hing in de lucht.[323] In 1932 stonden belangrijke presidentsverkiezingen gepland en zoals McElvaine treffend beschrijft: "[t]he person elected president in 1932 would have what might well be the last chance to save the system through peaceful change. It was one of history's critical moments".[324]

Deze verkiezingen resulteerden in een overwinning van de Democraat Franklin Roosevelt (1888-1945). Roosevelt werd door grote delen van de bevolking beschouwd als een vaderlijke figuur die de natie kon bevrijden uit de benarde situatie. Hij was een democratische en gematigde figuur, want terwijl er in de Senaat welwillendheid bestond om vergaande bevoegdheden over te dragen aan de president, hield Roosevelt zijn bevoegdheden beperkt tot het absolute minimum.[325] Onder Roosevelts leiding en het grote vertrouwen onder de bevolking dat hij genoot, werden vergaande hervormingen doorgevoerd binnen het bestaande systeem – deze hervormingen werden bekend onder de naam 'New Deal'.[326] In Amerika leidde de economische crisis hiermee niet tot een revolutie of dictatuur. Dit Amerikaanse voorbeeld toont aan dat personen een belangrijke invloed kunnen hebben op het verloop van de geschiedenis, vooral ten tijde van – in de woorden van McElvaine – 'history's critical moments'. Het toont tevens aan dat het geen vanzelfsprekendheid is dat er in een (economische) crisis altijd wordt gekozen voor 'extreme' partijen.

In Duitsland leidde de depressie eveneens tot protesten onder de bevolking. De depressie werkte hier als katalysator op de al explosieve politieke situatie en er leefden grote zorgen over de

[322] Storer 2013, p. 109.
[323] Zie McElvaine 2009, p. 91-92 voor voorbeelden van onrust onder de bevolking in de periode 1931-1932.
[324] McElvaine 2009, p. 94.
[325] McElvaine 2009, p. 167.
[326] Zie voor New Deal-wetgeving bijvoorbeeld McElvaine 2009, p. 148-163.

toekomst onder de bevolking.[327] In tegenstelling tot in de Verenigde Staten, mondde de economische crisis hier uit in een totale crisis van zowel Staat als samenleving.[328] De democratische partijen kregen de schuld van de crisis en kiezers keerden zich in toenemende mate af van deze gematigde, democratische politieke partijen.[329] 75% van de Duitsers bleek in deze periode de voorkeur te geven aan een dictatuur: een militaire zoals voorgestaan door de conservatieve nationalisten, een proletarische zoals voorgestaan door de communisten of een met Hitler, de sterke man, als leider van de natie.[330]

Feitelijk waren de eerste stappen richting een meer autoritair bewind in Duitsland al in 1925 gezet, toen de overleden sociaaldemocratische Rijkspresident Ebert werd opgevolgd door Hindenburg.[331] Hindenburg, als een van de belangrijkste vertegenwoordigers van de dolkstootlegende,[332] kan zeker in vergelijking met Ebert worden beschouwd als een (meer) antidemocratische en contrarevolutionaire kracht. Zijn antidemocratische houding kwam echter pas later tot uiting, toen het kabinet van de sociaaldemocratische Rijkskanselier Hermann Müller (1890-1967) ten val kwam. Het kabinet-Müller, dat sinds 1928 aan de macht was en een van de meest stabiele regeringen sinds de geboorte van de Weimarrepubliek was geweest, kon het niet eens worden over de benodigde maatregelen om de economische crisis tot een einde te brengen. Op 27 maart 1930 diende Müller zijn ontslag in en zijn kabinet was hiermee het eerste politieke slachtoffer van de Grote Depressie. Het ontslag van Müller bleek later het begin van het einde van de Weimardemocratie. Hierna regeerde namelijk geen enkele regering – tot die van Hitler vanaf maart 1933 – meer met een meerderheid in de Rijksdag.[333]

Müller werd opgevolgd door Heinrich Brüning (1885-1970).[334] Brüning, die officieel behoorde tot de katholieke *Zentrum*-partij, maakte er geen geheim van de voorkeur te geven aan een autoritaire regeringsvorm.[335] Hij maakte deel uit van de conservatieve clique die zich rondom Hindenburg vormde. Deze clique beschouwde het regeren op basis van artikel 48 als de uitgelezen kans om de machtsbasis van de conservatieve elite (bijvoorbeeld het leger en de industriëlen) te vergroten. De leden van de clique gebruikten – of beter gezegd, misbruikten – de politieke en economische crisis, en de onvrede onder de bevolking die hiermee gepaard ging, om de parlementaire

[327] Kershaw 2016, p. 243; Kershaw 2011, p. 227. Dit uitte zich bijvoorbeeld ook in het indienen van een ontwerpvoorstel voor vrijwillige sterilisatie van mensen met een erfelijke afwijking. Zie hiervoor Kershaw 2016, p. 245.
[328] Kershaw 2016, p. 247.
[329] Storer 2013, p. 171.
[330] Kershaw 2016, p. 253. Zie hiervoor ook Evans 2004, p. 442-443.
[331] Storer 2013, p. 173.
[332] Hett 2018, p. 126. Zie hiervoor eveneens 'Paul von Hindenburg. The Stab in the Back' (Kaes, Jay & Dimendberg 1995, p. 15-16).
[333] Evans 2004, p. 247, 275.
[334] Kershaw 2011, p. 230. Zie over de politieke voorkeuren van Brüning, Hett 2018, p. 127-129.
[335] Bendersky 2014, p. 64.

democratie om te buigen naar een autoritaire dictatuur.[336] In toenemende mate werd artikel 48 van de constitutie, dat was bedoeld om de Republiek te beschermen in tijdens van crisis, ingezet als permanente machtsbasis. Hiermee werd de Rijksdag buiten spel gezet.[337] In dit artikel, waarover ik in paragraaf 3.6 verder kom te spreken, was het volgende bepaald:

> Der Reichspräsident kann, wenn im Deutschen Reiche die öfftentliche Sicherheit und Ordnung erheblich gestört oder gefährdet wird, die zur Wiederherstellung der öffentlichten Sicherheit und Ordnung nötigen Maβnahmen treffen, erforderlichenfalls mit Hilfe der bewaffneten Macht einschreiten. Zu diesem Zwecke darf er vorübergehend die in den Artikeln 114, 115, 117, 118, 123, 124 und 153 festgesetzten Grundrechte ganz oder zum Teil auβer Kraft setzen.[338]

De aanwending van dit artikel moet tot op zekere hoogte ook worden beschouwd als onvermijdelijk, aangezien het na 27 maart 1930 – toen de sociaaldemocraten na het ontslag van Müller weigerden nog langer aan een coalitie deel te nemen – vrijwel onmogelijk was geworden een regering te vormen die werd gesteund door een meerderheid in de Rijksdag.[339] Om dit gebrek te compenseren, werd gebruik gemaakt van artikel 48 van de constitutie. Hiermee waren feitelijk de eerste stappen richting de uitholling van de parlementaire democratie en richting een autoritair regime gezet.[340] De inzet van dit artikel illustreert hiermee het gevaar dat gelegen is in het inzetten van noodbevoegdheden: wie zorgt er immers voor dat deze noodbevoegdheden weer worden afgestaan? Onder iemand als Ebert had dit geen probleem geleken, maar nu – in een situatie waarin de conservatieve clique rondom Hindenburg steeds meer macht naar zich toetrok – leek deze vraag ineens urgent.

Onder Hindenburg en de conservatieve clique heerste grote angst voor een communistische revolutie. Deze angst werd in de hand gewerkt door de economische crisis waardoor een steeds grotere groep mensen hun baan verloor. Overdag hingen veel van deze mensen op straat, hetgeen bijdroeg aan een gevoel van onveiligheid en van voortdurend dreigende criminaliteit.[341] Dit leidde tot het idee dat een communistische revolutie, en hiermee de vernietiging van het kapitalisme, in de lucht hing. Echter, de dreiging van het communisme was in werkelijkheid uiterst beperkt. De nadruk op deze 'dreiging' zorgde er wel voor dat de werkelijke dreiging, namelijk die vanuit Hitler en zijn NSDAP,

---

[336] Lee 2010, p. 157.

[337] Kershaw 2011, p. 231; Lee 2010, p. 155. Zie hierover ook Bendersky 2014, p. 62-63. Het regeren op basis van artikel 48 was al ten tijde van eerdere crises gewoonte geworden. Zie hiervoor Ellen Kennedy, *Constitutional Failure. Carl Schmitt in Weimar,* Durham/Londen: Duke University Press 2004, p. 155-156.

[338] 'Die Verfassung des Deutschen Reichs' (Weimarer Verfassung). In artikel 114 van de constitutie was het recht op vrijheid neergelegd, in artikel 115 het verbod op het binnentreden van de woning en in artikel 117 het recht op privacy. Voorts garandeerde artikel 118 de vrijheid van meningsuiting, artikel 124 het recht op vrijheid van vereniging en artikel 153 het recht op eigendom.

[339] Lee 2010, p. 36, 38; Benjamin Schupmann, *Carl Schmitt's State and Constitutional Theory. A Critical Analysis,* Oxford: Oxford University Press 2017, p. 2. Zie hiervoor ook Marc de Wilde, *Verwantschap in Extremen. Politieke Theologie bij Walter Benjamin en Carl Schmitt* (diss.), Amsterdam: Vossiuspers UvA-Amsterdam University Press 2008, p. 94.

[340] De politicoloog Ellen Kennedy spreekt over de 'moderate phase of presidential government'. Zie hiervoor Kennedy 2004, p. 163.

[341] Evans 2004, p. 237.

door de conservatieven werd onderschat. In de woorden van Evans: "[..] bourgeois sympathies were generally on the side of the Nazis, who, after all, were not threatening to destroy capitalism or create a 'Soviet Germany' if they came to power".[342]

De taak van de nieuwe regering-Brüning was vooral een einde te maken aan de steeds verder verslechterende economische situatie. Brüning poogde dit te bewerkstelligen door radicale deflatoire maatregelen, die vooral de vorm aannamen van vergaande beperkingen van de overheidsuitgaven.[343] Deze maatregelen verhinderden niet dat de economische situatie verder verslechterde en dat de levensstandaard van vooral de langdurige werklozen steeds verder achteruitging. Zoals ik beschreef in pararaaf 2.7.1 vielen in de zomer 1931 ook nog eens de banken Darmstadt en DANAT om.[344] Er was op dat moment geen enkel teken dat duidde op een verbetering van de economische situatie binnen afzienbare tijd. Op 8 december kondigde Brüning, gesteund door Hindenburg, op basis van artikel 48 een decreet af dat onder andere de inkomens terugbracht naar het niveau van 1927. Hierna kwam hij bekend te staan als de 'hongerkanselier'. Brüning was de minst populaire kanselier tot dan toe,[345] maar wist zijn positie tot mei 1932 te behouden middels steun van Hindenburg en de aanwending van artikel 48.

Op 14 september 1930 hadden voor het eerst sinds de economische crisis verkiezingen plaatsgevonden. Deze verkiezingen markeerden het begin van het groeiende electorale succes van de NSDAP.[346] De partij behaalde 18,3% van de stemmen en brak officieel door in de landelijke politiek.[347] De *Deutsche Allgemeine Zeitung* spreekt de dag erna over een 'sensatie van wereldformaat' [*Weltsensation*].[348] De verkiezingsuitslag van september 1930 was een schok voor de traditionele partijen: zij hadden niet verwacht dat de weinig concrete retoriek van Hitler zo veel kiezers zou trekken.[349] De kiezers bleken echter niet geïnteresseerd te zijn in een coherent verkiezingsprogramma; een stem op de NSDAP werd gezien als een stem tegen de falende Weimardemocratie waar zij zich in steeds grotere getalen tegen keerden.[350]

De NSDAP wist bij uitstek te profiteren van de economische crisis.[351] Een groot voordeel was dat zij zich kon presenteren als de enige partij die nooit betrokken was geweest bij de veelvuldig bekritiseerde Weimardemocratie, die nu door velen verantwoordelijk werd gehouden voor de economische malaise.[352] Een NSDAP-stemmer verwoordt dit sentiment onder de bevolking treffend

[342] Evans 2004, p. 243.
[343] Evans 2004, p. 252.
[344] Evans 2004, p. 253.
[345] Zie hiervoor Evans 2004, p. 254-255.
[346] Bendersky 2014, p. 68.
[347] Kershaw 2016, p. 232.
[348] *Deutsche Allgemeine Zeitung*, 15 september 1930.
[349] Evans 2004, p. 259.
[350] Evans 2004, p. 265.
[351] Zie hiervoor De Wilde 2008, p. 94.
[352] Kershaw 2011, p. 227; Storer 2013, p. 184.

wanneer hij beschrijft waarom hij zich wel bij de NSDAP wilde aansluiten en op deze partij wilde stemmen, maar niet op een 'oude partij' die zich tegen de regering richtte (zoals de DNVP):

> I was unwilling to join any of the old parties. Naturally, I voted right at the elections, but I was never convinced of the merits of those elected. We in Germany had been deceived too often to warrant trust in any party.[353]

De NSDAP werkte de kritiek op de Weimardemocratie in de hand door veelvuldig de radicale versie van de dolkstootlegende te propageren, waarbij de partij benadrukte dat het regime van de Weimarrepubliek – geleid door Joden en bedriegers die met de Joden 'collaboreerden' – verantwoordelijk was voor de economische malaise. Zo kwam deze versie van de dolkstootlegende niet alleen tegemoet aan de groeiende weerstand jegens de Weimardemocratie, maar voorzag deze versie van de mythe de bevolking tevens van een zondebonk om de onvrede vanwege de erbarmelijke omstandigheden waarin velen ten gevolge van de economische crisis in terecht waren gekomen op te projecteren. Volgens Hitler was de Weimardemocratie schuldig aan alle problemen en konden enkel hij en zijn partij de oplossing bieden:

> Het Duitse parlement is de ondergang en het einde van de Duitse natie! De parlementariërs onderdrukken alles wat boven de middelmaat uitstijgt. Ze zijn beducht dat iemand zonder de 'meerderheid' kracht bezat [..]. Wanneer het leven van volkeren op het spel staat, heeft men geen volks-'*vertegenwoordigers'* nodig, dan heeft men *reuzen* nodig! [..] Wat Duitsland als enige nog kan redden, is de *dictatuur van de nationale wil en vastbeslotenheid!*[354]

Dat deze retoriek mensen aansprak, blijkt ook uit de Abel-papers. Abel reconstrueerde uit alle reacties op de prijsvraag van 1934 het 'standaard-lid' van de NSDAP. Volgens hem was het gemiddelde lid van de NSDAP vooral ontevreden over het democratische regime van voor de machtsovername van de nazi's.[355] De nazi's voerden een effectieve 'campaign *against* the existing order'.[356] Daarnaast was het idee van eenheid [*Volksgemeinschaft*] onder een sterke leider (de *Führer*) iets dat veel mensen aansprak: zij geloofden dat Hitler een oplossing kon bieden voor alle problemen waar de natie voorstond.

De eerste kans voor Hitler om zich te verzekeren van electorale steun diende zich aan toen in maart 1932 de zevenjarige termijn van Rijkspresident Hindenburg eindigde en de verkiezingen voor een nieuwe Rijkspresident gepland stonden. Hitler stelde zich kandidaat. Behalve Hitler en de inmiddels 85-jarige Hindenburg – die zich genoodzaakt zag wederom mee te doen aan de verkiezingen, omdat hij van mening was dat Hitler anders vanzelfsprekend zou winnen[357] – stelden

[353] Zoals aangehaald in Abel 1986, p. 128.
[354] Tekst ontleend aan Hitler 2018b, p. 176.
[355] Abel 1986, p. 6.
[356] Abel 1986, p. 120. Zie ook Abel 1986, p. 147-148.
[357] Evans 2004, p. 277.

Ernst Thälmann (1886-1944) en Theodor Duesterberg (1875-1950) zich respectievelijk namens de communisten en de Duits-nationalen kandidaat.[358]

In de eerste ronde behaalde Hindenburg 49,6% van de stemmen (net te weinig om de benodigde absolute meerderheid te behalen). Hitler behaalde op zijn beurt 30,1%, Thälmann 13,2% en Duesterberg 6,8%.[359] In de tweede ronde wist Hindenburg zijn herverkiezing veilig te stellen: hij behaalde 53% van de stemmen, tegenover de 37% van Hitler.[360] Hindenburg beschouwde het resultaat de verkiezingen, ondanks zijn overwinning, als een vernedering: hij was in de tweede stemmingsronde de kandidaat van 'links' geweest, terwijl Hitler de nationalistische kiezers waarop hij zich van oudsher had gericht, had weten aan te spreken. Wat dit gevoel van Hindenburg illustreert, is dat Hitler – ondanks zijn electorale nederlaag – feitelijk de winnaar van de verkiezingen was. Volgens Haffner verkondigde Hitler dit zelf ook. Hindenburg was immers al 85 en hij nog maar 43: zijn tijd zou vanzelf komen.[361] Hitler leek gelijk te hebben, de populariteit van de NSDAP in het algemeen en Hitler in het bijzonder bleef groeien na deze verkiezingen.

Onder Brüning was de NSDAP, ondanks de groeiende steun onder de bevolking, op geen enkele wijze betrokken geweest bij de regering. Sterker nog, Brüning had samen met Groener (de generaal die inmiddels diende als Minister van Binnenlandse Zaken in zijn kabinet) de *Sturmabteiling* (SA), de paramilitaire organisatie van de NSDAP, verboden.[362] Dit verbod was het gevolg van het ontbreken van succes van eerdere decreten, zoals het verbieden van personen in overheidsdienst om lid te worden van de partij. Hoewel het doel van het verbod op de SA nobel kan worden genoemd, leverde dit Hitler – net als de eerdere decreten – opnieuw een krachtig propagandamiddel op dat hij kon gebruiken in de strijd tegen de Weimardemocratie. Het zorgde er eveneens niet voor dat de groei van de SA stopte.[363] Het verbod leidde in de praktijk dan ook vooral tot een ondermijning van de posities van Brüning en Groener.

Kort na de presidentsverkiezingen, op 30 mei 1932, diende Brüning zijn ontslag in. De opeenvolging van impopulaire bezuinigingsmaatregelen had geleid tot zijn ontslag. Op 1 juni werd hij opgevolgd door Franz von Papen (1879-1969).[364] Kurt von Schleicher (1882-1934)[365] had bij zijn benoeming op de achtergrond een belangrijke rol gespeeld, hij had Hindenburg ervan weten te overtuigen dat Brüning onbetrouwbaar was, ten gevolge waarvan de steun van de Rijkspresident aan het kabinet-Brüning langzaam onder druk was komen te staan. Schleicher onderhield nauwe banden met het leger (de *Reichswehr*) en was voorstander van een autoritair regime dat gesteund zou worden

[358] Hett 2018, p. 194.
[359] Hett 2018, p. 195.
[360] Kershaw 2011, p. 261-262.
[361] Haffner 2002, p. 90.
[362] Kershaw 2011, p. 263.
[363] Evans 2004, p. 275.
[364] Zie Hett 2018, p. 202-204 voor de levensloop en beschrijving van Franz von Papen.
[365] Zie Hett 2018, p. 121-125 over de denkbeelden van Kurt von Schleicher.

door het leger en de nationaalsocialisten.[366] Hij deed daarom een beroep op Hitler om zijn steun voor de nieuwe regering te verkrijgen. De nazi's beloofden de regering te steunen, maar stelden daar wel tegenover dat het verbod op de SA zou worden opgeheven en dat de sociaaldemocratische regering in de deelstaat Pruisen, onder leiding van Otto Braun (1872-1955) en Carl Severing (1875-1952), zou worden afgezet.

Schleicher ging akkoord met de eisen van Hitler. Er werd een complot (dat later bekend werd onder de naam Pruisenslag [*Preussenschlag*]) gesmeed om de deelstaatregering af te zetten. Hiertoe werden de gebeurtenissen in het Pruisische Altona 'gekaapt'. In Altona was na het opheffen van het verbod op de SA geweld uitgebroken. Op 17 juli 1932 bereikte dit geweld zijn hoogtepunt. Tijdens een confrontatie tussen communisten en nazi's vonden achttien mensen de dood en raakten meer dan 100 mensen gewond. Het merendeel van deze doden en gewonden werd veroorzaakt door kogels die werden afgevuurd door de politie (die vanzelfsprekend niet op de hoogte was van het complot) in de hoop de rust weder te doen keren. Dit verschafte de ideale mogelijkheid om de deelstaatregering ten val te brengen: de gebeurtenissen van 17 juli – later ook wel 'bloedzondag' genoemd – werden misbruikt om de zwakte van de sociaaldemocratische deelstaatregering van Pruisen aan te tonen. Er werd betoogd dat deze regering niet in staat was de veiligheid in Pruisen te waarborgen.[367] De deelstaatregering werd hierop afgezet en kwam onder leiding van Papen te staan. Dit was niet alleen een enorm verlies voor de sociaaldemocraten, maar eveneens een voorproefje van het gecentraliseerde regime dat later in het Derde Rijk zou worden ingevoerd.[368] De initiator van het complot, Rudolf Diels (1900-1957), zou later de geheime politie van het Derde Rijk (de Gestapo) leiden.[369]

Hindenburg stond op het moment dat Schleicher voorstelde de steun van Hitler voor de nieuwe regering-Papen te vragen negatief tegenover de NSDAP. Hij vond Hitler onbetrouwbaar. Echter, hij had geen andere keuze dan akkoord te gaan met het voorstel van Schleicher: zonder de steun van de nazi's was het nieuwe kabinet in het geheel kansloos.[370] De machtsbasis van het nieuwe kabinet – dat ook wel het 'baronnenkabinet' werd genoemd[371] – was vanaf het begin wankel. Er was geen sprake van een meerderheidsregering (de NSDAP steunde de regering enkel, maar maakte er geen intrinsiek deel van uit) waardoor het kabinet van Papen in de praktijk vanaf dag één zowel afhankelijk was van de NSDAP als van nooddecreten op basis van artikel 48. Daarnaast luidde de ophef van het verbod op de SA, zoals al blijkt uit de gebeurtenissen tijdens bloedzondag die ik zojuist beschreef, het begin in van een zomer vol politiek geweld:[372] bij veel SA'ers heerste (opgekropte)

[366] Kershaw 2011, p. 263.
[367] Evans 2004, p. 285-286.
[368] Zie hiervoor Hett 2018, p. 207-209.
[369] Zie hiervoor Ian Kershaw, *The Nazi Dictatorship. Problems and Perspectives of Interpretations,* Londen/New York: Bloomsbury 2016, p. 123.
[370] Storer 2013, p. 187.
[371] Strorer 2013, p. 186.
[372] Kershaw 2011, p. 265; Schumann 2012, p. 262-263.

frustratie over het verlies van Hitler bij de Rijkspresidentsverkiezingen van maart van dat jaar die werd botgevierd op politieke tegenstanders.[373]

Het werd steeds meer duidelijk dat de dagen van de Weimardemocratie waren geteld.[374] Dit kwam in het bijzonder tot uiting in het feit dat de regering zich, zoals ik zojuist beschreef, genoodzaakt zag een beroep te doen op de NSDAP: een partij die de Weimardemocratie vijandig was gezind. Daarnaast werd gevreesd voor de communisten, die eveneens een voortdurende bedreiging vormden voor de Republiek. In *Die Rote Fahne* werd in vrijwel iedere editie vanaf het midden van 1932 opgeroepen tot een gewapende revolutie tegen de Weimarstaat. De oplage van de krant was omvangrijk en bestond alleen al in Berlijn uit 25.000 exemplaren. Bij veel mensen heerste de angst voor een burgeroorlog. Die angst was niet irreëel. Enerzijds werd een burgeroorlog en bijbehorende revolutie door de communisten gezien als een essentieel onderdeel van het vestigen van de communistische heilstaat.[375] Anderzijds ging van de NSDAP dreiging uit: de SA bestond op dat moment uit ongeveer 445.000 mannen. Ter vergelijking, zoals ik beschreef in paragraaf 2.4, het gewone leger mocht vanwege de bepalingen in het Verdrag van Versailles slechts bestaan uit 100.000 mannen. In toenemende mate groeide het besef dat wanneer het zou komen tot een burgeroorlog, het leger in de minderheid zou zijn tegen degenen die de staat aanvielen. Gesteld kan worden dat het te lang op zijn beloop is gelaten: in een eerder stadium hadden effectieve maatregelen getroffen dienen te worden of moeten worden gewerkt aan de opbouw van een democratische cultuur (hierover kom ik in de rest van dit onderzoek te spreken).

Nieuwe verkiezingen stonden gepland voor 31 juli 1932. Bij deze verkiezingen wisten de communisten en (vooral) de NSDAP hun aanhang wederom uit te breiden. De communisten behaalden 14,3% van de stemmen, hetgeen een winst van 12 zetels betekende. De NSDAP verdubbelde ruim, van 6,4 miljoen stemmen naar 13,8 miljoen stemmen (37,4% van het totaal aantal uitgebrachte stemmen), en werd voor de eerste keer de grootste partij in de Rijksdag.[376] Beide partijen tezamen vormden nu een 'vijandige meerderheid' in de Rijksdag. Hindenburg weigerde Hitler na deze verkiezingen tot Rijkskanselier te benoemen, maar bood hem wel het vice-Rijkskanselierschap aan.[377] Dit aanbod sloeg hij af.[378] Het was voor Hitler alles of niets, hij bleek in het geheel niet bereid te zijn om deel te nemen aan een regering als hij geen Rijkspresident zou worden.[379] Hiermee was het wederom onmogelijk om een meerderheidskabinet tot stand te brengen. De enige mogelijkheid die overbleef, leek het voortzetten van een minderheidskabinet dat een Rijksdag tegenover zich zou vinden waarin de nazi's en communisten een (vijandige) meerderheid zouden vormen – het was na de

[373] Storer 2013, p. 185.
[374] Kershaw 2011, p. 260.
[375] Zie eveneens Schumann 2012, p. 283.
[376] Kershaw 2011, p. 266; Hett 2018, p. 209; Bendersky 2014, p. 75.
[377] Hett 2018, p. 215.
[378] Kershaw 2011, p. 268-269.
[379] Hett 2018, p. 215; Storer 2013, p. 188.

spaak gelopen besprekingen over het Rijkskanselierschap tussen Hitler en Hindenburg immers gedaan met de steun aan een kabinet van Hitlers NSDAP. Hindenburg gaf Papen daarom de opdracht de Rijksdag weer te ontbinden, maar nieuwe verkiezingen zouden moeten worden uitgesteld totdat de noodtoestand was opgeheven. Deze was van kracht vanwege het aanhoudende politieke geweld.[380]

Op 12 september zou het dan moeten gebeuren: Papen betrad de Rijksdag gewapend met het voorstel tot ontbinding. Echter, de communist Ernst Torgler (1893-1963) nam het heft in handen en wist de volgorde van de agendapunten die gepland stonden voor de bijeenkomst om te draaien. Er volgde, nog voor Papen het ontbindingsbesluit bekend kon maken, een motie van wantrouwen tegen zijn regering. Deze motie werd gesteund door zowel de communisten als de nazi's en haalde hiermee de meerderheid van stemmen in de Rijksdag. Het besluit overviel Papen volledig, nooit eerder was een dergelijke parlementaire nederlaag geleden.[381] Papen besloot echter om het besluit te negeren en presenteerde alsnog het ontbindingsbesluit van de Rijksdag. De regering bleef in functie met de wetenschap dat het overgrote deel van de Rijksdag haar afwees.

Op 6 november 1932 volgde, voor de vijfde keer dat jaar, de verkiezingen voor een nieuwe Rijksdag.[382] De NSDAP bleef na deze verkiezingen de grootste partij, maar leed wel verlies (de partij behaalde 33,1% van de stemmen en verloor hiermee ongeveer twee miljoen stemmen).[383] De communisten behaalden 16,9% van de stemmen. Feitelijk was met de nieuwe verkiezingen geen enkele vooruitgang geboekt wat betreft de impasse waarin de parlementaire democratie terecht was gekomen. Het was nog steeds onmogelijk een (democratische) regering te formeren die gesteund zou worden door een meerderheid in de Rijksdag.

Hindenburg weigerde na deze verkiezing nog steeds om Hitler tot Rijkskanselier te benoemen. Hitler, op zijn beurt, weigerde nog steeds stellig om deel te nemen aan een regering waarvan hij geen Rijkskanselier zou zijn. Hij wist dat hij de troef in handen had: zonder de steun van zijn partij was het onmogelijk een regering te formeren en de kans werd steeds kleiner dat de bevolking een nieuw minderheidskabinet zou accepteren. Het kabinet van Papen kon inderdaad geen verdere basis vinden, zeker niet nadat onder invloed van Schleicher ook het leger zich tegen de regering keerde,[384] en trad af op 7 november 1932. Papen werd, na dagenlange onderhandelingen, opgevolgd door Schleicher.[385] Schleicher was de laatste hoop van de conservatieven en hun wankele stelsel gebaseerd op artikel 48 van de constitutie.

Schleicher had in de tussentijd op de achtergrond nog steeds geprobeerd te bemiddelen tussen de conservatieven en de NSDAP en had veelvuldig contact gehad met Gregor Strasser (1892-1934), de

[380] Kershaw 2011, p. 273-274.
[381] Zie Kershaw 2011, p. 275 voor een uitgebreide beschrijving van deze gebeurtenissen.
[382] Hett 2018, p. 219.
[383] Kershaw 2016, p. 253; Bendersky 2014, p. 78.
[384] Storer 2013, p. 189.
[385] Hett 2018, p. 224, 227.

Rijksorganisatieleider van de NSDAP. De gesprekken tussen de twee vonden in het geheim plaats. Schleicher hoopte te bewerkstellingen dat Strasser (en hiermee de NSDAP) alsnog bereid was om deel te nemen aan een regering. Strasser werd over het algemeen, in tegenstelling tot Hitler, gezien als een betrouwbare en stabiele figuur. Hij was voorstander van het bereiken van een compromis, zodat de NSDAP toch zou deelnemen aan een regering, en verzette zich tegen de 'alles-of-niets-strategie' van Hitler. Echter, toen de gesprekken uitlekten, leidde dit tot grote woede bij Hitler. Er zat voor Strasser niets anders op dan zich terug te trekken uit de NSDAP en op 8 december 1932 legde hij al zijn functies binnen de partij neer. Het conflict leidde echter niet, zoals Schleicher had verwacht en waar hij op had ingezet, tot een breuk binnen de NSDAP.[386]

Het minderheidskabinet van Schleicher regeerde wederom op basis van artikel 48 van de constitutie. De Rijksdag was vleugellam: zij kwam nog enkele keren bijeen, maar speelde (behalve het indienen van enkele marginale wetgevende initiatieven) geen rol van betekenis meer.[387] Schleicher meldde Hindenburg dat hij op 31 januari 1933 opnieuw een motie van wantrouwen verwachtte. Hij verzocht wederom om ontbinding van de Rijksdag en uitstel van de verkiezingen. Hindenburg vreesde echter een burgeroorlog en weigerde hier dit keer mee akkoord te gaan. Deze dreiging was op dat moment reëel, de paramilitaire organisaties van de NSDAP en de KPD domineerden de straten: het kwam veelvuldig tot opstootjes, waarbij de politie moeite had de situatie onder controle te houden. Hindenburg vreesde dat een nieuwe ontbinding van de Rijksdag zou leiden tot een escalatie van het geweld. Op 28 januari 1933 bood het kabinet-Schleicher zijn ontslag aan.

Papen kreeg de opdracht een nieuw kabinet te formeren. Aangezien hij zich verraden voelde door Schleicher, had hij sinds het ontslag van zijn regering al onderhandelingen opgestart met Hitler.[388] Met het oog op deze zich steeds verder ontwarende crisis wist hij Hindenburg ditmaal over te halen om Hitler te benoemen tot Rijkskanselier.[389] Het eerste plan was de benoeming van Hitler in een meerderheidskabinet, maar hier ging Hitler niet mee akkoord: hij eiste, net als zijn voorgangers hadden gehad, een presidentieel minderheidskabinet. Papen en Hindenburg besloten akkoord te gaan met Hitlers eisen: beiden gingen ervan uit dat Hitler, als Rijkskanselier met een kabinet waarin maar enkele andere nazi's (slechts twee van de elf) zetelden, niet in staat zou zijn een reële bedreiging te vormen voor hun macht. Sterker nog, zij gingen ervan uit dat het benoemen van Hitler tot Rijkskanselier zijn macht juist zou temperen.[390] Op 30 januari volgde Hitler Schleicher, die op 28 januari was afgetreden, op.[391] Zijn kabinet regeerde vooralsnog met een minderheid in de Rijksdag,

[386] Kershaw 2011, p. 281-285.
[387] Hett 2018, p. 233.
[388] Storer 2013, p. 191.
[389] Hett 2018, p. 235; Bendersky 2014, p. 82.
[390] Storer 2013, p. 190; Hett 2018, p. 20-21.
[391] Zie hiervoor Kershaw 2011, p. 290-294; Evans 2004, p. 316; Hett 2018, p. 249; Hett 2018, p. 256.

maar Hitler hoopte dit met nieuwe verkiezingen – die hij als voorwaarden voor zijn benoeming had geëist – te veranderen.

De gebeurtenissen die volgden in februari en maart van 1933 waren een voorproefje van het regime dat zich tijdens het Derde Rijk zou ontpoppen. Dit werd in het bijzonder duidelijk na de Rijksdagbrand op 27 februari 1933,[392] die was aangestoken door de Nederlandse communist Marinus van der Lubbe (1909-1934).[393] Hoewel Van der Lubbe in ondervragingen stelde alleen te hebben gehandeld en er geen bewijzen waren voor betrokkenheid van anderen bij de brandstichting, werd zijn communistische oriëntatie door Hitler en de NSDAP aangevoerd als legitimatie om vergaande maatregelen te treffen tegen de communisten.[394] Hitler wist Hindenburg over te halen tot het ondertekenen van het 'Rijksdagbranddecreet', de *Verordnung zum Schutz von Volk und Staat*, dat direct in werking trad. Op basis van dit decreet werd het mogelijk de burgerlijke vrijheden van politieke tegenstanders in te perken.[395] In de praktijk ging het vooral om het 'inperken van vrijheden' van communisten, zij werden veelal in 'verzekerde bewaring' gesteld en later gedeporteerd naar concentratiekampen.[396]

Feitelijk was dit een vergaande inperking van de rechtsstaat en slechts het onheilspellende begin van het volledig uitsluiten van politieke tegenstanders door Hitler en de NSDAP in latere tijden.[397] De SA begon in toenemende mate de dienst uit te maken in de steden. De parailitaire organisatie speelde een grote rol bij het verstoren van politieke manifestaties van tegenstanders en was schuldig aan het plegen van politieke moorden.[398] Vooral de aanloop naar de verkiezingen van 5 maart 1933 – slechts een week na de Rijksdagbrand[399] – die Hitler direct na zijn aantreden als Rijkspresident had aangekondigd, werd gekenmerkt door nazi-terreur. In de woorden van Haffner:

> [..] een wilde terreur in de verkiezingsstrijd. De nazi's geneerden zich niet meer, dat moet men toegeven: zij vielen nu regelmatig met bendes verkiezingsvergaderingen van andere partijen binnen en joegen deze uiteen, zij schoten bijna dagelijks een à twee politieke tegenstanders neer, in een buitenwijk van Berlijn brandden ze op een dag het huis een sociaal-democratische familie helemaal af.[400]

[392] Zie voor een gedetailleerde beschrijving van de nacht van de Rijksdagbrand Hett 2018, p. 17-19.
[393] Evans 2004, p. 329; Bendersky 2014, p. 86.
[394] Evans 2004, p. 331-332; Hett 2018, p. 257.
[395] Evans 2004, p. 333-335; Kennedy 2004, p. 17.
[396] Evans 2004, p. 334-335. Op 20 maart 1933 werd het eerste Duitse concentratiekamp in Dachau geopend. Al snel volgden vele andere. In een interview met de Britse journalist Sefton Delmer geeft Hitler aan dat 'de aanslag op de Rijksdag maar een klein deel [is] van de terreurdaden die de communisten hadden gepland'. Dit is de rechtvaardiging die breed wordt uitgemeten als ondersteuning van het Rijksdagbranddecreet. Zie Branca 2019, p. 125.
[397] Zie hiervoor Hett 2018, p. 23-24. Benjamin Hett spreekt over dit decreet als 'legale basis' voor deportaties, de concentratiekampen, de Gestapo en de mogelijkheid tot het opheffen van de federale structuur.
[398] Schumann 2012, p. 269-270.
[399] Hett 2018, p. 274; Bendersky 2014, p. 85.
[400] Haffner 2002, p. 108.

Haffner merkt hierna overigens op dat dit geen grote verandering was met '[d]atgene waaraan je toch al in de afgelopen jaren gewend was geraakt. Bruine uniformen in de straten, betogingen, 'Heil'-geroep, en voor het overige business as usual'.[401]

Hitler had gehoopt dat zijn NSDAP en de DNVP die hem steunde in deze verkiezingen samen een twee derde meerderheid van de stemmen zouden behalen om zo de Grondwet te kunnen aanpassen.[402] Dit lukte niet, de NSDAP behaalde 43,9% van de stemmen[403] en de conservatieve DNVP behaalde 8% van de stemmen.[404] De regering had voor het eerst in jaren weer een meerderheid in de Rijksdag, maar dit was voor Hitler niet genoeg: hij hoopte door manipulatie en bedreiging van de andere partijen alsnog de absolute macht te verkrijgen. Dit bleek een geslaagdere strategie: de Machtigingswet [*Ermächtigungsgesetz*] werd op 23 maart 1933 met de noodzakelijke twee derde meerderheid van stemmen aangenomen in de Rijksdag.[405] In totaal hadden 538 volksvertegenwoordigers hun stem uitgebracht. 444 van hen stemden voor de aanname van de Machtigingswet, slechts 94 tegen.

Het verzet was vrijwel geheel gebroken, ook partijen die niet waren gelieerd aan de regering hadden voor de aanname van de Machtigingswet gestemd. De enige partij die weerstand had geboden, was de SPD.[406] Waarschijnlijk zou zij in haar verzet gesteund zijn door de communisten, ware het niet dat zij vrijwel allemaal opgesloten zaten en daarom niet in staat waren deel te nemen aan de stemming.[407] Opvallend was de steun van de katholieke *Zentrum*-partij die zich in het begin van de jaren '30 nog sterk had verzet tegen de nazi's. Naarmate de tijd vorderde veranderde de houding van de katholieke kerk, die zich besloot te voegen bij 'de nationale eenheid' die door de NSDAP werd gepropageerd, voornamelijk uit angst voor de communisten – die dreigden de christelijke godsdienst geheel te verbieden wanneer de communistische revolutie slaagde.[408]

§ 2.8. In aanloop naar het Derde Rijk

Na de aanname van de Machtigingswet werd het voor Hitler mogelijk om wetgeving uit te vaardigen of de constitutie aan te passen, zonder dat hiervoor toestemming zou hoeven te worden verleend door de Rijksdag. Met de aanname van de wet kwam de parlementaire democratie van Weimar, die feitelijk al sinds 1930 in voortdurende crisis verkeerde, op 23 maart 1933 formeel ten einde.[409] Het was het begin van de 'legale revolutie', die Hitler voor ogen had gehad sinds de wederopbouw van de partij na

[401] Haffner 2002, p. 108.
[402] Bendersky 2014, p. 85. Zie eveneens Kennedy 2004, p. 17.
[403] Kershaw 2011, p. 317; Bendersky 2014, p. 87; Kennedy 2004, p. 17.
[404] Evans 2004, p. 339-340; Hett 2018, p. 275; Bendersky 2014, p. 87.
[405] Kershaw 2011, p. 322; Hett 2018, p. 279; Bendersky 2014, p. 87.
[406] Evans 2004, p. 354.
[407] Evans 2004, p. 352.
[408] Zie hiervoor bijvoorbeeld Evans 2004, p. 365-366.
[409] Zie hierover Kees Schuyt, *Over het recht om wij te zeggen: Groepstegenstellingen en de Democratische Gemeenschap,* Amsterdam: Amsterdam University Press, 2009, p. 172.

zijn verblijf in Landsberg, zoals ik in paragraaf 2.5.1 beschreef. Het is tevens de voltooiing van de strategie die in 1928 al duidelijk door Joseph Goebbels (1897-1945), de latere naziminister van Volksvoorlichting en Propaganda, was omschreven in het propagandatijdschrift van de nazi's, *Der Angriff*:

> We [the NSDAP, RB] enter the Reichstag to arm ourselves with democracy's weapons. If democracy is foolish enough to give us free railway passes and salaries, that is its problem. It does not concern us [..]. A vote is only a tool for us as well as for you. We will march into the marble halls of parliament, bringing with us the revolutionary will of the broad masses from which we came, called by fate and forming fate. We do not want to join this pile of manure. We are coming to shovel it out [..]. We are coming neither as friends or neutrals. We come as enemies! As the wolf attacks the sheep, so come we.[410]

Nadat de Machtigingswet was aangenomen en de parlementaire democratie formeel ten einde was gekomen, kon Hitler beginnen met het uitbouwen van de machtsbasis van het Derde Rijk. Eerst werkte hij samen met de conservatieve clique rondom Hindenburg en met de DNVP, maar het werd al gauw duidelijk dat deze samenwerking wat betreft Hitler van korte duur zou zijn. In de aanloop naar augustus 1934 werden alle politieke partijen (ook de DNVP) verboden. Daarnaast was Hindenburg (die formeel nog diende als Rijkspresident) op 2 augustus 1934 overleden en had Hitler direct daarna aangekondigd dat de functies van Rijkspresident en Rijkskanselier voortaan zouden worden uitgeoefend door één persoon.

Dit was feitelijk niet alleen een ondermijning van de Weimarconstitutie, maar eveneens van zijn eigen Machtigingswet.[411] De federale structuur van de Weimarrepubliek was tegen die tijd al opgeheven. Waar de deelstaten in de Weimarrepubliek werden bestuurd door een aparte deelstaatregering, werd nu een gecentraliseerd bestuur met Hitler als leider gevestigd. De NSDAP had Duitsland al in 1926 opgedeeld in 'gouwen', die overeenkwamen met de kiesdistricten. Vanaf 1934 vormden deze gouwen een vervanging van de deelstaten, die steeds meer bevoegdheden hadden verloren. Iedere gouw werd geleid door een gouwleider [*Gauleiter*], die onder direct gezag van Hitler stond.[412] Concurrerende machten binnen de NSDAP – zoals de SA-leider Ernst Röhm (1887-1934) – en tegenstanders van de nazi's waren in de Nacht van de Lange Messen (30 juni 1934) vermoord. Het leger had na afloop van de gepleegde moorden trouw gezworen aan Hitler persoonlijk, waardoor hij ook opperbevelhebber van het leger was geworden.[413] Zo had Hitler in augustus 1934 zijn positie als absolute machtshebber binnen de Duitse Staat weten te consolideren.[414]

---

[410] Joseph Goebbels, *Der Angriff. Aufsätze aus der Kampfzeit*, Munich: Zentralverlag der NSDAP 1935, p. 71-73. Engelse ontleend aan 'German Propaganda Archive'.
[411] Kershaw 2016, p. 256. Zie hiervoor ook Bendersky 2014, p. 96.
[412] Zie hiervoor Bendersky 2014, p. 48, 88-89.
[413] Storer 2013, p. 194; Kershaw 2011, p. 363. Zie voor de ontwikkelingen hieraan voorafgaand Bendersky 2014, p. 95.
[414] Bendersky 2014, p. 84, 96.

Overigens kunnen er vraagtekens geplaatst worden bij de vraag hoe 'legaal' de revolutie van Hitler was. Hitlers *Dritte Reich* was grotendeels gebaseerd op het Rijksdagbranddecreet van februari 1933, de Machtigingswet van maart 1933 en oneigenlijk gebruik van wetten die tijdens de Weimarrepubliek hadden bestaan maar nooit door de nazi's waren afgeschaft. Hitler gaf echter niets om 'legaliteit' en ondermijnde, zoals bij de vereniging van de instituten van Rijkspresident en Rijkskanselier, zelf ook zijn eigen Machtigingswet. De gehele nazitop trok zich over het algemeen weinig aan wettelijke voorschriften en procedures, zij maakte vooral gebruik van een 'gunstige interpretatie' van wetgeving of van decreten die veelal ad hoc werden afgekondigd. Wetgeving werd in toenemende mate geïnterpreteerd via het principe van 'de *Führer* tegemoet werken', waarbij niet de tekst van de wet centraal stond, maar het antwoord op de vraag hoe Hitler de uitvoering van de wetgeving waarschijnlijk zou wensen leidend werd geacht. Veel juristen waren zich bewust van het illegale karakter van de maatregelen van de nazi's.[415]

De gebeurtenissen in de laatste periode van de Weimarrepubliek en in de aanloop naar het Derde Rijk maken duidelijk dat de conservatieve clique rondom Hindenburg een dubieuze rol speelde in de nadagen van de Weimardemocratie. Zoals de Duitse historicus Detlev Peukert (1950-1990) treffend omschrijft, poogden de conservatieven feitelijk een tweetal wijzingen aan te brengen in het parlementaire stelsel. Ten eerste wilden zij de macht van de deelstaatregeringen in de *Länder* ten koste van de centrale regering verstevigen. Ten tweede poogden zij hun eigen macht binnen de staat uit te breiden ten koste van het parlement. De Rijksdag zou voornamelijk een symbolische functie moeten vervullen, zoals in de tijden van het Tweede Keizerrijk van voor de novemberrevolutie van 1918.[416] Hoewel zij hun regime op grond van artikel 48 van de constitutie presenteerden als een verdediging van de democratie, waren hun motieven aldus geenszins zuiver te noemen.

Binnen deze conservatieve clique bestond geen eenduidigheid over de richting waarin Duitsland zich in de toekomst zou moeten ontwikkelen. Zo was Brüning een voorstander van het herstellen van de monarchie, zoals die in de tijd van Bismarck had bestaan,[417] en stelde Papen zich de toekomst van Duitsland voor zoals die van Italië onder Mussolini.[418] Schleicher, op zijn beurt, hoopte op samenwerking met de nazi's en het creëren van een autoritaire staat onder leiding van de conservatieven en de nazi's. Naast dit gebrek aan eenduidigheid, speelde ook opportunisme een belangrijke rol bij het ondermijnen van de eensgezindheid binnen de clique. Vooral Papen en Schleicher probeerden hun macht, ten koste van elkaar, te vergroten. Naarmate de tijd vorderde, verslechterde hun onderlinge verhouding steeds meer. Dit droeg direct bij aan het feit dat beide

[415] Zie hierover Evans 2004, p. 453-453. Zie over de vraag of artikel 48 kan worden beschouwd als permanente machtsbasis ook De Wilde 2008, p. 93. Hij beschrijft dat "[..] Hindenburg zich feitelijk niet eenmaal [heeft] hoeven beroepen op zijn uitzonderingsbevoegdheden om Hitler aan de macht te brengen of te houden".
[416] Zie hiervoor Peukert 1987, p. 260.
[417] Evans 2004, p. 250.
[418] Peukert 1987, p. 260.

mannen in het verloop van de tijd afzonderlijk van elkaar samenzweerden met Hitler, die vanzelfsprekend helemaal niet betrouwbaar was en vooral zijn eigen doelen nastreefde. Hij was uit op de vernietiging van de Weimarrepubliek, waar de conservatieve clique volgens hem ook toe behoorde.

Het werd, naarmate de tijd vorderde, steeds duidelijker dat de toekomstperspectieven die Papen, Schleicher, Hindenburg en hun aanhangers voor ogen hadden niet verwezenlijkt konden worden. De clique kon weliswaar rekenen op de steun van de oude 'Junker-elite' (de kleine groep edelen die grotendeels de macht had behouden na de novemberrevolutie in 1918) en de industriëlen, maar niet op de benodigde grootschalige steun van het volk. Om een machtsbasis voor hun ideeën te creëren, waren zij daarom genoodzaakt (voor wat betreft Hindenburg en Papen in ieder geval) met tegenzin een beroep te doen op de steun van de NSDAP.[419] Nadat Hitler op 30 januari 1933 werd benoemd tot Rijkskanselier, bleek al snel dat de conservatieven een ernstige inschattingsfout hadden gemaakt. De benoeming van Hitler tot Rijkskanselier was de fatale klap voor het toch al uitgeholde parlementaire stelsel in Weimar-Duitsland.[420] Hitlers macht zou niet beperkt of getemperd worden door zijn nieuwe rol binnen het staatsbestel van de Weimarrepubliek, maar zou het fundament scheppen voor een machtspositie die steeds verder kon worden uitgebreid – Hitler was degene die bij uitstek had weten te profiteren van de parlementaire en economische crisis en van de onenigheid binnen het conservatieve kamp en wachtte nu op het geschikte moment zijn machtsbasis ook in de rest van Europa te consolideren.

Arnold Brecht (1884-1977), jurist en nauw betrokken bij de regering van de Weimarrepubliek in zijn laatste dagen, is van mening dat Hindenburg, Papen en Schleicher niet direct schuldig zijn aan de machtsovername van Hitler, maar dat hun lichtzinnige en ondoordachte strategie juist precies het effect heeft gehad dat zij wilde voorkomen: "[n]icht böse Absicht also, sondern politischen Torheit ist der Vorwürfe gegen sie – Leichtsinn politischer Dilettanen auf Kosten Deutschlands [..]."[421] Ik sluit mij aan bij deze redenering. Hoewel ik van mening ben dat ook niet moet worden vergeten dat de motieven van de conservatieve clique in de nadagen van de Republiek niet waren gericht op het beschermen van de Weimarrepubliek als geheel, maar als strategie moeten worden beschouwd om vooral hun *eigen* positie te beschermen. Dit laatste element wordt in de literatuur vaak over het hoofd gezien of in ieder geval niet genoemd, aangezien de aandacht uitgaat naar het Derde Rijk en – in vergelijking daarmee – een autocratische dictatuur onder leiding van de conservatieven zo slecht nog niet had geleken.

[419] Peukert 1987, p. 261.
[420] Lee 2010, p. 63.
[421] Arnold Brecht, *Mit der Kraft des Geistes: Lebenserinnerungen 1927-1967,* Stuttgart: Deutsche Verlags-Anstalt 1967, p. 167.

§ 2.9. Conclusie

In dit hoofdstuk heb ik de bestaansgeschiedenis van de Weimarrepubliek in vier verschillende tijdvakken (eind 1918/begin 1919, 1919-1923, 1924-1928 en 1929-1922) beschreven en ben ik ingegaan op de belangrijkste historische gebeurtenissen teneinde de vraag te beantwoorden tegen welke historische achtergrond de Weimardemocratie tot stand kwam en welke vijandige tendensen zich gedurende haar bestaansgeschiedenis manifesteerden. In het verlengde daarvan staat de vraag in hoeverre de feitelijke en juridische werkelijkheid met elkaar in overeenstemming waren centraal.

De Weimarrepubliek werd uit noodzaak geboren: zij kwam rechtstreeks voort uit de op handen zijnde nederlaag van Duitsland in de Eerste Wereldoorlog. Deze nederlaag en de hierop volgende acties van de derde OHL leidden tot het ontstaan van de nationalistische en nationaalsocialistische versies van de dolkstootlegende. Deze versies van de dolkstootlegende verwierven gedurende het verdere verloop van de Weimarrepubliek steeds meer bekendheid onder de bevolking en betekenden een zware belasting voor de Republiek. Dit wordt bijvoorbeeld geïllustreerd door de rol die de legende speelde in de toename van het electorale succes van de DNVP en andere nationalistische partijen tijdens de verkiezingen van mei 1924 (de eerste landelijke verkiezingen na de hyperinflatie) en het feit dat Hitler de dolkstootlegende tot in de nadagen van de Republiek succesvol gebruikte voor propagandistische doeleinden. Gesteld kan worden dat deze versies van de dolkstootlegende vanaf het begin een ondermijning van de legitimiteit van de Republiek betekenden.

De Eerste Wereldoorlog zorgde eveneens voor een groeiende kloof tussen de verschillende groepen binnen van de SPD. Een kloof die uiteindelijk uitliep op een breuk binnen de partij en de scheiding tussen de USPD en de MSPD. Waar de MSPD later, na de novemberrevolutie, probeerde aan te knopen bij oude machtsbastions die hadden bestaan tijdens het Tweede Keizerrijk, keurde de USPD deze koers af en vond het de nagestreefde veranderingen in de novemberrevolutie niet radicaal genoeg. Dit leidde tot de ‘linkse’ versie van de dolkstootlegende waarin de ‘gematigdheid’ van de revolutie betekende dat een nieuwe revolutie moest worden ingezet en de Weimarstaat omver moest worden geworpen. Deze retoriek bleef vanuit communistische hoek tot in de nadagen van de Republiek te horen. De gematigdheid van Ebert en de revolutie van 1918/1919 kan tevens worden gekoppeld aan het latere gemis van essentiële steun aan de Weimarrepubliek van bepaalde groepen in de maatschappij: het leger, ambtenaren, academici en justitie (hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan het draconische proces tegen Hitler waarin de onwil van de rechterlijke macht om de constitutie te verdedigen blijkt). Zij konden door de gematigdheid van de revolutie betrokken blijven bij de nieuwe staatsvorm.

Daarnaast leidde de rol die de MSPD had gespeeld tijdens de Eerste Wereldoorlog tot de (onterechte) beschuldiging van nationalistische groepen dat zij het vaderland had verraden. Deze beschuldigingen waren ontstaan naar aanleiding van de rol die de (M)SPD had gespeeld tijdens de stakingen van januari 1918. De beschuldiging bleef tot de nadagen van de Republiek een belangrijke rol spelen (in de propaganda van de NSDAP) en kwam bijvoorbeeld tot uiting in de smaadprocedures

die door Ebert (tussen 1922 en 1925) en Gruber (in 1924) werden gevoerd, maar ook in het antwoord dat Hitler (in februari 1924) gaf tijdens de Bierhal-putsch op de vraag waarom hij en zijn handlangers tot de putsch in München waren overgegaan. De beschuldigingen van de revolutionairen (‘de revolutie was niet radicaal genoeg’) en de contrarevolutionairen (‘jullie zijn een verrader van het vaderland’) leidden tot een benarde positie voor de sociaaldemocraten, een belangrijke groep verdedigers van de Weimardemocratie.

Het Verdrag van Versailles betekende eveneens een zware last voor de Weimarrepubliek. In de nationalistische en nationaalsocialistische versie van de dolkstootlegende betekende dit dat de stichters van de Weimarrepubliek nu niet alleen schuldig waren aan het ‘verraad’ van het leger tijdens de Eerste Wereldoorlog, maar ook nog verantwoordelijk moesten worden gehouden voor de vernederende voorwaarden van dit Vredesverdrag. Zo versterkte het Verdrag van Versailles de kracht van deze versies van de dolkstootlegende. Indien de ‘novembercriminelen’ namelijk de oorlog niet vroegtijdig hadden beëindigd, had Duitsland nu niet vastgezeten aan dit nadelige Verdrag – zo luidde de redenering. Deze redenering betekende een krachtig propagandamiddel voor de contrarevolutionairen en werd tot in de nadagen van de Republiek gebruikt door de NSDAP, die de schuld van de vernederende Vrede bij de Joden legde en hiermee tevens beantwoordde aan de zoektocht naar een zondebok.

Een aantal van de crises die de Weimarrepubliek gedurende haar bestaan te voortduren kreeg, zijn direct met het Verdrag van Versailles in verband te brengen. Zo werd de Kapp-putsch gepleegd als reactie op de vergaande demilitarisatie en de ontbinding van de Freikorpsen die werd opgedragen in artikel 160 van het Verdrag. Marinebrigade Ehrhardt besloot hierop om het heft in eigen hand te nemen in plaats van de opheffing van het korps af te wachten. Daarnaast verklaarde Hitler tijdens het proces na afloop van de gepleegde Bierhal-putsch dat een van de doelen van de putsch was om de bepalingen van het Verdrag van Versailles te herzien. Ook de crisis in het Ruhrgebied en de hyperinflatie hangen samen met het Verdrag van Versailles: Duitsland kon de op grond van het Verdrag opgelegde herstelbetalingen niet meer betalen, hetgeen ertoe leidde dat Frankrijk en België overgingen tot de bezetting van het Ruhrgebied, hetgeen op haar beurt weer het passieve verzet en de hyperinflatie veroorzaakte. De DNVP, die het tot speerpunt had gemaakt de bepalingen van het Verdrag te herzien, won veel stemmen tijdens de eerste verkiezingen na afloop van de bezetting van het Ruhrgebied. Deze bezetting en de hyperinflatie die hierop volgde leidden eveneens tot hernieuwde aandacht voor de (nationalistische versie van de) dolkstootlegende (bijvoorbeeld in de artikelen die werden gepubliceerd door Cossmann).

Zo leidt de analyse van de rol die enkele omstandigheden waaronder de Weimarrepubliek werd gevestigd (het verlies van Duitsland in de Eerste Wereldoorlog, de dolkstootlegende, het Verdrag van Versailles en de ‘gematigdheid’ van de revolutie van 1918/1919 waarvoor de SPD verantwoordelijk werd gehouden) tot de conclusie dat deze tot een ondermijning van de legitimiteit

aan de Weimarrepubliek hebben geleid. Deze omstandigheden, die alle nauw met elkaar samenhingen, betekenden een zware last voor de Republiek.

De verschillende crises waar de Weimarrepubliek gedurende haar bestaan mee te maken kreeg, zorgden ervoor dat de Republiek nooit werkelijk kon ontsnappen aan deze zware last en dat deze zich langzaam kon ontwikkelen tot noodlottige erfenis. Bij iedere crisis stonden de 'vijandige partijen', zowel de revolutionairen als de contrarevolutionairen, klaar om het verraad van de leiders van de Republiek, gepleegd in haar begindagen, in herinnering te brengen. Tot 1929 hadden deze partijen echter geen succes gehad, zoals bijvoorbeeld bleek uit de ontbrekende steun van respectievelijk de bevolking of het leger tijdens de Kapp-putsch en de Bierhal-putsch. Dit veranderde na de *Beurskrach* van oktober 1929 die bij uitstek werkte als katalysator op de alom aanwezige, onderhuidse spanningen. Deze economische crisis – die door de wereldwijde leningencirkel die het gevolg was van de herstelbetalingen eveneens in verband kan worden gebracht met het Verdrag van Versailles – bracht het toch al gefragmenteerde politieke systeem de, zo zou later blijken, fatale klap toe. De democratische politieke partijen kregen (wederom) de schuld van de zich opstapelende problemen en de steun aan deze partijen onder de bevolking nam steeds verder af. De communistische KPD en de NSDAP vormden aantrekkelijke alternatieven voor het 'failliete stelsel van novembercriminelen'. De NSDAP benadrukte veelvuldig dat zij nooit betrokken was geweest bij de Weimarrepubliek – hetgeen haar een welkom propagandamiddel opleverde. Beide partijen tezamen haalden in de verkiezingen van juli 1932 voor het eerst een absolute (vijandige) meerderheid.

Zo ontwikkelde zich een situatie waarin de Grondwet een regering op basis van een democratische meerderheid voorstond, maar waarbij het in de praktijk steeds moeilijker werd een regering te formeren die werd gesteund door een meerderheid in de Rijksdag. Met andere woorden: de juridische werkelijkheid sloot steeds minder aan bij de feitelijke realiteit. Na 1930 ontstond een machtsvacuüm. De parlementaire democratie was stervende, hoewel zij nog enkele jaren (kwijnend) kon voortbestaan door het veelvuldige gebruik van artikel 48 van de constitutie. Artikel 48 van de constitutie leek een uitkomst om de onmogelijkheid om tot een meerderheidsregering te komen het hoofd te bieden en vormde de (tijdelijke) opvulling van het ontstane machtsvacuüm door de conservatieve clique rondom Hindenburg. Echter, deze opvulling was gebaseerd op een oneigenlijk gebruik van dit artikel en betekende eveneens een overwinning van antidemocratische krachten binnen de Weimarrepubliek, die deze constructie gebruikten om hun eigen positie te beschermen en niet om de Republiek als geheel te verdedigen. Deze poging hun eigen positie te beschermen mislukte eveneens: uiteindelijk was het Hitler die de conservatieven (voornamelijk Papen en Schleicher) tegen elkaar uit wist te spelen en voor wie deze nieuwe constructie bij uitstek winstgevend was. Tegelijkertijd speelde geweld een belangrijke rol en had de Weimarrepubliek grote moeite met het handhaven van het geweldmonopolie. Het aantal soldaten in Duitse leger was onder invloed van de voorwaarden van de Vrede van Versailles ernstig ingeperkt en zowel de communistische als de nazistische paramilitaire bewegingen groeiden in de nadagen van de Weimarrepubliek rap in omvang.

Gesteld kan worden, dat de onfortuinlijke omstandigheden waaronder de Weimarrepubliek werd gevestigd een zware belasting voor de Republiek met zich meebrachten. Onder invloed van verscheidende crises waar de Weimarrepubliek mee te maken kreeg, ontwikkelde belasting zich tot een noodlottige erfenis. De antidemocratische partijen – zowel de revolutionairen als de antirevolutionairen – binnen de Republiek namen te veel de overhand en kregen te veel steun onder de bevolking. Zo kwam de feitelijke realiteit, waarbinnen antidemocratische krachten de dienst uitmaakten, te veel af te liggen van de juridische werkelijkheid van een democratische staatsvorm. De vraag die rijst, is of de rechtstheorie een reële bijdrage had kunnen leveren aan het opwerpen van een verdedigingslinie voor de Duitse Weimardemocratie. Dit is het centrale thema van dit proefschrift, dat verder uitgewerkt wordt in de volgende hoofdstukken.

Hoofdstuk 3

Het wetspositivisme en het begin van de methodenstrijd

Der Weg der Republik [..] war ein historischer: Nicht alles, was am Ende war, war am Anfang bereits da oder in ihm angelegt. Und nicht alles, was am Anfang war, trug den Keim des Endes bereits in sich.[422]

Christoph Gusy (geb. 1955)

§ 3.1. Inleiding

In het vorige hoofdstuk heb ik de historische context uiteengezet waaronder de Weimarrepubliek tot stand kwam en ben ik ingegaan op hoe deze Republiek zich gedurende haar bestaan ontwikkelde. In dat hoofdstuk kwam naar voren dat enkele omstandigheden waaronder de Republiek werd gevestigd een zware belasting vormden voor de Republiek, die zich uiteindelijk onder invloed van verscheidene crises ontwikkelde tot een noodlottige erfenis. Er bestond een duidelijke spanning tussen de democratische uitgangspunten van de Republiek en de realiteit waarin diverse groepen zich steeds openlijker en bruter geweld tegen de Republiek keerden. Dit klimaat werd geschept door de verschillende crises van economische en politieke aard waarvan radicale, antidemocratische partijen aan zowel de linker- als de rechterkant van het politieke spectrum wisten te profiteren. Dit gold bij uitstek voor de NSDAP van Adolf Hitler, die na een politiek treurspel de macht greep en waarna Duitsland zich ontpopte tot het een van de meest misdadige regimes van de geschiedenis: het Derde Rijk. In de volgende twee hoofdstukken vormt deze beschrijving en analyse van de (historische) context van het voorgaande hoofdstuk het uitgangspunt. In deze hoofdstukken ligt de nadruk echter niet op de politieke en economische gebeurtenissen, maar op de invloed die deze gebeurtenissen hadden op de zich steeds verder ontwarende (methodologische) strijd [*Methoden- und Richtungsstreit*] binnen de Duitse staatsrechtstheorie die in zekere zin een direct gevolg is van en samengaat met de verscheidene crises.

De crisis waarin het Duitse staatsbestel zowel in de beginperiode (ongeveer vanaf het einde van de Eerste Wereldoorlog tot 1923) als aan het einde (ongeveer 1930-1933) van de Weimarrepubliek terecht was gekomen, had namelijk zijn directe weerslag op de staatsrechtstheorie. Dit valt te verklaren door het feit dat de Duitse staatsrechtstheoretici er tot (grofweg) 1949 – toen de nieuwe Grondwet voor West-Duitsland in werking trad – vanuit gingen dat 'de staat' voorafgaat aan en de basis vormt voor de staatsrechtstheorie. Met andere woorden, de staat (als substantie of machtsbastion) komt ten eerste tot stand, of wordt ten eerste gevormd, en daarna wordt een constitutie

[422] Christoph Gusy, *100 Jahre Weimarer Verfassung. Eine gute Verfassung in schlechter Zeit,* Tübingen: Mohr Siebeck 2018, p. 34.

opgesteld die de staat 'vastlegt' – het gaat dus om de optekening van een staat (of staatsvorm) die *voorafgaand* aan deze constitutie al bestond.

Er werd van oudsher in Duitsland dan ook niet gesproken van constitutioneel recht [*Verfassungsrecht*], zoals dat vanaf 1949 gebruikelijk werd, maar van staatsrecht [*Staatsrecht*]. Het semantische verschil duidt op het verschil van het object van studie: het staatsrecht richt zich op de *staat* (de substantie die voorafgaand aan de constitutie bestaat), terwijl het constitutioneel recht zich op de *constitutie* (de tekst die de staat vestigt) richt. Van origine waren staat en staatsrechtstheorie in Duitsland dan ook innig met elkaar verbonden. Deze verbondenheid komt niet alleen tot uiting in de zojuist beschreven semantiek (en het hiermee samenhangende object van studie), maar ook in het feit dat het interpreteren van de constitutie tot ongeveer halverwege de Weimarrepubliek uitsluitend geschiedde door staatsrechtsgeleerden (wetenschappers) en niet door rechters of andere praktische beoefenaars van het recht: jurisprudentie – hetgeen vanaf 1949 in Duitsland belangrijk werd voor het uitleggen en toepassen van de wet – speelde nauwelijks een rol. Dit alles bracht met zich mee dat een crisis binnen het staatsbestel, zoals in de Weimarrepubliek, dientengevolge eveneens een crisis in de staatsrechtstheorie produceerde.[423]

Deze manier van kijken naar het recht draagt van origine bij aan een vorm van interpretatie van het recht die de almacht van de staat centraal stelt – iets waarvan later handig gebruik kon worden gemaakt ten tijde van de crises aan het einde van de Weimarrepubliek en tijdens de verschrikkingen van het Derde Rijk. Dat deze crises van het staatsrecht geenszins een gevolg zijn van de gebeurtenissen gedurende de periode die de Weimarrepubliek beslaat alleen,[424] komt in dit hoofdstuk aan de orde. In de literatuur wordt vaak over het hoofd gezien dat het fundament van deze crisis werd gelegd vanaf het einde van de negentiende eeuw, toen het dominante wetspositivisme [*Gesetzepositivismus*] van de rechtsgeleerden Paul Laband (1838-1918) en Carl Friedrich von Gerber (1823-1891) – de 'Gerber/Laband-school' – in toenemende mate onder druk kwam te staan. De methoden van dit wetspostivisme, zo betoogden critici, waren niet in staat een oplossing of verklaring te bieden voor de veranderingen binnen de Duitse Staat die zich vanaf de *fin de siècle* voordeden. Er werden steeds meer rechtsmethodologische en rechtsfilosofische vragen gesteld waarop het wetspositivisme geen antwoord had en waarvoor een andere verklaring geboden diende te worden.

Zo poogden de rechtsgeleerde Georg Jellinek (1851-1911) en de socioloog Max Weber (1864-1920) te verklaren waarom de wet zich soms anders manifesteerde in de sociologische werkelijkheid dan de tekst van de wet voorstond. Hun theorieën kunnen worden beschouwd als de eerste kanttekeningen bij de vorm van rechtspositivisme die zo lang dominant was geweest in het Duitse Rijk

[423] Arthur Jacobson & Bernhard Schlink, *Weimar. A jurisprudence of crisis* (Belinda Cooper vert.), Berkeley/Los Angeles/Londen: University of California Press 2002, p. 1-3.
[424] Michael Stolleis, *Der Methodenstreit der Weimarer Staatsrechtslehre – ein abgeschlossenes Kapital der Wissenschaftsgeschichte?,* Stuttgart: Franz Steiner Verlag 2001, p. 5.

en betekenden het begin van de methodenstrijd binnen het Duitse staatsrecht waaraan ik zojuist al kort refereerde.

Enige tijd later, toen de nog jonge Hans Kelsen (1881-1973) en Carl Schmitt (1888-1985) een begin maakten met de ontwikkeling van hun staatsrechtstheorieën, ontstond een definitieve breuk met het wetspositivisme. Waar Kelsen het dominante wetspositivisme doortrok tot in den extreme, keerde Schmitt zich juist radicaal tegen deze vorm van rechtspositivisme. Beide theorieën, ook al verschilden zij verder als dag en nacht van elkaar, hebben dan ook met elkaar gemeen dat zij een breuk vormden met het wetspositivisme van de Gerber/Laband-school en haar bijbehorende methoden. Gedurende de jaren van de Weimarrepubliek brachten zij hun theorieën beiden verder tot ontwikkeling en waren zij dominante figuren binnen de staatsrechtelijke debatten die in de Republiek werden gevoerd – en die grotendeels de uitleg en ontwikkeling van het staatsrecht bepaalden.

De ontwikkeling van het staatsrecht in Duitsland tussen (ongeveer) 1850 en 1933 staat in zowel het voorliggende hoofdstuk als in hoofdstuk 4 centraal. In deze hoofdstukken beschrijf ik de staatsrechtelijke debatten en de ontwikkeling die het staatsrecht in Duitsland vanaf (grofweg) 1850 tot het einde van de Weimarrepubliek doormaakte. Ik kies voor deze periode, aangezien het wetspositivisme, dat het beginpunt vormt van de methodologische strijd in Duitsland, enerzijds vanaf 1850 tot ontwikkeling kwam en aangezien 1933 anderzijds het einde van de Weimartijd markeert. Het Derde Rijk, dat zich vanaf 1933 begon te ontwikkelen, kan worden beschouwd als een definitieve breuk met de hiervoor genoemde periode, die in zekere zin als een eenheid kan worden beschouwd in de voortzetting van de rechtsmethodologische strijd waarvan het fundament rond 1850 werd gelegd.

In het voorliggende hoofdstuk bespreek ik het eerste deel van deze ontwikkeling. Dit hoofdstuk beslaat de periode tussen 1850 en 1919. Zoals de Duitse jurist en rechtshistoricus Michael Stolleis (geb. 1941) beschrijft, vormt deze periode de *negentiende eeuw* in Duitsland (hoewel hier dus eveneens een klein gedeelte van de twintigste eeuw tot wordt gerekend) die wordt gekenmerkt door het dualisme van een monarchistische en parlementaire macht, van verschillende constituties die getuigen van steeds verdergaande eenwording van het Duitse Rijk en uiteindelijk van veranderingen binnen het staatsbestel (door onder andere de Weimarconstitutie en de vergaande democratisering die hiermee gepaard ging) die ervoor zorgden dat dit tijdperk voorgoed ten einde kwam.[425] Het doel van dit hoofdstuk is een beeld te vormen van de staatsrechtelijke achtergrond waartegen de Weimarconstitutie tot stand kwam en hoe deze achtergrond bijdroeg aan enkele belangrijke – en zo zou later blijken controversiële – artikelen in deze constitutie en hun interpretatie.

Het hoofdstuk begint met een analyse van het Duitse wetspositivisme van de Gerber/Laband-school. In deze paragraaf komt het verschil tussen de Anglo-Amerikaanse vorm van statische rechtspositivisme en het Duitse wetspositivisme aan de orde en schets ik de politieke achtergrond

[425] Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Weimarer Republik und Nationalsozialismus,* München: Verlag C.H. Beck 2002, p. 42.

waartegen het wetspositivisme zich ontwikkelde tot de dominante rechtstheoretische school in het Duitse Rijk. Daarna beschrijf ik de kanttekeningen die bij het wetspositivisme werden geplaatst vanaf het einde van de negentiende eeuw en het begin van de twintigste eeuw en ga ik in op de verhouding tussen de sociologische werkelijkheid waarbinnen het recht zich manifesteert enerzijds en de tekst van de wet anderzijds, zoals Jellinek en Weber deze tweedeling aan de orde stellen. Tot slot beschrijf ik de aanzet van de theorieën van Kelsen en Schmitt, die een definitieve breuk met het wetspositivisme met zich meebrachten om in de conclusie de vraag te beantwoorden in hoeverre het Duitse rechtspositivisme de Weimardemocratie in staat stelde om zich te verdedigen tegen vijandige tendensen.

§ 3.2. Het Duitse wetspositivisme

De constitutie van de Weimarrepubliek en de crises binnen het staatsbestel van de Republiek gaven aanleiding tot staatsrechtelijke debatten, die gedurende haar gehele bestaan werden gevoerd. Deze staatsrechtelijke debatten in de Weimarrepubliek kwamen (grotendeels) voort uit de kritiek op het wetspositivisme dat in het Duitse Tweede Keizerrijk leidend was geweest. Zoals de politieke en economische problemen waar de Weimarrepubliek gedurende haar bestaan mee te maken kreeg (die in het eerste hoofdstuk zijn besproken) gedeeltelijk het gevolg waren van de gebeurtenissen in de laatste jaren van het Keizerrijk, waren de staatsrechtelijke debatten die binnen de Weimarrepubliek werden gevoerd eveneens het gevolg van de dominante staatsrechtelijke methoden en theorieën binnen het Keizerrijk die – gedeeltelijk al ten tijde van het Keizerrijk zelf – in toenemende mate onder druk kwamen te staan. In deze paragraaf ga ik in op deze dominante staatsrechtelijke methoden en theorieën, waarvan het wetspositivisme (Duits: *Gesetzepositivismus*, Engels: *statutory positivism*) van de Gerber/Laband-school de meest prominente is.

§ 3.2.1: Het Anglo-Amerikaanse en Duitse rechtspositivisme

Er bestaan verschillende vormen van positivisme binnen de rechtstheorie, die alle met elkaar gemeen hebben dat zij de scheiding tussen recht en moraal bepleiten. Deze scheiding tussen recht en moraal wordt ook wel de scheidingsthese [*separation thesis*] genoemd.[426] Rechtspositivistische theorieën gaan ervan uit dat de wet geldig is, en hiermee ook als 'recht' kan worden beschouwd, indien deze is afgekondigd door de hiertoe gelegitimeerde macht en volgens de juiste procedure (zoals deze bijvoorbeeld is neergelegd in de grondwet). Rechtspositivistische theorieën zijn over het algemeen dan ook vooral geïnteresseerd in de *bron* van het recht: waar komt het recht vandaan of door wie is het afgekondigd?[427] De focus ligt binnen deze theorieën, met andere woorden, op de *legaliteit* van de wetten.

[426] Zie bijvoorbeeld Jules Coleman, 'Negative and positive positism', in: *Journal of Legal Studies* 11, 1982, p. 140.

[427] Scott Shapiro, *Legality,* Cambridge: Harvard University Press 2011, p. 27-28.

Tegenover de scheidingsthese, als kenmerkend voor het rechtspositivisme, wordt in de literatuur meestal het natuurrechtsdenken geplaatst. Aanhangers van natuurrechtelijke theorieën verwerpen de scheidingsthese en gaan er over het algemeen van uit dat de wetten, zoals deze in de rechtsbronnen zijn neergelegd, enkel als 'recht' kunnen worden beschouwd indien zij overeenstemmen met bepaalde morele of metafysische principes (waarvan de inhoud al naar gelang de theorie verschilt). Aanhangers van deze theorieën zijn dan ook niet geïnteresseerd in de bron van het recht, maar in de *inhoud* ervan. Zij zijn, met andere woorden, niet geïnteresseerd in de legaliteit, maar in de *legitimiteit* van de wetten.[428] Deze legitimiteit laat zich, zoals ik hiervoor al aanstipte, bepalen door de overeenstemming met bepaalde morele of metafysische principes.

Het volgende voorbeeld kan het onderscheid tussen het rechtspositivisme en het natuurrecht verduidelijken. In artikel 81 van de Nederlandse Grondwet is neergelegd dat wetten in formele zin in Nederland worden opgesteld door de Staten-Generaal en de regering gezamenlijk (de formele wetgever).[429] Om een wet in formele zin op te stellen, volgen de regering en de Staten-Generaal voorts de procedure die is neergelegd in artikel 82 tot en met 88 van de Grondwet. Stel nu, dat de regering en de Staten-Generaal deze procedure volgen en de volgende wettekst invoeren: "Iedereen met paars haar wordt standrechtelijk geëxecuteerd door de formele wetgever". Aanhangers van enigerlei rechtspositivistische theorie zullen de tekst van deze wet accepteren als recht. Natuurlijk, zullen zij stellen, je kunt ervoor kiezen de wet niet na te volgen of ertegen in opstand te komen, maar dat wil nog niet zeggen dat het ook daadwerkelijk geen recht is – de tekst is immers in de wet neergelegd of is immers in de wet neergelegd na het volgen van de juiste procedure (de verklaring kan per denker verschillen, het gaat er voornamelijk om dat er geen beroep wordt gedaan op een moreel of metafysisch principe om de geldigheid van de wet vast te stellen). Aanhangers van een natuurrechtelijke theorie zullen echter betogen dat de tekst van deze wet moreel verwerpelijk is en dat deze wet aldus niet als recht kan worden beschouwd – de wet behoeft dientengevolge geen navolging.

Er bestaan onderling belangrijke verschillen tussen de verschillende varianten van het rechtspositivisme en het natuurrecht. Over het algemeen wordt met rechtspositivisme de Anglo-Amerikaanse variant van de rechtspositivistische traditie geassocieerd, die zich met de ideeën van de Engelse filosoof John Austin (1790-1859) ontwikkelde. Austin stelde dat het recht het geheel is van bevelen, uitgevaardigd door de soeverein en bedreigd met een sanctie.[430] Het is duidelijk dat het hier om een rechtspositivistische opvatting gaat, aangezien er niets wordt gesteld over de *inhoud* van de bevelen die de soeverein uitvaardigt – hetgeen dat over het algemeen kenmerkend is voor het rechtspositivisme.

---

[428] Shapiro 2011, p. 27-28.

[429] "De vaststelling van wetten geschiedt door de regering en de Staten-Generaal gezamenlijk", zo luidt artikel 81 van de Nederlandse Grondwet.

[430] Zoals aangehaald in H.L.A. Hart, *The Concept of Law,* Oxford: Oxford University Press 2012, p. 6.

De Engelse filosoof H.L.A. Hart (1907-1992) ontwikkelde zijn rechtspositivistische theorie – die kan worden beschouwd als de meest bekende, moderne rechtspositivistische theorie – in reactie op de denkbeelden van Austin. Volgens Hart is de rechtstheorie van Austin te simplistisch, aangezien er veel rechtsregels in moderne rechtssystemen te vinden zijn die geenszins voldoen aan het 'bevelscriterium' [*imperative theory*] dat Austin centraal stelt. Volgens Hart wordt het rechtspositivisme dan ook onterecht geïdentificeerd met dit bevelscriterium, maar is het ook mogelijk dit criterium te verwerpen, zonder hiermee het voor het rechtspositivisme essentiële onderscheid tussen recht en moraal te verwerpen.[431] In zijn boek *The Concept of Law* (1961) poogde hij daarom een rechtspositivistische theorie te ontwikkelen die meer recht doet aan de hedendaagse praktijk. Kortgezegd betoogde Hart dat het recht het geheel van primaire en secundaire *regels* beslaat.[432] De belangrijkste secundaire regels zijn de erkenningsregels [*rules of recognition*]: deze regels bepalen wat het geldende recht is in een voorliggende situatie.[433] Zij bepalen bijvoorbeeld *wie* het geldende recht mag afkondigen.

Sinds de publicatie van de artikelen 'The Model of Rules I' en 'The Model of Rules II' (beide 1967) door de Amerikaanse filosoof Ronald Dworkin (1931-2013) waarin hij stelt dat het rechtspositivisme van Hart niet in staat is de bindende werking van wettelijke principes te erkennen,[434] richt het debat binnen het Anglo-Amerikaanse rechtspositivisme zich op de vraag welke plaats wettelijke principes binnen het rechtspositivisme dienen in te nemen. Aanhangers van het inclusieve positivisme [*inclusive positivism*], zoals de Amerikaanse rechtswetenschapper Jules Coleman (geb. 1947) en Hart zelf,[435] stellen dat wettelijke principes *via* de erkenningsregel – op indirecte wijze – onderdeel kunnen worden van het recht.[436] Met andere woorden, indien de erkenningsregel de wettelijke principes aanwijst als recht, behoren zij tot het recht en kan zo recht worden gedaan aan hun betekenis in de juridische praktijk. Aanhangers van het exclusieve positivisme [*exclusive positivism*], zoals de Israëlische filosoof Joseph Raz (geb. 1939) en de Amerikaanse filosoof Scott Shapiro, stellen daarentegen dat iedere verbinding tussen recht en moraal – dus ook de indirecte verbinding van het inclusieve positivisme – moet worden uitgesloten en dat wettelijke principes enkel als buitenwettelijke categorie kunnen worden toegepast in het recht.[437]

Het rechtspositivisme van Hart en andere Anglo-Amerikaanse filosofen (zoals Austin, Coleman, Raz en Shapiro) kan worden omschreven als 'statisch positivisme' [*statist positivism*]. Deze

---

[431] H.L.A. Hart, 'Positivism and the Separation of Law and Morals', in: *Harvard Law Review,* vol. 71, no. 4, 1958, p. 601.
[432] Hart 2012, p. 94-96.
[433] Leslie Green, 'Introduction', in: H.L.A. Hart, *The Concept of Law,* Oxford: Oxford University Press 2012, p. xx-xxiii.
[434] Ronald Dworkin, *Taking rights seriously,* Londen: Bloomsbury 1997, p. 39-40.
[435] Zie Hart 2012, *Postscript* (p. 263-268).
[436] Jules Coleman, 'Negative and positive positism', in: *Journal of Legal Studies* 11, 1982, p. 160.
[437] Scott Shapiro, 'On Hart's Way Out', in: *Legal Theory,* vol. 4(4), 1998, p. 480 e.v.

stroming 'identifies law with those norms positivized by a legal authority, or, to express the point more abstractly, those norms produced according to the correct procedure'.[438] Hoewel dit de meest bekende variant van het rechtspositivisme is, bestaan er meer vormen van deze stroming.

Zo bestaat er het 'sociologische rechtspositivisme', waarbij de staat wordt voorgesteld als een organisatie. Een belangrijke vertegenwoordiger van deze theorie was de Duitse historicus en rechtsgeleerde Otto von Gierke (1841-1921), die later uitgroeide tot de belangrijkste tegenstander van het in het Tweede Keizerrijk dominante wetspositivisme (waarover ik later kom te spreken).[439] Volgens Gierke kan de statelijke organisatie, die welhaast de vorm aanneemt van een menselijk, biologisch wezen, objectief worden waargenomen in de werkelijkheid. Door het observeren van deze organisatie en de handelingen die deze verricht, ontstaat een idee van wat het recht is. Het recht krijgt, met andere woorden, gestalte door de handelingen van de staat en is hiermee een 'feit' in de werkelijkheid.[440] Deze theorie is rechtspositivistisch te noemen, aangezien er geen beroep wordt gedaan op een morele of metafysische categorie om de inhoud van het recht te bepalen. Er wordt aldus voldaan aan de scheidingsthese die kenmerkend is voor alle vormen van rechtspositivisme.

Het grote verschil tussen het statisch positivisme van Hart en het sociologisch positivisme van Gierke is echter dat Hart poogt een intern perspectief op het recht in te nemen. Dit interne perspectief is er volgens Hart op gericht om de validiteit ofwel geldigheid van het recht aan te tonen (dus het gaat om de kernvraag: waarom volgen mensen het recht na?), terwijl het externe perspectief (zoals dat van Gierke) enkel een observatie van het recht kan bieden, zonder een verklaring te geven waarom het recht valide is of waarom mensen het navolgen.[441] Deze discussie laat ik hier verder buiten beschouwing.

Zowel het statisch positivisme als het sociologisch positivisme verschilt van het wetspositivisme dat zich vanaf halverwege de negentiende eeuw in Duitsland begon te ontwikkelen en dat vanaf ongeveer 1880 een dominante positie binnen het Tweede Keizerrijk innam. Volgens de Amerikaanse rechtsgeleerde en filosoof Stanley Paulson (geb. 1941) wordt over het algemeen aangenomen dat het wetspositivisme gekenmerkt wordt door de 'identity thesis': 'the identification of the law [*Das Recht*] with the statute [*das Gesetz*]'.[442] Met andere woorden, hetgeen dat als recht moet worden aangemerkt, komt overeen met hetgeen dat in de wet is neergelegd.[443] De nadruk ligt bij deze vorm van rechtspositivisme aldus niet op de procedure volgens welke het recht tot stand komt (zoals

---

[438] Peter Caldwell, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law. The Theory & Practice of Weimar Constitutionalism,* Durham/Londen: Duke University Press 1997, p. 3.
[439] Martin Otto, 'Germanischer Staat und Genossenschaft: Otto von Gierke als Staatsrechtler', *Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte,* 2017, Vol.18(1), p. 321.
[440] Jo Eric Khushal Murkens, *From Empire to Union. Conceptions of German Constitutional Law Since 1871,* Oxford: Oxford University Press 2013, p. 12-13.
[441] Hart 2012, p. 108.
[442] Stanley Paulson, 'Statutory Positivism', in: *Legisprudence,* vol. 1., 2007, p. 6.
[443] Stolleis 2001, p. 8.

bij het statisch positivisme) of op de handelingen van de statelijke organisatie (zoals bij het sociologisch positivisme), maar enerzijds op de vindplaats van het recht (de wet) en anderzijds op de tekst van deze wet.

De Duitse staatsrechtsgeleerde Laband, wiens werk *Staatsrecht des Deutschen Reiches* (vier delen, gepubliceerd tussen 1876 en 1882) uitgroeide tot standaardwerk wat betreft het staatsrecht binnen het Tweede Duitse Keizerrijk, was een van de belangrijkste vertegenwoordigers van dit wetspositivisme. Volgens Laband is de wet de hoogste uitdrukking van de wil van de staat en symboliseert deze de overeenkomst tussen de monarch, als belangrijkste vertegenwoordiger van de staat en het parlement, als belangrijkste vertegenwoordiger van het volk.[444] De wet vertegenwoordigt, met andere woorden, een 'organische', absolute eenheid binnen de staat.[445] Deze eenheid komt ook tot uiting in het standpunt dat Laband inneemt wat betreft de hiërarchie van de wetten. Volgens hem bestaat er geen hiërarchie binnen de wetten van het wetssysteem, elke wet is namelijk de uitdrukking van de eenheid van de staat, waardoor het onjuist zou zijn als een bepaalde soort wet (bijvoorbeeld een artikel in de grondwet) boven een andere soort wet geplaatst zou worden.[446] Hieruit volgt dat de wetten een gesloten systeem vormen en dat zij gezamenlijk de wil van de staat uitdrukken. Zoals duidelijk werd in zijn boek *Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der Preußischen Verfassungs-Urkunde unter Berücksichtigung der Verfassung des Norddeutschen Bundes* (1871), wordt hiermee voorkomen dat er een 'gat' (oftewel een onduidelijkheid) in de constitutie ontstaat waarover (politieke) discussie kan ontstaan (over de achtergrond waartegen dit werk tot stand kwam, kom ik later in deze paragraaf te spreken).[447]

Een ander belangrijk kenmerk van het wetspositivisme van Laband is het feit dat de wet, als uitdrukking van de statelijke wil, enkel geïnterpreteerd dient te worden volgens de methode van *Begriffsjurisprudenz*: een term die werd gemunt door de Duitse rechtswetenschapper Rudolf von Jhering (1818-1892) in zijn polemische werk *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* (1884). *Begriffsjurisprudenz* is een formele benadering van het recht waarbij buitenwettelijke categorieën (zoals politiek, moraal en filosofie) nadrukkelijk worden uitgesloten bij de interpretatie van de wet.[448] De wettekst dient enkel uitgelegd te worden volgens in het recht zelf gelegen categorieën (rechtsbegrippen), die logisch met elkaar samenhangen.[449] Het recht wordt hiermee een gesloten, welhaast mathematisch systeem dat bij de interpretatie aldus enkel gebruik maakt van haar eigen

[444] Paul Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches,* Tübingen: Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1911 (herdruk The Bibliolife Network), p. 95.
[445] Zie Laband 1911, p. 84, 91.
[446] Murkens 2013, p. 15; Jouanjan 2008, p. 388.
[447] Paul Laband, *Das Budgetrech nach den Bestimmungen der Preußischen Verfassungs-Urkunde unter Berücksichtigung der Verfassung des Norddeutschen Bundes,* Berlijn: Verlag von J. Guttentag 1871, p. 75-76.
[448] Murkens 2013, p. 15.
[449] Stolleis 2001, p. 8.

categorieën, zoals deze gelegen zijn in het systeem zelf. Deze methode van interpretatie groeide uit tot de dominante vorm van wetsinterpretatie binnen het Tweede Keizerrijk.

De Franse rechtsgeleerde Olivier Jouanjan (geb. 1961) beschrijft dat het bij *Begriffsjurisprudenz* gaat om het tot stand brengen van een voorstelling of abstract begrip van het recht. Hierdoor komt de uiting van deze voorstelling in de praktijk, met andere woorden de praktische toepassing van de wet, op de tweede plaats.[450] Deze interpretatie en toepassing van het recht kan in verband worden gebracht met de ontwikkeling van de rechtsstaat in Duitsland gedurende de negentiende eeuw – een ontwikkeling die samenging met de steeds verder doorgevoerde industrialisatie, die mogelijk werd gemaakt door de ontwikkeling van de natuurwetenschappen. De exacte benadering van de natuurwetenschappen, door middel van logica en begrippen, drukte eveneens zijn stempel op de rechtswetenschap.[451] Kenmerkend voor de rechtswetenschap werd, gelijk aan de natuurwetenschappen, de 'Formaliserung, die Zuordnung der Verwaltungstätigkeit zu kalkulierbaren Rechtsformen'[452] – hetgeen duidelijk te zien is in de benadering van de *Begriffsjurisprudenz.*

Hoewel de 'neutrale' – want immers niet op politieke of morele gronden gestoelde – interpretatiemethoden van *Begriffsjurisprudenz* die Laband[453] propageerde doen vermoeden dat zijn wetspositivisme apolitiek is (of dit op zijn minst poogt te zijn), klopt deze veronderstelling niet helemaal. Laband maakte misschien gebruik van 'neutrale' of 'formalistische' methoden, maar het hogere doel dat zijn theorie nastreefde, stond van tevoren vast: het vertegenwoordigen en tot stand brengen van de absolute eenheid binnen de staat.[454] Dit komt bijvoorbeeld ook tot uitdrukking in zijn opvatting over het opnemen van grondrechten in de constitutie. Laband meende dat het inroepen van grondrechten door de burgers tegen de Staat de belangrijke eenheid van de Staat – en hiermee haar machtspositie – zou bedreigen. Labands theorie bracht het idee van een *Machtsstaat* met zich mee: een staat die zich als absolute, ondeelbare eenheid,[455] als machtsbastion,[456] uitstrekt over haar grondgebied.[457] Deze staat is verheven boven de burgers en oefent de staatsmacht [*Staatsgewalt*] uit waaraan zij dienen te gehoorzamen.[458] Dit laatste is noodzakelijk, aangezien de staat *zelf* de absolute macht bezit.[459]

---

[450] Olivier Jouanjan, 'Philosophische Verwicklungen in der Rechtswissenschaft: zur Geschichte des deutschen juristischen Denkens im 19. Jahrhundert', in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung,* 2008, vol.125(1), p. 368.
[451] Stolleis 2002, p. 48-49.
[452] Stolleis 2002, p. 43.
[453] Zie voor de *Begriffsjurisprudenz* van Paul Laband, Laband 1911, p. 65.
[454] Murkens 2013, p. 16.
[455] Laband 1911, p. 96.
[456] Laband 1911, p. 65, 193.
[457] Laband 1911, p. 190. Laband ziet het in bezit nemen van een grondgebied als het begin van het uitoefenen van de autoriteit van het volk over dat grondgebied – het begin van staatvorming. Zie hiervoor Laband 1911, p. 192.
[458] Laband 1911, p. 69.
[459] Laband 1911, p. 94-95, 96.

De opvatting van de staatsrechtsgeleerde Gerber, eveneens een belangrijke vertegenwoordiger van het wetspositivisme, illustreert dit. Zoals de Britse rechtsgeleerde Jo Murkens beschrijft, is de staat volgens Gerber 'the highest personality within the legal order, whose personal will (*Staatsgewalt*) equated to the right to rule (*Herrschen*) [..]. The role of constitutional law (*Staatsrecht*) was to determine the structure and legal limits of state power'.[460] Dit laatste ('to determine the limits of state power') toont echter dat het hier niet gaat om een absolutistische theorie, waarbij geen vrijheid meer bestaat voor de burgers. De theorie van *Herrschaft* van de *Machtsstaat* van Laband en Gerber bracht met zich mee dat de staat geen zeggenschap had over de domeinen buiten de door haar uitgeoefende heerschappij.[461] Het was een theorie van grenzen, die de domeinen die losstonden van de staat – die van het individu en van de economie – respecteerde. Met andere woorden, het was een theorie die bepaalde waar het individu vrij was *van* invloed van de staat (negatieve vrijheid), niet wat vrijheid *binnen* de staat betekende (positieve vrijheid).[462]

§ 3.2.2. Gerber en Laband: apolitieke ontwikkeling in een politieke context

Het wetspositivisme van Gerber poogde (net als dat van Laband) expliciet apolitiek te zijn, hetgeen zich laat verklaren door de achtergrond waartegen dit tot ontwikkeling kwam. Zoals eerder in 1815 het geval was geweest,[463] was met het mislukken van de democratische revolutie van 1848 de hoop op Duitse eenheid (wederom) vervlogen. De democratische revolutie van 1848 in Frankrijk was aanvankelijk overgewaaid naar Duitsland, waar een steeds grotere groep mensen de voorkeur gaf aan een gecentraliseerd bestuur en meer invloed van het parlement. Echter, de behoefte aan revolutie verdween in Duitsland even snel als dat zij was gekomen en uiteindelijk bleef Duitsland (dat toen verenigd was met Oostenrijk) een verbond van verschillende monarchieën die met elkaar verenigd waren in de Duitse Bond [*Deutscher Bund*] in plaats van een federatie met sterk centraal gezag, zoals de liberalen[464] en radicale democraten aanvankelijk hadden gehoopt. De Britse historicus Hannsjoachim Koch (geb. 1933) beschrijft dat dit voornamelijk het gevolg was van de verandering van de positie van de liberalen zelf, die zich – vooral vanwege angst voor een 'rode revolutie' – besloten aan te sluiten bij de conservatieven:[465] de liberalen streefden naar een 'evolution rather than

[460] Murkens 2013, p. 14. Zie eveneens Laband 2011, p. 66 waar hij dit standpunt van Gierke onderstreept.
[461] Laband 2011, p. 66.
[462] Jacobson & Schlink 2002, p. 6. Zie voor de begrippen van 'negative freedom' en 'positive freedom' Isaiah Berlin, 'Two Concepts of Liberty', in: *Four Essays on Liberty,* Oxford: Oxford University Press, p. 121-122.
[463] Zie Hannsjoachim Koch, *A Constitutional History of Germany in the Nineteenth and Twentieth Century,* Londen/New York: Longman 1984, p. 12-15 voor de gebeurtenissen in 1815. Nadat Napoleon was verslagen, had een Duitse federatie (en hiermee een grotere mate van vereniging van de Duitse gebieden) tot de opties behoord. Echter, er werd toch gekozen voor een confederatie waarbij de verschillende delen grotendeels zelfstandig bleven. De confederatie kwam op 8 juni 1815 tot stand.
[464] Michael John, 'The Politics of Legal Unity in Germany, 1870-1896', in: *The Historical Journal*, 28, 2, 1985, p. 342.
[465] Koch 1984, p. 73-74.

revolutionary confrontation'.[466] In Duitsland ontwikkelde zich na de revolutie van 1848 dan ook enkel een rechtsstatelijke traditie, maar geen werkelijk democratische traditie. De mate van participatie van de burgers in de staat bleef gering en de 'rechtsstaat behield autoritaire structuren'.[467]

Gerber poogde zich neer te leggen bij dit (volgens hem teleurstellende) resultaat en wilde zich daarom in zijn staatsrechtstheorie onthouden van politieke elementen en standpunten.[468] Zoals de Duitse rechtsgeleerde Stefan Korioth (geb. 1960) omschrijft: "[d]issapointment in the political situation, as well as the inclination to make peace with it, is mirrored in Gerber's postulate that politics is 'not the purpose, but simply the material' of the law of the state".[469] Wat deze opvatting van Gerber illustreert, is dat het staatsrecht niet langer gebruikt diende te worden om politieke doelen na te streven of de status quo te beïnvloeden, maar enkel om het positieve, in de wetten neergelegde, recht te bestuderen – een opvatting die later dominant werd binnen het Tweede Keizerrijk.

Het wetspositivisme van Laband ontwikkelde zich eveneens tegen deze achtergrond. Specifiek bepalend voor de ontwikkeling van zijn staatsrechtstheorie was een conflict dat zich in een van de monarchieën van de Duitse Bond, Pruisen, vanaf 1860 ontwikkelde tussen de koning – Wilhelm I (1797-1888), de latere eerste keizer van het Tweede Keizerrijk – en het parlement [*Landtag*] over de steeds verder toegenomen uitgaven aan het leger door de Pruisische Staat en de uitbreiding van het aantal jaren dienstplicht.[470] De Landtag had de militaire budgetten afgekeurd en de koning, vastbesloten zijn militaire budget doorgang te laten vinden, ontbond hierop de Landtag. Hierna volgden nieuwe verkiezingen. Deze resulteerden echter in een nog grotere vijandige meerderheid, die eveneens weigerde de budgetten goed te keuren. De vraag die bij dit conflict speelde, was wie uiteindelijk de doorslaggevende stem had: de Landtag of de koning? Er kwam geen eenduidig antwoord op deze vraag en er dreigde zich een crisis te ontwaren binnen de Pruisische Staat.[471]

Willem I hoopte deze crisis te bezweren door Otto von Bismarck (1818-1898) tot kanselier te benoemen, hetgeen geschiedde op 22 september 1862. Bismarck deed voorts een beroep op de statelijke autoriteit: volgens hem was niet het parlement, maar de Kroon drager van de oorspronkelijke macht van de Pruisische Staat. Aangezien de Kroon aan de basis stond van de staat zelf – waar het parlement zijn legitimatie aan ontleende – diende de Kroon een doorslaggevende stem te hebben in dit conflict. Met andere woorden, de Landtag zou zich moeten neerleggen bij de militaire budgetten van de koning. Bismarck rechtvaardigde zijn standpunt door te stellen dat er sprake was van een

---

[466] Koch 1984, p. 75.
[467] Stolleis 2002, p. 44-45.
[468] Carl von Gerber, *Über öffentliche Rechte,* Tübingen: Laupp'sche Buchhandlung 1852, p. 23 zoals aangehaald in Stefan Korioth, 'Prologue. The Shattering of Methods in Late Wilhelmine Germany', in: *Weimar. A jurisprudence of crisis* (Belinda Cooper vert.), Berkeley/Los Angeles/Londen: University of California Press 2002, p. 42.
[469] Korioth 2002, p. 42.
[470] Zie voor deze gebeurtenissen bijvoorbeeld Koch 1984, p. 92-95.
[471] Caldwell 1997, p. 19-20.

'constitutioneel gat' (een onduidelijkheid in de constitutie) en dat de Kroon, als hoogste macht binnen de Staat, mocht – en moest – handelen om een impasse te voorkomen.[472] Deze redenering van Bismarck kwam bekend te staan als de *Lückentheorie*. De regering onder Bismarck bleef tot 1866 aan de macht zonder de volgens de constitutie noodzakelijke parlementaire goedkeuring van het budget. Bismarck rechtvaardigde dit gedurende deze periode aldus met zijn *Lückentheorie* die aansloot bij de suprematie van de Kroon binnen het Pruisische staatsbestel,[473] maar feitelijk bleef een werkelijke oplossing voor het conflict uit.

De houding van de oppositie in het parlement tegen de budgetten veranderde na de verkiezingen van 3 juli 1866, die werden gehouden op dezelfde dag als de slag om Königgrätz waar door het Pruisische leger grote militaire successen werden geboekt. De publieke opinie sloeg om naar de kant van Bismarck en de koning, hetgeen duidelijk bleek uit de verkiezingsuitslagen: de oppositie (die voornamelijk door de liberalen was gevoerd) tegen Bismarck in het algemeen en de militaire budgetten in het bijzonder nam af. Op 14 augustus werd in het parlement een wet aangenomen die Bismarck en de regering schadeloosstelde voor de gedragingen in de periode vanaf 1862 en die het voorgestelde budget voor 1866 goedkeurde.[474] Het conflict was hiermee dan eindelijk, met terugwerkende kracht, beslecht in het voordeel van Bismarck en de koning. In toenemende mate zochten hierna ook de liberalen in het parlement naar een theorie die aansluiting bood bij de successen van Bismarck en zijn argumentatie van het primaat van de Kroon.[475] Deze werd geboden door Laband in zijn eerdergenoemde werk over het budgetrecht uit 1871.

Laband verwierp in dit werk de *Lückentheorie* van Bismarck en stelde dat het bij de vraag of de Landtag betrokken diende te worden bij de vaststelling van het budget ging om de vraag 'welche Bedeutung der Ausdruck Geseβ in der Preuβ. Verfassungsurkunde überhaupt und im art. 99 [waarin was neergelegd dat de Landtag het budget mede diende vast te stellen, RB] insbesondere hat'.[476] Met andere woorden, het ging om de vraag naar de betekenis van het begrip 'wet' (Oud-Duits: *Geseβ*): is artikel 99 van de constitutie eigenlijk wel een 'wet'? Zo nee, dan was de inhoud ervan niet bindend en kon de Kroon hetgeen dat in dit artikel werd bepaald naast zich neerleggen. Laband betoogde dat hetgeen dat in artikel 99 van de constitutie van de constitutie is opgenomen in strikte zin niet onder het begrip 'wet' viel,[477] aangezien er geen (substantiële) rechtsnorm in deze wet was neergelegd[478] – hetgeen betekende dat de Kroon de inhoud van dit artikel naast zich neer kon leggen.[479] Wat dan

[472] Peter Stirk, 'Hugo Preuss, German Political Thought and the Weimar Constitution', in: *History of Political Thought,* vol. XXIII, no. 3, 2002, p. 506.
[473] Koch 1984, p. 101.
[474] Koch 1984, p. 102.
[475] Caldwell 1997, p. 12.
[476] Laband 1871, p. 3.
[477] Laband 1871, p. 6.
[478] Laband 1871, p. 4.
[479] Laband 1871, p. 29.

precies wordt bedoeld met een (substantiële) rechtsnorm blijft, zoals ook Caldwell erkent, onduidelijk: "He [Laband, RB] seemed to have in mind a legal norm that delimited spheres in which a legal person could exercise its will".[480] In dit geval werd er geen bevoegdheid gedelegeerd, maar werd een schatting gemaakt van uitgaven. Het was deze rechtvaardiging van het genomen besluit waartegen het wetspositivisme van Laband, dat hij vanaf 1876 tot ontwikkeling bracht en dat ik in paragraaf 2.2.1 heb besproken, succes verwierf in het Tweede Keizerrijk.

Alvorens ik overga tot de gevolgen van de staatsrechtstheorieën van Laband en Gerber, wil ik benadrukken dat 'liberalisme' in Duitsland in de negentiende eeuw iets anders betekende dan in Engeland, de Verenigde Staten of Frankrijk. Het liberalisme kwam in Duitsland vanaf 1815-1820 tot ontwikkeling. De wortels van deze ontwikkeling liggen in de vereniging van de Duitse gebieden in een confederatie na het verslaan van Napoleon waartoe tijdens de Conferentie van Wenen op 8 juni 1815 werd besloten.[481] Binnen deze confederatie bleven de verschillende staten grotendeels zelfstandig, maar werd besloten tot samenwerking op een zeer beperkt aantal terreinen. De groep die later 'liberaal' werd genoemd, was het oneens met de uitkomst van de Conferentie van Wenen: zij waren voorstander van een federatie van de Duitse gebieden onder een gemeenschappelijke kroon – bijvoorbeeld het herstel van het Heilige Roomse Rijk dat had bestaan tot 1806 – of een nog verdergaande eenwording (bijvoorbeeld de vestiging van een eenheidsstaat).

Spoedig na het instellen van de confederatie kwamen verschillende politieke groeperingen tot ontwikkeling in de Duitse gebieden, die later de vijf belangrijkste politieke partijen zouden vormen en die tot de machtsovername van Hitler in maart 1933 bleven bestaan: de conservatieven, de liberalen, de katholieken, de radicale democraten en de socialisten.[482] In tegenstelling tot de Anglo-Amerikaanse liberalen, die betoogden dat de soevereiniteit bij het individu was gelegen en dat deze vrije individuen de staat zouden vestigen met de instelling van een sociaal contract (cf. de Britse filosofen Thomas Hobbes en John Locke), beschouwden de liberalen in Duitsland de staat juist als de basis voor individuele vrijheid. Met andere woorden, soevereiniteit ging dus niet van het individu uit, maar ging uit van de staat; de staat was soeverein en was hiermee tevens de basis van de individuele vrijheid.[483]

Feitelijk was dit dus precies het tegenovergestelde van het standpunt van de Anglo-Amerikaanse liberalen. Het liberalisme in Duitsland was echter niet homogeen, binnen de liberale groepering bestond een scheiding van degenen die voorstander waren van de constitutionele monarchie en bijbehorende scheiding der machten en degenen die voorstander waren van verdergaande macht voor het parlement. De liberalen stonden van oudsher tegenover de Duitse conservatieven, die voorstander waren van verdergaande macht van de monarchen en decentralisatie.

[480] Caldwell 1997, p. 20.
[481] Zie hiervoor bijvoorbeeld Laband 1911, p. 7.
[482] Koch 1984, p. 34.
[483] Koch 1984, p. 38.

Beide groepen hadden echter met elkaar gemeen dat zij de staat beschouwden als een organisch, autonoom geheel.

Zoals gezegd, hadden de Pruisische liberalen (die tegenstander waren geweest van de verlening van de militaire budgetten) behoefte aan een theorie die een rechtvaardiging bood voor de macht die Bismarck naar zich toe had getrokken tussen 1862 en 1866. Labands theorie verwierf tegen deze achtergrond succes. Laband betoogde dat de vraag naar soevereiniteit, die immers tot het conflict binnen de Pruisische Staat had geleid, in de toekomst geen rol meer mocht spelen binnen de staatsrechtstheorie. Volgens Laband waren de politieke discussies en de vraag naar soevereiniteit, die in het recht waren geslopen, namelijk de oorzaak van het conflict dat was ontstaan in de Pruisische staat. Aan dit conflict was nu weliswaar een einde gekomen, maar dit betekende niet dat het in de toekomst de eenheid van de staat niet wederom zou kunnen bedreigen. Dus: een dergelijk conflict moest in de toekomst worden voorkomen en om dit te bewerkstelligen, dienden methoden van interpretatie in het recht zoveel mogelijk neutraal (ofwel, apolitiek) te zijn (zie ook paragraaf 3.2.1 waar ik dit eveneens aan de orde stelde bij de bespreking van *Begriffsjurisprudenz*). In de woorden van Jouanjan: "[d]ie Statik des Systems und die Entpolitisierung der Rechtswissenschaft sollten zur Stabilisierung der politischen Verhältnisse beitragen".[484]

In de praktijk betekenden de opvattingen van Laband en Gerber, die zoals gezegd uitgroeiden tot de dominante Gerber/Laband-school binnen het Tweede Keizerrijk dat in 1871 ontstond, dat er in dit Keizerrijk vrijwel geen staatsrechtelijke debatten werden gevoerd.[485] Het Tweede Keizerrijk was de opvolger van de Noord-Duitse Bond (die op haar beurt weer als opvolger van de Duitse Bond had bestaan van 1867 tot 1871) en was, net als de Noord-Duitse Bond dat eerder was geweest,[486] een verdere verwezenlijking van de lang gekoesterde liberale hoop op een federatie (de liberalen waren dan ook de belangrijkste steunpilaar van de nieuwe constitutie). De eenheid binnen de Duitse staat werd later bevestigd door de aanname van het Burgerlijk Wetboek [*Bürgerlich Gesetzbuch*] in 1896, dat het privaatrecht voor het gehele Tweede Keizerrijk uniformiseerde.[487] De lang gekoesterde hoop op wettelijke eenheid werd met de aanname van het uniforme Burgerlijk Wetboek werkelijkheid. Zoals de Duitse staatsman Johannes von Miquel (1829-1901) deze liberale opvatting verwoordde in 1867: "[t]he demand for legal unity is a necessary precondition for a nation state".[488]

Het verschil tussen de Noord-Duitse Bond en het nieuwe Duitse Keizerrijk was dat het Tweede Keizerrijk ook de zuidelijke gebieden van Duitsland (waarvan Beieren het belangrijkste was) omvatte. De constitutie van het Tweede Keizerrijk gaf geen duidelijke verdeling en wees geen

[484] Jouanjan 2008, p. 388.
[485] Murkens 2013, p. 17.
[486] Er bestond – behalve op het gebied van het grondgebied dat de nieuwe Bond besloeg – veel continuïteit tussen de Noord-Duitse en de Duitse Bond. Zie hiervoor bijvoorbeeld Laband 1911, p. 22.
[487] John 1985, p. 341.
[488] Zoals aangehaald in John 1985, p. 342.

duidelijk primaat aan wat betreft de macht van het parlement (*Reichstag*) en de monarchen van de verschillende deelstaten die zetelden in de *Bundesrat* (de 'compromis van Bismarck').[489] In de praktijk kwam het er echter op neer dat de Reichstag relatief weinig macht had en vooral ging over de goedkeuring van het budget van het Keizerrijk (de democratische revolutie van 1848 had zich, zoals ik in paragraaf 2.2.1 al beschreef, in Duitsland niet weten door te zetten). Om te voorkomen dat er wederom een conflict zou ontstaan tussen de *Reichstag* en de *Bundesrat*, betoogde Laband dat de wetten die werden afgekondigd door de staat geacht werden de eenheid van de Duitse Staat – tussen monarchen en parlement – te representeren.[490] Om te voorkomen dat deze eenheid werd bedreigd, dienden er geen discussies gevoerd te worden over de politieke betekenis van deze wetten. Dit leidde ertoe dat er grote, feitelijke verschuivingen plaatsvonden binnen het staatsbestel van het Keizerrijk, zonder dat hierbij een beroep werd gedaan op de constitutie of dat er staatsrechtelijke debatten over deze veranderingen werden gevoerd.

Een voorbeeld van deze verschuivingen is de ontwikkeling van de machtsverhouding tussen de keizer en de *Bundesrat.* Het Tweede Keizerrijk bestond uit 27 afzonderlijke staten, die sinds de vestiging van het Keizerrijk in 1871 verenigd waren onder een gemeenschappelijke vlag (zie ook paragraaf 2.3). Deze staten behielden grotendeels hun soevereiniteit, maar werkten wat betreft buitenlandse politiek met elkaar samen en stelden voor een zeer gering aantal terreinen gemeenschappelijke wetgeving op. Voor de samenwerking tussen de staten werd de *Bundesrat* opgericht, waarin de monarchen van de verschillende staten zitting namen. Zij vertegenwoordigden hun deelstaat en vormden verschillende comités [*Bundesratsausschüsse*] die zich bezighielden met een afzonderlijk deel van de besluitvorming.[491] Aan het hoofd van de *Bundesrat* stond de keizer,[492] die de *Bundesrat* naar buiten toe representeerde en verantwoordelijkheid diende af te leggen aan het parlement voor het gevoerde beleid.[493] De keizer was hiermee aanvankelijk niets meer dan een *primus inter pares*. Echter, in de praktijk verschoof de macht van de *Bundesrat* als geheel geleidelijk steeds meer richting de keizer, die zich ontpopte tot de centrale figuur binnen het staatsbestel van het Tweede Keizerrijk.[494] Dit was vooral het geval onder keizer Wilhelm II die in 1888 aan de macht kwam. Een voorbeeld van de steeds verdergaande macht van de Wilhelm II was bijvoorbeeld dat de gewoonte dat de kanselier de besluiten van de keizer mede diende te ondertekenen – en onder Wilhelm I en Frederik

[489] Koch 1984, p. 122-123.
[490] Laband 1911, p. 96.
[491] Zie hiervoor Laband 1911, p. 285.
[492] Het ambt van de keizer was neergelegd in artikel 11 van de Grondwet van het Keizerrijk.
[493] Zie over de staatsinrichting van het Duitse Keizerrijk eveneens George Vascik & Mark Sadler, *The Stab-in-the-Back Myth and the Fall of the Weimar Republic. A history in Documents and Visual Sources,* Londen/New York: Bloomsburg Academic 2016, p. 9-10.
[494] Laband 1911, p. 217-218. Volgens Laband is de Keizer als koning van Pruisen een eerste onder gelijken, maar staat hij als keizer boven de koningen van de andere deelstaten. Hij oefent namelijk de rechten die hem als keizer toekomen alleen uit. Het gaat aldus om dezelfde persoon, als drager van twee afzonderlijke ambten (Laband 1911, p. 219).

III gebruikelijk was geweest – door Wilhelm II niet in acht werd genomen. Over deze veranderende positie van de keizer binnen het Tweede Keizerrijk werd, precies zoals Laband had beoogd, in de staatsrechtelijke theorie met geen woord gerept.

Een andere ontwikkeling binnen het staatbestel van het Tweede Keizerrijk was dat bepaalde groepen in de samenleving – voornamelijk sociaaldemocraten, katholieken en vrouwen – begonnen aan te dringen op veranderingen binnen het systeem. Zo eisten zij meer rechten en drongen aan op meer inspraak in het bestuur. De kritiek nam steeds verder toe naarmate het einde van het Tweede Keizerrijk naderde. Zo werd er in toenemende mate kritiek geuit op de persoonlijke heerschappij van keizer Wilhelm II en de toegenomen macht van de derde OHL (zie paragraaf 2.3).[495]

De oude staatsrechtelijke methoden van de Gerber/Laband-school waren niet toegerust op deze problemen en veranderingen binnen het staatsbestel. Zoals de Amerikaanse historicus Peter Caldwell beschrijft, kon het rigide en starre wetspositivisme 'not describe the massive changes to which the German politics were subjected at the turn of the century'.[496] Samengevat, tegen de *fin de siècle* rezen langzaam steeds meer vragen waar het wetspositivisme geen antwoord op had. Dit was het begin van kanttekeningen die bij het wetspositivisme werden geplaatst binnen het Duitse Keizerrijk.[497] Deze staan in de volgende paragraaf centraal.

§ 3.3. Een eerste kanttekening bij het wetspositivisme: Georg Jellinek en Max Weber

Een van de eersten die poogde het Duitse staatsrecht meer in overeenstemming met de praktijk te brengen, was de Duitse rechtsgeleerde Georg Jellinek (1851-1911). Hij brak niet met de rechtspositivistische traditie, maar zoals de Amerikaanse historicus Andrew Spadafora beschrijft: "[..] he sought to form a legal "science" (*Rechtswissenschaft*) that was philosophical informed, remained flexible in the face of historical change, and acknowledged the importance of human values and the knowledge generated by the social sciences".[498]

Jellinek merkte op dat de veranderingen die binnen het staatsbestel van het Tweede Keizerrijk hadden plaatsgevonden, zoals de verschuiving van de macht van de *Bundesrat* naar de keizer die ik zojuist beschreef, zonder dat de opgetekende constitutie was veranderd.[499] Zijn boek *Verfassungsänderung und Verfassungsverwandlung: Eine staatsrechtliche-politische Abhandlung* (1906) had tot doel deze ontwikkelingen te verklaren. Hij maakte hiertoe onderscheid tussen grondwetswijziging [*Verfassungsänderung*] en grondwetstransformatie [*Verfassungswandlung*]. Met 'grondwetswijziging' doelt Jellinek op een constitutioneel amendement: '[a] change in the text of the

[495] Jacobson & Schlink 2002, p. 6.
[496] Caldwell 1997, p. 37.
[497] Korioth 1992, p. 214.
[498] Andrew Spadafora, 'Georg Jellinek on values and objectivity in the legal and political sciences', in: *Modern Intellectual History,* 14, 3, 2017, p. 749.
[499] Zie hiervoor ook Jellinek 1929, p. 17.

constitution through a purposeful act of will'.[500] Bij 'grondwetstransformatie' gaat het daarentegen om een transformatie van de constitutie waarbij de tekst onveranderd blijft en waarbij de 'pureposeful act of will' aldus uitblijft. Deze constitutionele transformatie komt volgens Jellinek veelal tot stand vanwege 'gaten' (onduidelijkheden of onvolmaaktheden) in de tekst van de constitutie, die volgens hem onoverkomelijk zijn voor een juridisch document, dat naar zijn aard nooit in ieder toekomstig geval kan voorzien:

> [..] it is impossible for law that hopes consciously to affect the future to hold its norms ready for unpredicted und unpredictable event in the future. Thus historical experience also leads to the realization that every constitution is fraught with gaps, which often become evident only for a long time [..].[501]

Even later in de tekst herhaalt hij dit standpunt: "[..] legal precepts are incapable of actually controlling the distribution of power in a state. Real political forces move according to their own laws, which act independently of any legal forms".[502]

Dit roept de vraag op hoe deze 'political forces' betekenis kunnen krijgen binnen het staatsrecht. Zij dienden immers onder het leidende *Begriffsjurisprudenz* strikt gescheiden te blijven van het staatsrecht. Met deze vraag had Jellinek zich eerder beziggehouden. In zijn werk *Allgemeine Staatslehre* (1900) ontwikkelde hij een theorie die later werd betiteld als de 'tweekantenleer' [*Zwei-Seiten Lehre*]. Kortweg houdt deze theorie in dat het staatsrecht bestaat uit twee delen: een historisch-politieke kant, die hij ook wel beschrijft als de sociologische kant [*sociologische Seite*] en een wettelijke kant [*rechtliche Seite*].[503] Volgens hem dient het staatsrecht deze beide kanten te omvatten, aangezien zij beide nodig zijn om het recht te verwezenlijken.[504] Hij beschrijft de verhouding tussen beide kanten als volgt:

> Die erste [de sociologische kant, RB] hat zum Gegenstand den Staat als soziale Erscheinung. Sie wendet sich den realen, subjektiven und objektiven Vorgängen zu, aus denen das konkrete Leben der Staaten besteht. Man pflegt diese Betrachtungsweise die historisch-politische zu nennen [..]. Die zweite [de wettelijke kant, RB] hat zum Gegenstand die rechtliche Seite des Staates. Das Recht führt ein Doppelleben. Einmal als tatsächliche Rechtsübung, als welche es eine der sozialen Mächte ist [..]. Sodann aber als ein Inbegriff von Normen, der bestimmt ist; in Handlungen umgesetzt zu werden [..]. Durch juristische Normen wird daher kein reales Sein erkannt.[505]

---

[500] Georg Jellinek, 'Constitutional amendment and constitutional transformation', in: Arthur Jacobson & Bernhard Schlink, *Weimar. A jurisprudence of crisis* (Belinda Cooper vert.), Berkeley/Los Angeles/Londen: University of California Press 2002, p. 54.
[501] Jellinek 2002, p. 56.
[502] Jellinek 2002, p. 57.
[503] Jellinek 1929, p. 32-33.
[504] Jellinek 1929, p. 34.
[505] Jellinek 1929, p. 137-138.

De rechtswetenschap is volgens Jellinek een normatieve wetenschap, die zich bezighoudt met de ordening van de verschillende rechtsnormen.[506] Zoals het bovenstaande citaat duidelijk maakt, is de rechtswetenschap echter niet in staat om de werking en betekenis van deze normen in de praktijk te verduidelijken. In de woorden van Jellinek: "[d]en Rechtsbegriffen als solchen entspricht keiner Realität auβer uns"[507]. Om de werking en betekenis van deze normen in de praktijk te verduidelijken, is de sociologische ofwel historisch-politieke kant ('die zweite' in het bovenstaande citaat) nodig. Hiermee komt Jellinek aldus tot de constatering dat het recht een 'dubbelleven' [*Doppelleben*] leidt.[508] Duidelijk is dat het statelijke leven en het recht nauw verbonden zijn met de sociale werkelijkheid en de sociale wetenschappen; het recht is ('die erste Seite') gestoeld op de sociale werkelijkheid ('die zweite Seite').[509] Hij breekt hier met de rechtspositivistische 'call for a complete exclusion of extralegal and sociopolitical phenomena'.[510]

Zoals Korioth beschrijft, wordt het echter niet duidelijk hoe beide kanten van het recht met elkaar samenhangen.[511] Wel duidelijk wordt dat het recht 'in de boeken' volgens Jellinek verschilt van 'het recht in de praktijk'. Dit laatste punt is van essentieel belang voor de methodologische discussie die zich verder zou ontwaren in de Weimarrepubliek en waar Jellinek de eerste aanzet toe geeft: hij geeft de eerste aanzet om de wetspositivistische theorie van Laband (enigszins) om te buigen en hiermee een antwoord te formuleren op de vragen die leefden onder staatsrechtsgeleerden in Duitsland aan het begin van de twintigste eeuw. Hij erkent namelijk dat er naast de letterlijke tekst van de wet die betekenis krijgt binnen het wettelijke systeem, ook nog een andere vorm van betekenis van de wet mogelijk is (buiten het wettelijke systeem) en dat deze laatste vorm van interpretatie zelfs onontbeerlijk is, aangezien de wettekst zichzelf niet kan verwezenlijken. Hiermee breekt hij met het 'gesloten systeem' (zie paragraaf 3.2.1) van het wetspositivistisme van Laband.[512]

De *Zwei-Seiten Lehre* van Jellinek heeft raakvlakken met de staatsrechtstheorie van de Duitse socioloog Weber. Beiden werkten aan de Ruprecht-Karls-Universiteit van Heidelberg en het is dan ook waarschijnlijk dat zij wederzijds invloed hebben uitgeoefend op elkaars opvattingen.[513] Weber maakte in de tekst 'Rechtswissenschaft und Soziologie' (1911) – oorspronkelijk gepubliceerd als een reactie op het werk van de Duitse jurist Hermann Kantorowicz (1877-1940) – onderscheid tussen de 'sociologie van het recht' en de 'rechtsdoctrine'. Hij schrijft:

---

[506] Jellinek 1929, p. 138.
[507] Jellinek 1929, p. 162.
[508] Jellinek 1919, p. 138.
[509] Jellinek 1929, p. 82-140.
[510] Spadafora 2017, p. 752.
[511] Korioth 2002, p. 45.
[512] Zie Laband 1911, p. 84, 91.
[513] Over hun wederzijdse beïnvloeding en verschillen, zie Peter Ghosh, 'Max Weber and Georg Jellinek: two divergent conceptions of law', in: *Saeculum,* vol, 59(2), 2008, p. 306 e.v.

> We can view a specific legal precept [*Rechtssatz*] in two very different ways [..]. We can, on the one hand, ask about the 'meaning' of the precept; that is, assuming its existence as a general, hypothetical norm [..]. This is a question of doctrine, not of fact [..]. On the other hand, we can view the same legal precept sociologically [..]. The meaning of the precept that there exists a special factual *probability,* a 'chance' that once that fact situation X, Y and Z are precept, *factual* consequences of a specific sort will result [..].[514]

De eerste interpretatiemethode (de rechtsdoctrine) gaat aldus over de betekenis van de rechtsnorm zoals deze in de wet is neergelegd: het is een tekstuele interpretatiemethode die de exacte betekenis van een wetsnorm probeert te achterhalen. In het postuum gepubliceerde *Wirtschaft und Gesellschaft* (1920) verduidelijkt Weber dit standpunt en beschrijft hij de betekenis van de eerste vorm van interpreteren als volgt: "[w]hat significance or, in other words, what *normative* meaning ought to be attributed in correct logic to a verbal pattern having the form of a legal proposition".[515] Dit is volgens Weber een 'logical ought'.[516] Deze interpretatiemethode blijft dicht bij het wetspositivisme. Echter, deze interpretatiemethode zegt niets over de empirische geldigheid van het recht of over haar manifestatie in de empirische wereld. Hierover kan de 'sociologie', de tweede interpretatiemethode, van het recht wel uitspraken doen. Deze interpretatiemethode gaat, zoals uit het citaat dat ik zojuist aanhaalde duidelijk wordt, over de 'feitelijke waarschijnlijkheid' ofwel over de 'kans' dat de staat bepaalde wetten toepast.[517]

Weber verduidelijkt het onderscheid tussen beide met het voorbeeld van de naam (of de woorden) 'Verenigde Staten' die in meerdere wetsartikelen is neergelegd. Volgens hem kan deze naam verschillende dingen betekenen, afhankelijk van welk perspectief iemand inneemt bij de interpretatie ervan. Volgens hem is de wettelijke (doctrinaire) betekenis van 'Verenigde Staten' altijd hetzelfde, deze betekenis verschaft duidelijkheid, het is: 'a complex of legal norms whose meaning must be interpreted by legal scholars'.[518] In deze betekenis is 'Verenigde Staten' een gedachteconstructie, die geen betekenis heeft in de empirische realiteit en die daarom *objectief* geldig genoemd kan noemen.[519] Feitelijk heeft deze uitleg grote overeenkomsten met de *Begriffsjurisprudenz*, die er zoals gezegd van uitgaat dat het recht bestaat uit abstracte constructies die uit het recht zelf voortkomen. Echter, volgens Weber is dit niet de enige interpretatiemethode en biedt deze niet altijd voldoende uitkomst. Vanuit andere perspectieven van interpretatie, bijvoorbeeld vanuit economisch of politiek perspectief, verschilt de betekenis van 'Verenigde Staten' namelijk – afhankelijk van welk

---

[514] Max Weber, 'On legal theory and sociology', in: Arthur Jacobson & Bernhard Schlink, *Weimar. A jurisprudence of crisis* (Belinda Cooper vert.), Berkeley/Los Angeles/Londen: University of California Press 2002, p. 50.
[515] Max Weber, *Economy and Society* (Guether Roth & Claus Wittich, red.), Berkely/Los Angeles: University of California Press 2013, p. 311.
[516] Weber 2002, p. 51.
[517] Weber 2002, p. 51. Zie hiervoor eveneens Korioth 2002, p. 44.
[518] Weber 2002, p. 51.
[519] Weber 2002, p. 52.

doel je met deze interpretatie nastreeft. 'Verenigde Staten' kan bijvoorbeeld slaan op het leger of het kan gaan over mijnen, politici of iets dergelijks – in ieder geval is het bij een dergelijke, sociologische interpretatiemethode niet altijd duidelijk welke uitkomst juist is.[520] Dit hangt namelijk van de empirische context af waarin het begrip wordt gehanteerd.

Het onderscheid dat Weber maakt tussen de rechtsdoctrine ('ought') en de sociologische interpretatie ('is') betekent echter niet dat beide domeinen (zoals Kelsen later zou betogen, zie paragraaf 3.4) volledig van elkaar gescheiden zijn. De sociologische betekenis speelt een rol bij het achterhalen van de juridische betekenis van een term, terwijl de juridische betekenis tevens een oriëntatiepunt is voor degenen die de wet moeten toepassen.[521] Zo hangen beide domeinen, hoewel van elkaar gescheiden, wel degelijk met elkaar samen.

De sociologische interpretatiemethode, die door de Gerber/Laband-school en hun *Begriffsjurisprudenz* zo nadrukkelijk werd uitgesloten, kan volgens Weber wel degelijk waarde hebben voor het recht en de rechtswetenschap. Deze sociologische interpretatiemethode kan namelijk tonen hoe het recht in de praktijk functioneert en hoe dit functioneren verschilt van het recht in de ideale, doctrinaire betekenis.[522] Op deze manier blijft de (doctrinaire) rechtswetenschap 'waardevrij', deze houdt zich immers enkel bezig met de objectieve betekenis van de tekst van de wet, terwijl het toch mogelijkheid wordt om buiten de tekst van de wet de toepassing van het recht in de empirische werkelijkheid te verklaren. Zoals Weber het omschrijft: "[a]nd only then does my eye really open to *how* the living law of the period de facto looked, that is, *how* it was actually expressed in real coercion [..]".[523]

Weber brengt, net als Jellinek, het probleem van de discrepantie tussen het recht zoals het in de wet is neergelegd en het recht zoals dit in de praktijk tot uiting komt aan de orde en poogt beide met elkaar in harmonie te brengen. Hij uit echter, in tegenstelling tot de aanhangers van de *Freirechtsschule* (Engels: *Free Law Movement*), geen directe kritiek op de *Begriffsjurisprudenz* van de Gerber/Laband-school. De aanhangers van de *Freirechtsschule,* zoals de eerdergenoemde Kantorowicz, Ernst Stampe (1856-1942), Fritz Berolzheimer (1869-1920) en Ernst Fuchs (1859-1929), stellen deze neutrale interpretatiemethode direct ter discussie. Volgens hen wordt de rechter op basis van deze interpretatiemethode voorgesteld als een willoos wezen dat de woorden van de wet spreekt [*viva vox legis*].[524] Dit doet volgens hen geen recht aan de rechtspraktijk – de wettekst biedt

[520] Weber 2002, p. 51.
[521] Weber 2013, p. 311. Zie hiervoor eveneens Weber 2013, p. 641-644 waar hij dit specifiek toepast op het staatsrecht.
[522] Weber 2002, p. 53.
[523] Weber 2002, p. 53.
[524] De gelijkenis met de ideeën van Charles Montesquieu (1689-1755) wat betreft rechtsvinding zijn tekenend. Montesquieu onderscheidt in zijn werk *Over de geest van de wetten* (1748) verschillende staatsvormen, waar ook verschillende typen van rechtspraak bijhoren. De ideale staatsvorm is volgens hem de republiek. Kenmerkend voor de republiek is de volledige binding aan het recht voor rechters, 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

immers niet altijd een pasklare oplossing. Zij stellen dan ook dat buitenwettelijke categorieën niet uit het recht geweerd kunnen worden.[525]

Hoewel Schmitt (zie over Schmitt verder paragraaf 3.5) niet tot de *Freirechtsschule* wordt gerekend, sluit zijn vroege werk *Gesetz und Urteil* (1912) – in ieder geval gedeeltelijk – aan bij de zojuist omschreven kritiek die de aanhangers van deze stroming op de *Begriffsjurisprudenz* uitoefenen. Schmitt richtte zich in dit werk namelijk tegen de opvatting dat de rechter de wet interpreteert via een subsumptie van het concrete geval onder in de wet neergelegde rechtsnormen. Er komt volgens hem veel meer kijken bij een rechterlijke beslissing dan het enkel mechanisch 'toepassen' van de wet.[526] De weergave van de rechter als *vox legis* miskent volgens hem het feit dat de rechter altijd een *beslissing* dient te nemen – een beslissing waarvan het karakter niet kan worden gevangen in een mechanische subsumptie.

Zoals hij in het voorwoord van *Gesetz und Urteil* van 1968 beschrijft, wil hij in dit werk de zelfstandige waarde van de rechterlijke beslissing tegenover de in de wet neergelegde norm duidelijk maken.[527] Schmitt formuleert hiertoe een nieuw criterium voor de beoordeling van de rechterlijke beslissing: "[e]ine richterliche Entscheidung ist heute dann richting, wenn anzunehmen ist, daβ ein anderer Richter ebenso entschieden hätte. 'Ein anderer Richter' bedeutet hier den empirischen Types des modernen rechtsgelehrten Juristen."[528] De beslissing van de rechter wordt dus niet enkel ontleend aan de tekst van de wet, maar dient in lijn te zijn met de gehele juridische traditie waarbinnen deze rechter staat. Vandaar dat hij hier spreekt over het 'empirsche Types des modernen rechtsgelehrten Juristen'. Hoewel het criterium dat in dit werk wordt geformuleerd enkele belangrijke vragen onbeantwoord laat – bijvoorbeeld: wie stelt vast wie de 'standaardrechter' is waaraan Schmitt refereert? – worden in dit werk de fundamenten gelegd voor Schmitts antipositivistische rechtstheorie (hoewel hij in dit werk nog niet werkelijk brak met het neo-kantiaanse discours). In *Gesetz und Urteil* geeft hij de eerste aanzetten voor zijn theorie van de beslissing (en de uitzonderingstoestand) die hij in zijn latere werk ten tijde van de Weimarrepubliek verder zou ontwikkelen en waarover ik in hoofdstuk 6 kom te spreken.

§ 3.4. Een breuk met het wetspositivisme: het radicale rechtspositivisme van Hans Kelsen

Waar de rechtstheorie van Schmitt in *Gesetz und Urteil* de fundamenten legt voor een radicaal antipositivisme, breekt de Oostenrijkse jurist Kelsen ten tijde van het Keizerrijk eveneens met het

---

doen". Zie hiervoor Charles Louis de Montesquieu, *Over de geest van de wetten* (J. Holierhoek vert.), Amsterdam: Boom Amsterdam 2006, p. 227. Zie eveneens Gerardus Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 13.

[525] Caldwell 1997, p. 41-42; Paulson 2007, p. 5; Stolleis 2002, p. 51.

[526] Carl Schmitt, *Gesetz und Urteil*, München: Verlag C.H. Beck 2016 (eerste druk 1912), p. 9.

[527] Carl Schmitt, *Political Romanticism* (Guy Oakes vert.), Cambridge/Massachusetts/Londen: The MIT Press 1986, p. vi.

[528] Schmitt 2016, p. 68.

positivistische raamwerk van de Gerber/Laband-school.[529] Kelsen werd in 1881 in Praag, dat toen nog deel uitmaakte van het Oostenrijks-Hongaarse Rijk, geboren. Hij speelde vanaf 1920 een belangrijke rol bij de ontwikkeling van de nieuwe constitutie van Oostenrijk en maakte tot 1929 eveneens deel uit van het Oostenrijkse Constitutioneel Hof. In 1940 was hij vanwege zijn joodse afkomst genoodzaakt Europa voorgoed te verlaten en vluchtte hij naar de Verenigde Staten. Hij stierf in 1973 in Berkeley, Californië (aan de universiteit van deze stad was hij eveneens werkzaam vanaf 1945).[530]

In tegenstelling tot Schmitt verlaat Kelsen het rechtspositivisme niet, maar ontwikkelt hij een theorie die het positivisme radicaal doortrekt – in zekere zin kan worden betoogd dat hij het voorbereidende werk van Jellinek verder tot ontwikkeling bracht.[531] In zijn *Habilitationsschrift Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssätze* (1911) en *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode* (eveneens 1911) legt hij de fundamenten voor zijn *Reine Rechtslehre* die hij later verder tot ontwikkeling bracht en waarvan in 1934 de eerste editie werd gepubliceerd (en waarvan *Allgemeine Staatsrechtslehre* van 1925 kan worden gezien als een belangrijke voorloper).

Kelsen kan (net als Jellinek) worden beschouwd als een neo-kantiaan. Het neo-kantianisme begon zich vanaf het begin van de twintigste eeuw op het Europese continent te ontwikkelen. Het greep terug op het kentheoretische werk van de Duitse filosoof Immanuel Kant (1724-1804) (zie verder paragraaf 3.5) en stelde zich ten doel een filosofisch fundament tot stand te brengen voor het begrijpen en uitleggen van de natuurwetenschappen.[532] Later ontstond er in toenemende mate ook behoefte aan filosofische theorieën voor wetenschappen buiten de natuurwetenschappen, zoals de rechtswetenschap. Kelsen poogde daarom het eigen karakter van de rechtswetenschap te verduidelijken door een strikt onderscheid te maken tussen *Sein* ('is') en *Sollen* ('ought')[533] – een onderscheid dat ook bij Weber, zij het in minder strikte mate, naar voren kwam. Volgens Kelsen functioneert de natuurwetenschap volgens wetten van het *Sein* en functioneren normatieve disciplines, zoals de rechtswetenschap, volgens de wetten van het *Sollen*:

> While the causal or explanatory disciplines strive to find *natural laws* according to which the processes of real life actually do – and *must,* without exception – occur, the purpose and subject of the normative

[529] Korioth 2002, p. 46.
[530] Zie voor biografische gegevens over Hans Kelsen bijvoorbeeld Clemens Jabloner, 'Hans Kelsen. Introduction', in: Arthur Jacobson & Bernhard Schlink, *Weimar. A jurisprudence of crisis* (Belinda Cooper vert.), Berkeley/Los Angeles/Londen: University of California Press 2002, p. 67-68.
[531] Zie Hans Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre,* Tübingen: Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1911, p. xiii waar hij expliciet naar Jellinek verwijst: "[f]ast jede Seite dieses Buches zeugt von dem mächtigen Einfluβ, den er [Jellinek, RB] auf die Entwicklung der Lehre vom Staate ausgeübt hat". Zie ook Jabloner 2002, p. 67: Kelsen had in 1908 de mogelijkheid om in Heidelberg bij Jellinek te studeren.
[532] Stolleis 2001, p. 6.
[533] Kelsen 1911, p. 8: "[..] stehen beide Welten durch eine unüberbrückbare Kluft getrennt einander gegenüber".

> disciplines, which by no means desire to explain any real occurrences, are merely *norms* on the basis of which something *ought* to occur, but by no means must, in fact, may not.[534]

Natuurwetten functioneren aldus op basis van causaliteit.[535] Deze causaliteit kun je beschrijven, je kunt er zogezegd descriptieve uitspraken over doen, maar het is zinloos om normatieve of waarderende uitspraken te doen over de causaliteit die je waarneemt. Jij bent, als waarnemer, immers niet in staat om de realiteit van het causale verloop te veranderen of hierin in te grijpen. Het volgende voorbeeld kan dit verduidelijken: stel dat je waarneemt dat water op 100 graden kookt (een 'is', een causale natuurwet), dan is het zinloos om te stellen dat water op 120 graden zou moeten koken (een 'ought', een normatieve uitspraak). Deze uitspraak is zinloos, aangezien het onmogelijk is om in het causale verloop van de natuur in te grijpen.

De wereld van het *Sein* verschilt van de wereld van het *Sollen* in die zin dat in het domein van het *Sollen* geen causaliteit wordt beschreven (met andere woorden: hoe gebeurt iets? – de verklarende [*explikative*] of causale [*kausale*] vraag), maar normen en regels worden opgesteld die betrekking hebben op hoe iets *zou moeten* gebeuren.[536] Volgens Kelsen rekenen we behalve de rechtswetenschap ook ethiek, logica of grammatica tot dergelijke normatieve systemen 'because [they] turn toward the world of what ought to be and because [their] goal is to comprehend norms'.[537] Het gaat binnen de rechtswetenschap dan ook niet om het *uitleggen* wat er gebeurt (alsof het om een objectieve, causale werkelijkheid gaat). Nee, het gaat om uitspraken over wat er zou moeten gebeuren volgens de opgestelde normen die behoren tot het systeem. Kelsen verduidelijkt het karakter van de rechtswetenschap als volgt:

> Der normative Charakter der Rechtswissenschaft äußert sich negativ darin, daß sie [..] tatsächliches, der Welt des Seins angehöriges Geschehen nicht zu erklären hat, d.h. also kein explikative Disziplin ist; positiv aber darin, daß sie zu ihrem Gegenstande Normen hat, aus denen – und nicht aus dem wirklichen, unter dem Kausalgesetz stehenden Leben – ihre besonderen Rechtsbegriffe abzuleiten sind.[538]

Kelsen heeft dan ook grote problemen met natuurrechtelijke theorieën. Deze theorieën betrekken namelijk het functioneren van de natuur – volgens causale wetten – op het functioneren van het recht (cf. Thomas van Aquino).[539] Dit is onjuist, wettelijke normen zijn voor Kelsen – zoals in de *Reine Rechtslehre* duidelijk zou worden – de betekenis van de menselijke wil, hetgeen elk beroep op een bovennatuurlijke wil of op de rede uitsluit. Het is volgens Kelsen niet mogelijk om op grond van domeinen die behoren tot het *Sein* uitspraken te doen over domeinen die behoren tot het *Sollen* – beide

---

[534] Hans Kelsen, 'On the borders between legal and sociological method', in: Arthur Jacobson & Bernhard Schlink (red.), *Weimar. A jurisprudence of crisis* (Belinda Cooper vert.), Berkeley/Los Angeles/Londen: University of California Press 2002, p. 58.
[535] Kelsen 1911, p. 5.
[536] Zie hiervoor Kelsen 1911, p. 5.
[537] Kelsen 2002, *On the borders,* p. 58-59. Zie ook Kelsen 1911, p. 6, 39.
[538] Kelsen 1911, p. 6.
[539] Kelsen 1911, p. 7.

domeinen dienen strikt gescheiden van elkaar te blijven en hiermee is verbonden dat de natuurrechtelijke opvatting moet worden afgewezen. De taak van de rechtswetenschap is volgens Kelsen, zoals de Oostenrijkse rechtsfilosoof Clemens Jabloner (geb. 1948) beschrijft: "[..] in essence to ascertain as precisely as possible the will of the lawmaker".[540]

Zoals *Sein* en *Sollen* strikt van elkaar zijn gescheiden, geldt dit ook voor de verschillende domeinen die tot het *Sollen* behoren onderling. Zo betoogt Kelsen dat recht en ethiek alsook recht en religie niets met elkaar van doen hebben en eveneens strikt van elkaar gescheiden dienen te blijven. De rechtswetenschap is een zelfstandige wetenschap binnen het normatieve domein.[541] Het is een zelfstandig geheel van normen dat objectief en wetenschappelijk kan worden onderzocht, zonder dat daarbij waarderende, ethische uitspraken gedaan worden over de morele juistheid van deze normen. Kort gezegd, ethische normen dienen strikt gescheiden te blijven van rechtsnormen en zeggen niets over de geldigheid van deze rechtsnormen. Hierin is de scheidingsthese van Kelsens theorie te herkennen en hiermee diens rechtsposivistische karakter. Echter, het is volgens Kelsen niet zo dat *Sein* en *Sollen* niets met elkaar van doen hebben. De relatie tussen het *Sein* en *Sollen* kan echter in het recht, een normatieve wetenschap, alleen vanuit het *Sollen* worden beschreven.[542]

Kelsen richt zich tegen het wetspositivisme van Laband en Gerber, dat de staat voorstelt als een *Herrscher* of *Machtsstaat* (zie paragraaf 3.2.1). Laband en Gerber zien volgens hem over het hoofd dat 'heersen' en 'macht' psychologische categorieën zijn die behoren tot de causale wereld van het *Sein*.[543] Zoals gezegd, bestaat het recht volgens Kelsen slechts als categorie binnen de wereld van het *Sollen* en hebben causale wetten uit de wereld van het *Sein* hier niets mee van doen.[544] Recht en macht kunnen dan ook niet met elkaar in verband gebracht worden. Laband probeerde volgens Kelsen tegelijkertijd de normen waaruit het positieve recht bestond weer te geven en deze aan te passen aan de behoeften van de staat. Dit laatste was volgens Kelsen niet mogelijk zonder beroep op de wereld van het *Sein*: op politieke, morele en filosofische aannames.[545] Het specifieke karakter van het wetssysteem (als 'ought/Sollen') kan daarom niet tot uiting komen.

Het recht is volgens Kelsen een systeem van normen, waarbij elke norm zijn geldigheid ontleent aan andere tot het systeem behorende normen.[546] Zo blijft het recht, net als bij het

[540] Jabloner 2002, p. 68.
[541] Daarentegen betoogde Georg Jellinek juist dat recht en politiek weliswaar niet door elkaar gehaald moesten worden, maar dat kennis over het ene gebied zonder kennis over het andere niet mogelijk was. Zie hiervoor Jellinek 1929, p. 16.
[542] Matthias Jestaedt & Oliver Lepsius, 'Der Rechts- und Demokratietheoretiker Hans Kelsen – Eine Einführung', in: Hans Kelsen, *Verteidigung der Demokratie,* Tübingen: Mohr Siebeck 2006, p. xv.
[543] Kelsen 1911, p. 226-227.
[544] Jacobson & Schlink 2002, p. 16.
[545] Jacobson & Schlink 2002, p. 16-17.
[546] Hans Kelsen, *Pure Theory of Law* (vertaling van de tweede editie *Reine Rechtslehre* (1960), Max Knight vert.), Berkeley/Los Angeles: University of California Press 1967, p. 47.

wetspositivisme van de Gerber/Laband-school, een zelfstandig en gesloten systeem.[547] Zoals Kelsen in zijn *Reine Rechtslehre* zou betogen, wordt de ultieme norm waarop het recht gefundeerd is en waaraan alle andere normen hun geldigheid ontlenen de grondnorm [*Grundnorm*] genoemd.[548] De *Grundnorm* zelf wordt vooronderstelt om de geldigheid van de andere rechtsnormen aan te nemen.[549] Over de *Reine Rechtslehre* van Kelsen kom ik verder te spreken in het volgende hoofdstuk, net als over zijn standpunten wat betreft andere thema's die van belang waren voor de methodenstrijd in de Weimarrepubliek (zoals zijn standpunten over de verdediging van de constitutie).

§ 3.5. Carl Schmitts antipositivistische kritiek: het probleem van het liberalisme, een eerste aanzet

Schmitt breekt – in tegenstelling tot Kelsen – radicaal met het rechtspositivisme. Hun levenspaden staan, net als hun filosofische theorieën, haaks op elkaar. Waar Kelsen Europa noodgedwongen moest verlaten in 1940, raakte Schmitt betrokken bij het nazisme (hij ontpopte zich zelfs tot 'kroonjurist van het Derde Rijk'). Deze betrokkenheid mag echter geen afbreuk doen aan de wijsgerige relevantie van zijn werk (zie verder paragraaf 6.1 en verder). Hetgeen de Amerikaanse politicoloog en vertaler van de Engelstalige versie van *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität* (1922), George Schwab (geb. 1931), beschrijft in de introductie bij dit werk, is illustratief voor de waarde van Schmitts werk:

> Carl Schmitt is undoubtedly the most controversial German legal and political thinker of the twentieth century. If his friends and foes agree on nothing else, they both acknowledge his brilliance. Even his detractors concede that he is one of the outstanding intellectuals of our time.[550]

Schmitt kan worden beschouwd als een van de belangrijkste rechtsgeleerden en filosofen van de Weimarrepubliek.[551] Gedurende de Weimarrepubliek ontpopte Schmitt zich tot een van de belangrijkste critici van diens liberalisme en parlementarisme, maar juist in deze kritiek schuilt de betekenis van zijn werk. De Duitse politicoloog Jan-Werner Müller (geb. 1970) kiest voor zijn werk *A dangerous mind. Carl Schmitt in post-war European thought* (2003) niet voor niets het volgende motto, een citaat van de Letse filosoof en politicoloog Isaiah Berlin (1909-1997): "I am bored by reading people who are allies, people of roughly the same views. What is interesting is to read the enemy, because the enemy penetrates the defences".

---

[547] Zie hiervoor bijvoorbeeld 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. 55; Kelsen 1967, p. 205.
[548] Kelsen 1967, p. 50.
[549] Kelsen 2002, *Reine Rechtslehre,* p. 59; Kelsen 1967, p. 46, 201.
[550] Schwab 2005, p. xxxvii. Zie voor soortgelijke beschrijvingen Donald Cloyd, *Weimar Republicanism: Political sociology and constitutional law in Weimar Germany, 1919-1933,* ProQuest Dissertations & Theses 1991, p. 44-45.
[551] Strong 2005, p. vii.

De basis van Schmitts kritiek op de Weimardemocratie werd al eerder gelegd,[552] in zijn werk *Politische Romantik* (1919) dat hij tijdens van de winter van 1918 schreef en begin 1919 publiceerde, net nadat de constitutionele conventie bijeen was gekomen in Weimar.[553] Voor die tijd – Schmitt had sinds 1910 wetenschappelijke werken gepubliceerd (zie ook paragraaf 3.3) – bleef hij grotendeels binnen het dominante neo-kantiaanse discours.[554] Dit veranderde met *Politische Romantik.* In dit werk stelde Schmitt dat het politiek romanticisme, dat probeerde een wettelijke en ethische beslissing te vermijden, verantwoordelijk was voor de crisis waar de Duitse Staat aan ten prooi was gevallen aan het einde van het Keizerrijk. Volgens Schmitt lagen de wortels van het politiek romanticisme in het rationalisme van de Franse wiskundige en filosoof René Descartes (1596-1650).[555] Kenmerkend voor Descartes' filosofie is volgens hem dat het zwaartepunt van de filosofie niet langer in de empirische werkelijkheid is gelegen, maar in het subject en de filosofie zelf: "[t]he Cartesian *cogito ergo sum* argument referred the person to a subjective and internal process, to his thought instead of reality of the real world [..]. Philosophy became egocentric and sought its focal point in itself".[556] Dit komt treffend tot uiting in Descartes' fameuze 'ik denk, dus ik ben' [*cogito ergo sum*].[557] Zoals Descartes het zelf, nadat hij heeft vastgesteld dat hij over alles dient te twijfelen,[558] verwoordt in zijn *Over de methode* (1637): "[m]aar onmiddellijk daarop besefte ik, terwijl ik aldus wilde menen dat alles onwaar is, het noodzakelijk was dat *ik* die dat dacht, iets was".[559]

Behalve dat het ik centraal wordt gesteld, wordt de moderne filosofie sinds Descartes volgens Schmitt gekenmerkt door een scheiding tussen verschillende concepten, die als tegenstelling worden gepresenteerd – zoals 'denken' en 'zijn' of 'concept' en 'realiteit'. Het gevolg hiervan is, zoals wordt beschreven door de Nederlandse filosoof Theo Verbeek in de inleiding van de Nederlandse vertaling van Descartes' *Over de methode* (1637)*,* dat er feitelijk een scheiding tussen twee werelden ontstaat: een 'objectieve' wereld en een 'subjectieve' wereld die wordt bepaald door het bewustzijn.[560] Met de filosofie van Kant wordt de scheiding tussen deze concepten dan vervolgens vervolmaakt.[561] Kant maakte in zijn werk *Kritik der reinen Vernunft* (1781) onderscheid tussen de noumenale en fenomenale werkelijkheid. Hij stelde dat de essentie van de empirische realiteit, als ding op zich (in de

[552] Ellen Kennedy, *Constitutional Failure. Carl Schmitt in Weimar,* Durham/Londen: Duke University Press 2004, p. 49.
[553] Kennedy 2004, p. 48.
[554] Cloyd 1991, p. 58.
[555] Zie voor zijn rationalistische uitgangspunt Descartes 1994, p. 76 waar hij stelt de zintuigen ons maar al te vaak bedriegen en dat we ons uiteindelijk nooit door iets anders moeten laten overtuigen dan door de rede.
[556] Schmitt 1986, p. 52. Zie eveneens pagina 85-86 waar Schmitt het verband tussen romaticisme en Descartes' filosofie opnieuw aanhaalt.
[557] Descartes 1994, p. 70.
[558] Descartes 1994, p. 69.
[559] Descartes 1994, p. 70.
[560] Zie Verbeek 1994, p. 17-18. Zie eveneens Descartes 1994, p. 72-73 waar hij het onderscheid tussen 'bewustzijn' en 'lichaam' beschrijft.
[561] Kennedy 2004, p. 50.

noumenale werkelijkheid), niet op objectieve wijze begrepen kan worden door het individu. Het individu kan de essentie van de empirische realiteit enkel vatten op de manier hoe deze aan hem verschijnt (in de fenomenale werkelijkheid).[562] Hij poogt hiermee het klassieke onderscheid tussen het empirisme (kennis komt voort uit ervaring) en rationalisme (kennis komt voort uit het denken) te overbruggen. De ideeën van de Verlichting in het algemeen en Kant in het bijzonder veranderden volgens Schmitt de kijk op het individu. Waar het individu voorafgaand aan de Verlichting werd gezien als een subject dat ten eerste in relatie staat tot God, wordt het individu nu in toenemende mate beschouwd als een autonoom subject dat zelf betekenis kan geven aan de wereld, zonder hierbij op een transcendente god terug te hoeven vallen. Neo-kantiaanse filosofie probeerde volgens Schmitt als reactie hierop weer grip te krijgen op de essentie van de empirische werkelijkheid en de kloof te overbruggen die – onder invloed van Descartes en Kant – was ontstaan tussen subject en werkelijkheid.[563]

Politiek romanticisme heeft raakvlakken met deze doelstelling van de neo-kantiaanse filosofie. Deze stroming komt volgens Schmitt voort uit het 'occasionalisme' [*occasionalism*] waarvan de Franse filosoof Nicolas Malebranche (1638-1715) kan worden beschouwd als de geestelijk vader. Het occasionalisme was eveneens een reactie op het zojuist beschreven dualisme dat was ontstaan aan de hand van Descartes' filosofie. Het probeerde dit dualisme te overkomen door een beroep te doen op een objectieve, derde instantie – namelijk, door een beroep te doen op God. Aangezien God degene is die het dualisme overkomt, is de mens hiermee voor God niets meer dan een toevalligheid [*occassio*].[564] De Amerikaanse filosoof en vertaler van *Politische Romantik*, Guy Oakes (geb. 1941), beschrijft de consequentie van dit denken treffend: "[..] this means that it is not the human being who acts, but rather God, for whom the person is only an occasion. The world itself becomes nothing more than contingent material for the action of God".[565]

Het politiek romanticisme komt, zoals gezegd, volgens Schmitt voort uit deze filosofische stroming. Echter, het streeft ernaar het metafysische uitgangspunt, namelijk de referentie aan God, uit te bannen.[566] De plaats van God wordt volgens Schmitt opgevuld door twee nieuwe ontologische concepten: de 'mensheid' (de zogenaamde 'revolutionaire god') en de 'traditie' (de zogenaamde 'conservatieve god'). Deze ontologische concepten ontlenen hun waarde niet langer aan God, maar aan het bewustzijn zelf. Het subjectieve bewustzijn vormt, zoals we ook bij Kant en Descartes zagen, het uitgangspunt. Feitelijk zijn in het politiek romanticisme daarom twee elementen te zien. Ten eerste

[562] Schmitt 1986, p. 52.
[563] Schmitt 1986, p. 52.
[564] Dit is in zekere zin al te zien bij Descartes, wanneer hij stelt dat de waarheid waar het ik toe komt ingegeven is door 'een wezen dat ook werkelijk volmaakter is dan ikzelf'. Hij doelt hier op God. Zie hiervoor Descartes 1994, p. 71-72.
[565] Guy Oakes, 'Translator's Introduction', in: Carl Schmitt, *Political Romanticism* (Guy Oakes vert.), Cambridge/Massachutts/Londen: The MIT Press 1986, p. xix.
[566] Schmitt 1986, p. 99.

secularisatie, omdat afstand wordt genomen van God als finale bron van kennis en ervaring. Ten tweede individualisering, omdat het subjectieve bewustzijn de plaats inneemt van God. Het romantische individu ziet zichzelf als een kunstenaar die de wereld, als kunstwerk, zelf vorm kan geven.

Volgens Schmitt wordt het politiek romanticisme niet gekenmerkt door een vaststaande set van kenmerken of uitgangspunten. Met andere woorden, het politiek romanticisme tuigt geen filosofisch systeem op om het dualisme van Kant op te heffen – in tegenstelling tot bijvoorbeeld de filosofie van de Nederlands-Portugese filosoof Baruch Spinoza (1632-1677) en de Duitse filosoof George Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831)[567] – maar "[i]t rather transforms the oppositions it sees into an aesthetically balanced harmony".[568] Kenmerkend is dat tegenstellingen worden gereduceerd tot een esthetisch of emotioneel contrast, dat kan worden 'versmolten' tot een eenheid – zonder dat hiermee een keuze gemaakt hoeft te worden voor een van beide.[569] Hoewel Schmitt hier zelf niet aan refereert, is de overeenkomst met het wetspositivisme van Laband treffend: ook hij poogt een tegenstelling (tussen parlement en Kroon) te reduceren tot eenheid (de eenheid van de staat) en vermijdt hiermee de keuze tussen een van beide.

Schmitt betoogt dat het romanticisme vooral door *passiviteit* wordt gekenmerkt aangezien er geen keuze gemaakt hoeft te worden tussen twee tegenover elkaar staande entiteiten: "[a] legal or moral decision would be senseless and it would inevitably destroy romanticism. This is why the romantic is not in a position to deliberately take sides and make a decision".[570] Het romantische individu maakt geen keuze, dit wordt eveneens niet van het romantische individu verwacht: de vroege romantici voelden zich juist superieur omdat ze *geen* beslissing namen.[571]

Deze passiviteit heeft grote gevolgen voor de politiek. Volgens Schmitt is politieke *activiteit*, die volgens hem juist bij uitstek het nemen van beslissingen betekent, namelijk niet mogelijk voor politieke romantici:[572] "[w]here political activity begins, political romanticism ends [..]".[573] Wat wel mogelijk is, en waar het politiek romanticisme om bekend staat volgens Schmitt, is het leveren van kritiek. Dit komt vooral tot uiting in de zogenaamde 'eindeloze discussie' of in het 'eindeloze gesprek' (waarbij een keuze of beslissing uitblijft).[574] Dit eindeloze gesprek of deze eindeloze discussie wordt eveneens gezien als een kunstwerk, het kunstwerk van het woordspel [*Wortspiel*]: "[p]olitics becomes an aesthetically satisfying conversation, a source of escape, amusement, or even emotional

[567] Zie hiervoor Schmitt 1986, p. 54-55.
[568] Schmitt 1986, p. 55.
[569] Schmitt 1986, p. 56.
[570] Schmitt 1986, p. 124. Schmitt herhaalt een soortgelijke uitspraak op p. 129: "[n]either logical distinctions, nor political decisions are possible for him [the political romantic, RB]".
[571] Schmitt 1986, p. 100.
[572] Schmitt 1986, p. 159.
[573] Schmitt 1986, p. 160.
[574] Volgens Jacob Taubes ontleent Schmitt dit aan het denken van Donoso Cortés. Zie Jacob Taubes, *Ad Carl Schmitt. Tegenstrijdige overeenstemming* (Joëlle Feijen vert.), Amsterdam: Het Leesmagazijn 2017, p. 16.

elevation".[575] In deze eindeloze discussie of dit eindeloze gesprek wordt geen (werkelijke) beslissing genomen, draagt het individu geen verantwoordelijkheid en wordt niets veranderd in de politieke realiteit.[576] Dit is inherent aan het politiek romanticisme zelf, zoals Oakes verduidelijkt:

> The conversation of the political romantic must be endless because its termination would either resolve the political conflict or fix opposing conceptions of right and wrong in mutually irreconcilable positions [..]. In either case, the political romantic would be obliged to acknowledge a norm that is independent of the play of his imagination, which means that he would cease to be romantic.[577]

Volgens Schmitt is het liberalisme voortgekomen uit het politiek romanticisme.[578] Kortom: de kritiek die Schmitt in *Politische Romantik* uit, heeft direct betrekking op het liberalisme. Het liberalisme, als vorm van politiek romanticisme, zorgt er volgens hem voor dat de voor de politiek zo essentiële beslissing niet kan worden genomen. Deze beslissing kan niet tot stand komen in de politiek (waar het parlement een eindeloze conversatie voert), maar eveneens niet in het recht (waar geen werkelijke beslissing meer wordt genomen). Deze kritiek op het liberalisme en de Duitse politiek waar Schmitt hier een eerste aanzet toe geeft, staat centraal in meerdere teksten van Schmitt die hij schreef ten tijde van de Weimarrepubliek. Feitelijk bekritiseert Schmitt de gehele dominante rechtsfilosofische traditie van zijn tijd: die van het wetspositivisme, van het Duitse liberalisme en van de neo-kantiaanse filosofie. Deze kritiek bespreek ik in het volgende hoofdstuk.

§ 3.6. Conclusie

In dit hoofdstuk stond de ontwikkeling van het Duitse staatsrecht tussen (ongeveer) 1850 en 1919 centraal teneinde de vraag te beantwoorden in hoeverre het Duitse rechtspositivisme de Weimardemocratie in staat stelde zich te verdedigen tegen vijandige tendensen.

Zoals duidelijk is geworden, stonden binnen het staatsrechtelijke discours in Duitsland tussen 1850 en 1919 twee belangrijke thema's centraal. Enerzijds werden de fundamenten gelegd voor de methodestrijd binnen de Duitse rechtsfilosofie, waarbij in het voorliggende tijdvak de vraag naar de plaats die de (sociologische) werkelijkheid diende in te nemen binnen het recht (ofwel binnen de rechtswetenschap) een steeds belangrijkere rol begon te spelen. Anderzijds stond de staatsvorm zelf ter discussie: diende de Duitse staat een eenheidsstaat, federatie of confederatie te zijn? En daarbij, welke staatsvorm diende te worden gekozen: een democratie of een monarchie? Beide thema's zouden een belangrijke rol blijven spelen in de ontwikkeling van de Duitse rechtsfilosofie, die in navolgende hoofdstukken verder aan de orde zal komen.

Wat betreft het eerste thema (de methodestrijd), is duidelijk geworden dat het wetspositivisme van de Gerber/Laband-school dominant was binnen de rechtstheorie in het Tweede Keizerrijk. Deze

---

[575] Oakes 1986, p. xxvii.
[576] Zie hiervoor ook Theo de Wit, 'Inleiding. Vriend en vijand – een oneigentijds geschrift over politiek', in: Carl Schmitt, *Het begrip politiek* (Bert Kerkhof & George Kwaad vert.), Boom/Parrèsia: Amsterdam 2006, p. 17.
[577] Oakes 1986, p. xxvii.
[578] Zie hiervoor Kennedy 2004, p. 54.

vorm van rechtspositivisme was enerzijds apolitiek – zoals dit tot uiting komt in de opvatting van Gerber, die zich als liberaal en voorstander van meer eenheid binnen de Duitse Staat poogde te verzoenen met de confederale staatsvorm – en trachtte anderzijds de eenheid binnen de staat te benadrukken en onderstrepen. Dit wordt duidelijk met de theorie van Laband, die zich ontwikkelde tegen de achtergrond van de constitutionele crisis in de deelstaat Pruisen. Onder invloed van de theorieën van zowel Gerber als Laband ontwikkelde zich in Duitsland een rechtspositivistische traditie (die aanzienlijk verschilt van het statisch positivisme van de Anglo-Amerikaanse wereld) die de tekst van de wet centraal stelde en die daarnaast gebruik maakte van 'neutrale' interpretatiemethoden (de *Begriffsjurisprudenz*). Dit wetspositivisme bracht het beeld van de staat als *Machtsstaat*, als absolute eenheid, tot stand en sloot iedere vorm van interpretatie op basis van een 'buitenwettelijke' methode uit.

Hiermee werden ook interpretatiemethoden die gebruik maken van de verbinding met de moraal van de wet, zoals bijvoorbeeld de natuurrechtelijke interpretatiemethoden, van de hand gewezen. Dit is een zeer interessante ontwikkeling, die in de literatuur veelal onderbelicht is gebleven. In aanloop naar de Tweede Wereldoorlog – en later tijdens de Tweede Wereldoorlog zelf – werd in Duitsland gebruik gemaakt van een vergaande rechtspositivistische benadering van het recht. De redenering "wet is wet en bevel is bevel" was het credo en door zich hierop te beroepen poogden zowel rechters als juristen hun handen in onschuld te wassen. Zij waren het immers niet, die de wet hadden opgesteld, zij waren enkel de uitvoerders van de wet.

In dit verband is interessant dat in een land als Engeland, waar de rechtspositivistische traditie eveneens centraal staat, een dergelijke interpretatiemethode van het recht – en tevens de verschikkingen van de Tweede Wereldoorlog – niet tot stand kwam. Dit heeft alles te maken met de verschillen tussen het Duitse rechtspositivisme en het Anglo-Amerikaanse rechtspositivisme. In Duitsland werd, zoals in dit hoofdstuk duidelijk is geworden, de *staat* vooropgesteld en niet het *recht.* Dit is bijvoorbeeld te zien aan het gebrek aan constitutionele debatten wat betreft de duiding van de constitutie in het Tweede Keizerrijk. Hiermee zit een autoritair element ingebouwd in de Duitse traditie; het wetspositivisme is gekoppeld aan de staat. Deze traditie ligt aan de basis van de almacht van de staat, die gedurende het Derde Rijk werd misbruikt door het nationaalsocialisme.

Dit machtselement bleef vanzelfsprekend niet onopgemerkt, niet tijdens het Tweede Keizerrijk en ook niet, zoals in de volgende hoofdstukken wordt besproken, tijdens de Weimarrepubliek. Tegen deze achtergrond poogden Jellinek en Weber een aanzet te doen tot een andere vorm van interpretatie. Zo maakte Jellinek een begin met het doorbreken van het gesloten systeem van het recht dat leidend was geweest binnen de Gerber/Laband-school en waarin geen plaats kon worden gegeven aan sociologische (ofwel politiek-historische) elementen. In het verlengde hiervan maakte Weber onderscheid tussen verschillende manieren van interpretatie van het recht.

Echter, het wetspositivistische systeem kwam met hun aanzet tot verandering nog niet werkelijk onder druk te staan. Dit gebeurde pas met de kritiek op het wetspositivisme die later werd

geuit door Kelsen en Schmitt. Waar Kelsen het rechtspositivistische karakter van het wetspositivisme tot in den extreme doortrok, begon Schmitt juist met het ontwikkelen van een radicaal antipositivistische theorie. Ten tijde van het Keizerrijk legden zij de fundamenten voor hun rechtsfilosofische theorieën, die in dit hoofdstuk zijn besproken, en die zij gedurende de Weimarrepubliek verder tot ontwikkeling zouden brengen (hetgeen in latere hoofdstukken aan de orde komt). De hiervoor beschreven ontwikkeling kan worden gezien als het begin van de methodenstrijd binnen de Duitse rechtsfilosofie – zij vormt de achtergrond waartegen de Weimardemocratie en Weimargrondwet tot stand kwamen: het onderwerp van het volgende hoofdstuk.

Hoofdstuk 4

De Weimarconstitutie: het experiment van een nieuwe democratie

The level of parliament depends on whether it does not merely discuss great issues but decisively influences them; in other words, its quality depends on whether what happens there matters, or whether parliament is nothing but the unwillingly tolerated rubber stamp of a ruling bureaucracy.[579]

Max Weber (1864-1920)

§ 4.1. Inleiding

In de vorige hoofdstukken is eerst aan de hand van de rechtshistorische benadering de vraag naar de totstandkoming en ontwikkeling van de Weimarrepubliek aan de orde gekomen. Daarna is de rechtstheoretische grondslag van het Duitse wetspositivisme, dat aan de basis lag van de methoden- en richtingenstrijd binnen de Duitse rechtsfilosofie en tevens de basis vormde voor het autoritaire karakter van de Duitse staat, besproken. Ik gaf aan hoe de kritiek op het wetspositivisme uitmondde in een crisis van deze tot dan toe dominante interpretatiemethode in de Duitse rechtsfilosofie. Het probleem was niet enkel dat er geen debatten werden gevoerd over het staatsrecht – waardoor veranderingen die binnen het staatsbestel plaatsvonden niet bediscussieerd werden – maar eveneens dat het geen ruimte bood om tegemoet te komen aan de roep onder de bevolking om meer rechten en democratisering. Deze roep om democratisering was gedurende het Tweede Keizerrijk steeds luider geworden, maar vond pas werkelijk weerklank in het staatsbestel toen het Keizerrijk in november 1918 ten val kwam en een nieuwe, democratische staatsvorm werd gevestigd: de Weimarrepubliek.

Zoals ik in het tweede hoofdstuk heb beschreven, was de totstandkoming van de Weimarrepubliek het directe gevolg van de nederlaag die Duitsland had geleden in de Eerste Wereldoorlog.[580] De Raad van Volksvertegenwoordigers die op 10 november 1918 – in reactie op de machtsoverdracht van prins Max von Baden (1867-1929) aan Friedrich Ebert (1871-1925) – tot stand kwam, beschouwde zichzelf als de voorlopige regering. Na de verkiezingen van 11 februari 1919 hief zij zichzelf op, waarna een definitieve nationale vergadering [*Nationalversammlung*] werd gevormd,

---

[579] Weber 2013, p. 1392.

[580] Jacobson & Schlink 2002, p. 8; Anton Kaes, Martin Jay & Edward Dimendberg (red.), *The Weimar Republic. Sourcebook,* Berkeley/Los Angeles/Londen: University of California Press 1995, p. 5; Benjamin Hett, *De populist. Adolf Hitler, de ondergang van de Weimarrepubliek en de opkomst van het Derde Rijk* (Fred Hendriks vert.), Amsterdam Balans 2018, p. 29-30. Frits Boterman merkt in dit verband op dat de Eerste Wereldoorlog door tegenstanders van de Republiek werd geïdealiseerd: "De Frontgemeinschaft met waarden als kameraadschap, moed en opofferingszin en de 'Duitse revolutie' van 1914 werden in positieve zin afgezet tegen de chaos van de Republiek van Weimar". Zie Frits Boterman, 'De schaduw van de Eerste Wereldoorlog als katalysator van naoorlogs geweld. Politiek geweld en oorlogsmythe in de Republiek van Weimar', in: Jacco Pekelder & Frits Boterman (red.), *Politiek geweld in Duitsland. Denkbeelden en debatten,* Alphen aan den Rijn: Haasbeek 2005, p. 104.

die bestond uit de partijen van de Weimarcoalitie die de novemberrevolutie hadden gesteund (de SPD, de DDP en het *Zentrum*). Zij behaalden tijdens deze verkiezingen 73,1% van de stemmen. Deze nationale vergadering was grotendeels verantwoordelijk voor de goedkeuring van de nieuwe constitutie.

Een van de leden van de Raad van Volksvertegenwoordigers, de latere Rijkspresident Ebert, gaf de rechtsgeleerde en liberale politicus van Joodse afkomst Hugo Preuβ (1860-1925) de opdracht de nieuwe constitutie tot stand te brengen.[581] Ebert koos voor Preuβ omdat hij hem beschouwde als de aangewezen persoon om de verschillende politieke visies bij elkaar te brengen in een overkoepelende constitutie.[582] Daarnaast ging het gerucht dat hij tegen het einde van het Keizerrijk al nagedacht had over een nieuwe constitutie – bij wijze van spreken had hij de constitutie al in een lade klaarliggen – en dus dat de nieuwe constitutie hiermee relatief snel tot stand zou kunnen komen.[583]

In het voorliggende hoofdstuk staat de nieuwe constitutie van de Weimarrepubliek [*Weimarer Reichsverfassung*] (WRV) en de totstandkoming hiervan centraal: welke rechtsfilosofische uitgangspunten liggen ten grondslag aan de Weimargrondwet? Ik ga achtereenvolgens in op de belangrijkste thema's van de constitutie en poog hiermee de opzet van de Weimardemocratie te duiden. Specifiek komt de vraag aan de orde in hoeverre de grondwettelijke uitgangspunten van de Weimargrondwet de Weimardemocratie in staat stelde zich te verdedigen tegen vijandige tendensen.

§ 4.2. De vader van de Constitutie: Hugo Preuβ

In de inleiding kwam al aan bod dat Preuβ door Ebert werd aangewezen om de nieuwe Constitutie tot stand te brengen. Gedurende het Keizerrijk was hij een van de weinigen geweest die zich openlijk had verzet tegen het regime van de autoritaire staat [*Obrigkeitsstaat*].[584] Dit, in combinatie met zijn Joodse afkomst, maakte dat hij er niet in slaagde een aanstelling te verwerven bij een vooraanstaande Duitse universiteit. Hij doceerde daarom aan de *Handelshochschule* in Berlijn, een privaat instituut. Hij was in 1889 bij Otto von Gierke gepromoveerd op het *Habilitationsschrift Gemeinde, Staat und Reich als Gebietskörperschaften*.

---

[581] Het tot stand brengen van een nieuwe constitutie in de Weimarrepubliek wordt door Christoph Gusy in een bredere context geplaatst: in (ongeveer) de helft van de Europese landen werd volgens hem na de Eerste Wereldoorlog nagedacht over (constitutionele) hervormingen. Zo werd bijvoorbeeld nagedacht over het beperken van de macht van monarchen, het verlenen van meer (grond)rechten aan de burgers en het uitbreiden van het kiesrecht. Zie hiervoor Gusy 2018, p. 28-30.

[582] Zie bijvoorbeeld Andreas Voβkuhle, 'Hugo Preuss als Vordenker einer Verfassungstheorie des Pluralismus', *Der Staat,* vol. 50(2), 1 april 2011, p. 253.

[583] Wolfgang Mommsen, *Max Weber and German Politics 1890-1920* (Michael Steinberg vert.), Chicago/Londen: The University of Chicago Press 1990, p. 333.

[584] Christoph Schönberger, 'Hugo Preuss. Introduction', in: Arthur Jacobson & Bernhard Schlink (red.), *Weimar. A jurisprudence of crisis* (Belinda Cooper vert.), Berkeley/Los Angeles/Londen: University of California Press 2002, p. 110-115, p. 112.

Gierke en Preuβ waren beiden tegenstander van het dominante wetspositivisme van Laband.[585] Volgens Laband berustte de macht in de staat, namelijk voornamelijk bij de monarch en zijn bureaucratie (die de eenheid van de staat representeerden). Gierke – die in tegenstelling tot Preuβ echter geen voorstander was van de parlementaire regeringsvorm of democratie – benadrukte het belang van inspraak van de Rijksdag bij het gevoerde beleid. Preuβ sloot zich aan bij deze positie en ontwikkelde zich tot een overtuigde voorstander van de democratische staatsvorm en tot een van de meest uitsproken critici van het autoritaire Keizerrijk. Volgens hem was het Keizerrijk er niet in geslaagd om de volksgeest in de nationale staat te verenigen. Zoals de Duitse rechtswetenschapper en rechter Andreas Voβkuhle (geb. 1963) het beschrijft, ontwikkelde het Keizerrijk zich volgens Preuβ "[..] vielmehr [..] zu einen paternalistische Polizeistaat, der sein Volk sorgend behühtete und hierfür patrimonale und obrigkeitlichte Strukturen errichtete".[586]

Net als Gierke, beschouwde Preuβ de staat als een organisch geheel (zie voor Gierkes sociologisch positivisme paragraaf 3.2.1). Preuβ refereerde dan ook vaak aan het nationale bewustzijn van een zelfsturend volk. Deze opvatting vond eveneens weerslag in zijn democratieopvatting: democratie was volgens hem het organische geheel van het volk. Dit volk was echter geen homogeen geheel, maar een pluralistische 'eenheid in veelvoud' [*Einheit in Vielfalt*].[587] Dit heterogene, pluralistische volk was het uitgangspunt van de staat: de nieuwe Weimarrepubliek moest volgens hem de *Obrigkeitsstaat* van het Keizerrijk dan ook vervangen door een *Volksstaat.* Interessant om hierbij op te merken, is dat de autoritaire kenmerken van het wetspositivisme, waar de staat en het statelijk gezag centraal stonden, nog steeds gehandhaafd bleven. De bron van het staatsgezag zou dan wel veranderen, maar de positie van de staat binnen de constitutionele orde niet.

Preuβ had vertrouwen er vertrouwen in dat er een staat gevestigd kon worden die 'van onder' in plaats van 'van boven' werd gedragen.[588] Hij onderkende dat de verdeeldheid binnen de staat, die ook in het Keizerrijk aanwezig was geweest, zou blijven bestaan, maar, zo schreef hij achteraf in 1925: "[t]he struggles would lose much of their poison if they were framed by the common object of democratically equal comrades, by the political common wealth".[589] Met andere woorden, hij erkende enerzijds de verdeeldheid binnen de pluralistische volksmassa, maar ging er anderzijds vanuit dat deze

[585] Schönberger 2002, p. 111-112.
[586] Voβkuhle 2011, p. 254.
[587] Zie hiervoor Voβkuhle 2011, p. 257. Dit werd in 1928 in vrijwel gelijke bewoordingen herhaald door Herman Heller, zie Stolleis 2002, p. 102.
[588] Zie hiervoor eveneens Stolleis 2002, p. 82-83. Zie ook Timothy Stanton, 'Popular sovereignty in an age of mass democracy. Politics, parliament and parties in Weber, Schmitt and beyond', in: Timothy Stanton, Quentin Skinner & Richard Bouke, *Popular Sovereignty in Historical Perspective,* Cambridge: Cambridge University Press 2016, p. 320 waar hij, in navolging van de Duitse historicus Leopold von Ranke (1795-1886), onderscheid maakt tussen een monarchie ('hereditry authority from above') en democratie ('self-government from below').
[589] Hugo Preuβ, 'The significance of the democratic republic for the idea of social justice', in: Arthur Jacobson & Bernhard Schlink, *Weimar. A jurisprudence of crisis* (Belinda Cooper vert.), Berkeley/Los Angeles/Londen: University of California Press 2002, p. 125.

verdeeldheid in een democratische staatsvorm overkomen kon worden door een democratische regering.

Hoewel Preuß uitgroeide tot de 'vader van de Weimarconstitutie' – iemand die bij alle fasen van het proces betrokken was en wiens ideeën een belangrijk onderdeel van de uiteindelijke constitutie zouden uitmaken – was hij niet de enige die meewerkte aan de tekst van de nieuwe constitutie. Voor het tot stand brengen van het ontwerp van de nieuwe Duitse Grondwet had Preuß namelijk twaalf deskundigen bijeengeroepen in een constitutioneel comité [*Verfassungsausschuss*]. Onder hen bevonden zich bijvoorbeeld Max Weber,[590] de socialisten van het Ministerie van Binnenlandse Zaken Max Quarck (1860-1930) en Josef Herzfeld (1853-1939) en een senator uit Hamburg, Carl Petersen (1868-1933). Tussen 9 en 12 december 1918 discussieerden de leden van dit comité met elkaar over het ontwerp van een nieuwe grondwet en op 3 januari 1919 presenteerden zij hun eerste ontwerpgrondwet (*Entwurf I*). Op 19 januari werden verkiezingen gehouden voor de formatie van een constitutionele conventie. Tijdens deze verkiezingen vertegenwoordigers van partijen van de Weimarcoalitie 76,1% van de stemmen. De constitutionele conventie kwam op 6 februari 1919 voor het eerst in Weimar bijeen en kan worden beschouwd als de *pouvoir constituant*. De ontwerpgrondwet van 3 januari werd in de beraadslagingen als uitgangspunt gebruikt.

§ 4.3. De constitutionele conventie

Het tot stand brengen van dit ontwerp was geen gemakkelijke opgave geweest. Hoewel de roep om democratisering gedurende de Eerste Wereldoorlog steeds sterker was geworden onder de bevolking en er ook druk werd uitgeoefend in deze richting door de geallieerden (bijvoorbeeld onder invloed van het Veertienpuntenplan van de Amerikaanse president Woodrow Wilson, zie paragraaf 2.3), bestond er in Duitsland geen democratische traditie waarop de opstellers van de constitutie konden voortbouwen.[591] Zoals ik beschreef in paragraaf 3.2.2 was er na 1848 in Duitsland – in tegenstelling tot bijvoorbeeld Frankrijk – geen democratische traditie tot stand gekomen. In dit verband beschrijft de Duitse jurist Walter Pauly (geb. 1960) het proces van het tot stand komen van de Weimargrondwet ook wel een 'grondrechtslabratorium' [*Grundrechtslaboratorium*].[592] Net als er in een laboratorium experimenten worden verricht, werd in het grondrechtslaboratorium geëxperimenteerd met de democratische staatsvorm. Dit experiment kon in zekere zin worden afgekeken van andere landen die een langere democratische traditie kenden. Er werd door de opstellers van de Weimarconstitutie bijvoorbeeld inspiratie opgedaan uit de Verenigde Staten en Frankrijk (wat betreft de positie van de

[590] Zie hiervoor Marianne Weber, *Max Weber: A Biography* (Harry Zohn vert.), Toronto: John Wiley & Sons, Inc. 1975, p. 639-640.
[591] Mommsen 1990, p. 332.
[592] Walter Pauly, 'Gerhard Anschütz', in: Arthur Jacobson & Bernhard Schlink (red.), *Weimar. A jurisprudence of crisis* (Belinda Cooper vert.), Berkeley/Los Angeles/Londen: University of California Press 2002, p. 25; Gusy 2018, p. 56.

Rijkspresident), Zwitserland (wat betreft directe democratie) en Engeland (wat betreft parlementarisme).[593]

Behalve het ontbreken van een democratische traditie, hadden ook de periode en de omstandigheden waaronder de nieuwe constitutie tot stand werd gebracht een complicerende werking op het proces. Hierbij kan worden gedacht aan de verschillende groepen binnen de samenleving, die onderling flink verdeeld waren. Hoewel de constitutionele conventie en nationale vergadering steun vonden onder ongeveer drie vierde van de bevolking, was er toch ook een aanzienlijke groep mensen die geen voorstander was van de democratische staatsvorm of die juist verdergaande hervormingen wenste (zoals de ontwikkeling richting een communistische staat) (zie hiervoor paragraaf 2.3 en 2.4).

Daarnaast moest rekening worden gehouden met een grote groep (gewone) veteranen die opnieuw moesten integreren in het civiele leven, de zorgen om een burgeroorlog en de ontwikkelingen in het buitenlandse politiek, zoals de herstelbetalingen die Duitsland boven het hoofd hingen (zie paragraaf 2.4). Degenen die de Weimarconstitutie tot stand brachten, hadden vooral een beeld van 'wat niet (meer)' in plaats van 'wat wel'. De Duitse jurist Christoph Gusy (geb. 1955) spreekt in dit verband van een dubbele antithese: de nieuwe constitutie diende tot stand te worden gebracht als *tegenreactie* op het ten val gebrachte Keizerrijk, maar ook als *tegenbeweging* ten opzichte van een communistisch systeem zoals in Rusland was gevestigd.[594] Er bestonden ook twijfels of het Duitse volk wel klaar was voor de democratische staatsvorm. Zelfs Preuβ uitte volgens Gusy geregeld de zorg dat 'the German people were not politically mature enough for the democratic government that fell almost without a struggle into their laps at the moment of defeat'.[595]

Ondanks alle zorgen werd op 10 februari 1919 door de constitutionele conventie de *Gesetz über die vorläufige Reichsgewalt* aangenomen. Dit is in belangrijke opzichten de voorloper van de uiteindelijke Weimarconstitutie. Hieraan waren verschillende versies voorafgegaan. In het eerste ontwerp van 3 januari 1919 (*Entwurf I*) – dat ik zojuist al kort aanhaalde – had de volksvertegenwoordiging bijvoorbeeld relatief weinig macht gehad. Het overheersende idee van Preuβ was, in navolging van de Frans-Duitse rechtswetenschapper Robert Redslob (1882-1962), voornamelijk liberaal (scheiding der machten die tot uitdrukking kwam in de scheiding van de macht tussen het parlement en de Rijkspresident) in plaats van zuiver democratisch.[596] In dit eerste ontwerp waren eveneens maar een zeer beperkt aantal grondrechten opgenomen, omdat Preuβ en Weber het beschermen en optekenen van grondrechten zagen als een taak voor de deelstaatregeringen (zoals dit ten tijde van het Keizerrijk gebruikelijk was geweest). Daarnaast waren grondrechten tot dan toe van weinig belang geweest in het in Keizerrijk, aangezien de 'eenheid' van de staat, onder het

[593] Gusy 2018, p. 30.
[594] Gusy 2018, p. 11.
[595] Mommsen 1990, p. 332.
[596] Gusy 2018, p. 47.

wetspositivisme, niet bedreigd diende te worden door het opeisen van rechten door individuele burgers.

Vooral de leden van de USPD uitten veel kritiek op het ontbreken van de grondrechten. Op 20 januari 1919 werd dan ook een tweede ontwerpgrondwet (*Entwurf II*) gepresenteerd, waarin meer (zij het nog steeds een beperkt aantal) grondrechten waren opgenomen. Dit ontwerp werd met de deelstaten besproken, maar vooral in Beieren bleef het streven naar onafhankelijkheid aanwezig. Als compromis werd meer vrijheid voor de deelstaten gegarandeerd en werden aparte regelingen opgesteld voor de verdeling van de macht tussen de deelstaten en de centrale republiek. Echter, met de *Gesetz über die vorläufige Reichsgewalt* werd duidelijk dat de centrale Republiek de macht in handen had wat betreft het tot stand brengen van de nieuwe constitutie. Preuβ wijzigde het concept van dit ontwerp en bracht op 21 februari 1919 de definitieve tekst voor de *Nationalversammlung.* Deze tekst (*Entwurf IV*) werd het uitgangspunt voor de debatten die hier werden gevoerd. In de volgende paragrafen ga ik in op de enkele onderdelen van de constitutie en de debatten die hierover werden gevoerd om de belangrijkste uitgangspunten van de Weimardemocratie in kaart te brengen.

§ 4.4. Federatie of eenheidsstaat?

Een eerste thema dat belangrijk was voor het constitutionele comité, de constitutionele conventie en de *Nationalversammlung* was de vraag wat de positie van de deelstaten binnen de Weimarrepubliek diende te zijn. Zoals bij de totstandkoming van eerdere Duitse constituties, was een belangrijke vraag die beantwoord moest worden of er gekozen zou worden voor een eenheidsstaat, een federatie of een confederatie. Er kan geconcludeerd worden dat de Eerste Wereldoorlog en de novemberrevolutie de eenheid van de Duitse staat, die zich sinds 1871 had ontwikkeld, verder hadden bevestigd en versterkt.[597] Uiteindelijk werd namelijk besloten tot een federatie, waarbij de deelstaten nauw zouden samenwerken met de nationale staat. De Duitse rechtsgeleerde Milan Kuhli benadrukt dat de Weimarrepubliek een grotere eenheid dan het Keizerrijk kende (hij spreekt van een federatie met kenmerken van een eenheidsstaat [*Bundesstaat mit unitarischen Zügen*]).[598] Dit komt bijvoorbeeld tot uiting in de tekst van de preambule van de Weimargrondwet, waarin wordt gesteld dat de Grondwet uitgaat van het gehele Duitse volk [*das deutschen Volk, enig in seinen Stämmen*] – en dus niet door de deelstaten – en er niet wordt gesproken van 'staten' [*Staaten*], maar van 'deelstaten' [*Ländern*]. Dit semantische verschil wijst erop dat de 'deelstaat' onderdeel uitmaakt van een groter geheel (de federale staat), terwijl het woord 'staat' meer de nadruk legt op de eenheid binnen of zelfstandigheid van deze (deel)staat zelf.

Het feit dat de deelstaten zo nauw werden betrokken bij de eenheidsstaat, was grotendeels gebaseerd op het standpunt van Preuβ. Hij ging ervan uit dat democratie en nationale eenheid met

[597] Stolleis 2002, p. 101.
[598] Milan Kuhli, 'Zur Verfassung von Weimar – eine Einführung', in: *Jura,* 5/2009, p. 324.

elkaar samenhingen en was zelf dan ook een voorstander geweest van een eenheidsstaat in plaats van een federale staat.[599] Het eerste ontwerp (*Entwurf I*) van de Weimarconstitutie had, naar zijn overtuiging, dan ook het karakter van een eenheidsstaat gehad – maar dit ontwerp was afgewezen door de constitutionele conventie. Er werd uiteindelijk besloten dat de Weimarstaat zou bestaan uit zestien deelstaten die op staatsniveau gerepresenteerd zouden worden door de Rijksraad [*Reichsrat*].[600] De Rijksraad was de opvolger van de *Bundesrat* van het Tweede Duitse Keizerrijk, waarvan de bevoegdheden in de nieuwe constitutie veel beperkter waren dan in de variant ten tijde van het Keizerrijk. Per deelstaat – afhankelijk van het aantal inwoners – nam minstens één afgevaardigde zitting in de Rijksraad.[601] De belangrijkste bevoegdheid van de Rijksraad werd gevormd door de mogelijkheid tot het indienen van bezwaar tegen een wet die was aangenomen in de Rijksdag.[602] De Rijksdag kon op haar beurt dit bezwaar ongeldig verklaren met twee derde van de stemmen. De bevolking had dit recht eveneens, via een referendum. De Rijksraad hield zich vooral bezig met het adviseren van de regering in geval van wetgeving die van invloed was op het beleid in de deelstaten. Er werd gekozen om Pruisen, de van oudsher machtigste en dominante deelstaat binnen het Keizerrijk, niet te ontmantelen – deze deelstaat bleef in het geheel deel uitmaken van de nieuwe staat.[603] Echter, om de dominantie van Pruisen enigszins te beperken, werd het gewicht van de stem van Pruisen in de Rijksraad meer in evenwicht gebracht met het gewicht van stemmen van de andere deelstaten.

Hoewel er aldus niet werd gekozen voor een eenheidsstaat, stond de federale staat duidelijk boven de deelstaten, hetgeen bijvoorbeeld tot uitdrukking kwam in de hiërarchie van de wetten: de federale wetten stonden boven de wetten van de deelstaten en diens afzonderlijke constituties. Daarnaast had de federale staat exclusief zeggenschap over de volgende domeinen: buitenlandse politiek, burgerzaken, defensie, het monetaire beleid, de post en de douane. Voorts deelden de deelstaten en de federale staat bevoegdheden wat betreft: burgerlijk recht, strafrecht en procedureel recht, sociale politiek, toezicht op de pers, onteigening, de mijnen en de spoorwegen.[604] Voor wat betreft alle andere gebieden waren de deelstaten zelfstandig, mits hun wet- en regelgeving niet in strijd was met federale wetgeving.

Het rechtssysteem in de Weimarrepubliek berustte eveneens op een wisselwerking tussen het rechtssysteem op deelstaatsniveau en het federale rechtssysteem. In de deelstaten bestond veelal een rechtsgang in twee instanties, waarna nog hoger beroep mogelijk was bij het *Oberlandesgericht* (de hoogste rechtbank van de deelstaat). Daarna was nog beroep mogelijk op federaal niveau bij het Rijksgerecht [*Reichsgericht*], de belangrijkste federale rechtbank die gevestigd was in Leipzig. Tot

[599] Preuβ 2002, p. 117.
[600] Zie voor het instituut van de Rijksraad de artikelen 60 tot en met 67 van de constitutie.
[601] Zie artikel 61 van de constitutie.
[602] Zie artikel 74 van de constitutie.
[603] Katalin Fuzer, *Rights and constitutional theory in Weimar Germany* (diss.), University of Pennsylvania, ProQuest Dissertation Publishing 2004, p. 50.
[604] Fuzer 2004, p. 50.

slot werd er ook een constitutioneel hof ingesteld, het Staatsgerechtshof [*Staatsgerichtshof*] (op grond van artikel 19, 108 en 172 WRV), dat pas in 1921 zou worden opgericht. De competentie van dit Hof strekte zich uit tot het beslechten van vermogensgeschillen bij verdeling van land, geschillen over de uitleg van de constitutie binnen de deelstaten, aanklachten tegen een minister, kanselier of president en geschillen over de door het Rijk overgenomen rechten (telegraaf, post, spoor en waterwerken).[605]

De nieuwe constitutie betekende niet dat de strijd tussen de deelstaten en de federale staat definitief beslecht was. Vooral in Beieren bleven tot zeker 1923 separatistische sentimenten bestaan. Daarnaast kwam het in 1932 tot de Pruisenslag (zie paragraaf 2.7.2), waarbij de deelstaatregering werd opgeheven en de deelstaat onder direct bestuur van het Rijk kwam te staan. Tot die tijd was Pruisen een sterke deelstaat gebleven, mede omdat er niet was besloten tot de opdeling van de deelstaat.[606]

In de deelstaten zelf moesten ook nieuwe constituties worden opgesteld – waarvan de inhoud eveneens grotendeels afhankelijk was van de uitkomst van de debatten omtrent de nationale constitutie. In de definitieve tekst van artikel 17 WRV werd uiteindelijk bepaald dat de deelstaten hun constitutie dienden aan te passen indien deze niet democratisch was. De tekst van dit artikel luidde als volgt: "[j]edes Land muß eine freistaatliche Verfassung haben. Die Volksvertretung muß in allgemeiner, gleicher, untmittelbarer und geheimer Wahl von allen reichsdeutschen Männern und Frauen nach den Grundsätzen der Verhältniswahl gewählt werden". In de meeste provincies in Noord-Duitsland waren de onderhandelingen van de Weimarconstitutie afgewacht. Het grondbeginsel van de meeste van de constituties in de deelstaten was het idee van volkssoevereiniteit en de burger als drager van (grond)rechten.[607] Voorts kwam in iedere deelstaat de uiteindelijke macht bij het democratisch gelegitimeerde parlement [*Landtag*] te liggen, dat ook belast was met het vormen van een regering: ofwel het aanwijzen van de ministers, ofwel het kiezen van een minister-president die dan vervolgens de overige ministers benoemde. De meeste van deze constituties leken op het eerste gezicht erg op elkaar: in iedere deelstaat werden algemeen kiesrecht en een eenkamerstelsel ingevoerd. De enige uitzondering hierop was Pruisen, waar ook een *Herrenhaus* – en hiermee tweekamersysteem – tot stand werd gebracht. De constitutionele verhoudingen op deelstaatniveau kwamen bijna geheel overeen met die op centraal niveau. In de deelstaten waar de parlementaire staatsvorm uiteindelijk mislukte, was dit voornamelijk te wijten aan de (stabiele) negatieve meerderheid die zich in de *Landtagen* ontwikkelde.[608]

De discussie omtrent het vestigen van een eenheidsstaat en federale staat, kwam tot slot tot uiting in de strijd om de kleuren van de nieuwe Republiek. Artikel 3 WRV bepaalde dat de vlag van de Weimarrepubliek uit de kleuren wit, zwart en goud bestond. Deze vlag diende ter vervanging van de kleuren wit, zwart en rood in het Keizerrijk. Conservatieve partijen, zoals de DNVP, die de

[605] Stolleis 2002, p. 117.
[606] Stolleis 2002, p. 101.
[607] Gusy 2018, p. 24.
[608] Gusy 2018, p. 26-27.

monarchie en de (verdergaande) decentralisatie staat liever gehandhaafd hadden gezien, waren tegenstander van de nieuwe kleuren van de Republiek.[609] Gedurende de Weimarrepubliek, en voor het eerst opzichtig tijdens de Kapp-putsch (zie paragraaf 2.5.1), werden de oude kleuren van het Keizerrijk veelvuldig gebruikt door tegenstanders van het nieuwe politieke systeem.

§ 4.5. De democratische staatsvorm

De Weimarconstitutie poogde het begin te zijn van de democratische traditie binnen Duitsland: de Weimarconstitutie was de eerste constitutie die in Duitsland formeel de democratie vestigde. De belofte die in de laatste keizerlijke verordening van 14 november 1919 (zie paragraaf 2.3) was gedaan – dat Duitsland zich richting een democratische staatsvorm zou ontwikkelen – werd hiermee ingelast. De Rijksdag had veel meer bevoegdheden dan in het Keizerrijk, waar zij enkel de bevoegdheid had gehad om de begroting goed- of af te keuren. Deze uitbreiding van haar bevoegdheden, maar ook die van het kiesrecht en afschaffing van het Pruisische driestandenkiesrecht (zie paragraaf 2.3) kunnen als grote democratische vooruitgang worden beschouwd.

Het eerste artikel van de constitutie brengt de democratische staatsvorm duidelijk tot uitdrukking. In dit artikel is het volgende neergelegd: "[d]ie Deutsche Staat ist eine Republik. Die Staatsgewalt geht vom Volke aus".[610] Met andere woorden, de monarchie in Duitsland werd afgeschaft en het land was voortaan een democratische republiek. Hoewel het Duitse volk volgens dit artikel als geheel soeverein is, werd dit volk volgens artikel 20 WRV vertegenwoordigd door de Rijksdag: het nationale parlement.[611] Iedereen (mannen en vrouwen) van 20 jaar of ouder was gerechtigd de volksvertegenwoordigers die zetelden in de Rijksdag te kiezen. Dit gebeurde op grond van artikel 22 WRV op basis van een systeem van evenredige vertegenwoordiging [*Verhältniswahl*], zonder kiesdrempel. Dit brengt met zich mee dat iedere politieke partij naar evenredigheid van het aantal uitgebrachte stemmen is vertegenwoordigd.[612] Het systeem van evenredige vertegenwoordiging sloot nagenoeg uit dat een partij de absolute meerderheid van de stemmen zou behalen[613] – daarom werkten politieke partijen in de praktijk in coalities samen. Net als in het Keizerrijk, kon de Rijksdag in de Weimarrepubliek worden ontbonden (op grond van artikel 25 WRV). Dit was in het Keizerrijk een belangrijk politiek wapen geweest tegen de oppositie, aangezien er dan nieuwe verkiezingen afgekondigd dienden te worden. In het Keizerrijk waren hierdoor vijf van de dertien Rijksdagen vroegtijdig ontbonden. In de Weimarrepubliek zou dit artikel eveneens veelvuldig worden aangewend (hierover kom ik in het derde hoofdstuk te spreken).

---

[609] Koch 1984, p. 267.
[610] Zie artikel 1 van de constitutie.
[611] Zie over het instituut van de Rijksdag de artikelen 20 tot en met 40 van de constitutie.
[612] Zie hiervoor Paul Cliteur & Afshin Ellian, *Inleiding recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 102-103.
[613] Collin Storer, *A short history of the Weimar Republic,* Londen/New York: I.B. Tauris 2013, p. 59; Hett 2018, p. 48.

De democratische wetgever werd als een van de belangrijkste instituties van de nieuwe Republiek beschouwd. Om deze reden werd er in de grondwet ook ruimte gelaten voor interpretatie van en ontwikkeling door deze democratische wetgever. Dit werd als extra belangrijk gezien in een democratische staat, de democratische wetgever diende betrokken te zijn bij eventuele veranderingen in het politieke stelsel. Zoals Gusy benadrukt, lagen zowel politieke concretisering als juridische interpretatie daarom nog grotendeels open toen de nieuwe constitutie in werking trad.[614]

Hoewel zij niet in de constitutie vermeld worden – enkel in artikel 130 WRV zijdelings en op negatieve wijze – speelden politieke partijen in de praktijk, net als in het Tweede Keizerrijk, een belangrijke rol in de politiek van de Weimarrepubliek. Politieke partijen werden niet opgenomen in de constitutie, aangezien het bestaan ervan werd beschouwd als een gegeven. Preuβ zag het bestaan van deze partijen bijvoorbeeld als noodzakelijk en onmisbaar voor de nieuwe staat: door het participeren in de politieke partijen werd de bevolking betrokken bij het nieuwe parlementaire systeem.[615] De politieke partijen dienden als vertegenwoordigers van de ideeën die bij het volk leefden en waren hiermee onontbeerlijk voor een democratische staatsvorm en het vormen van een regering. Preuβ zag de rol die de politieke partijen innamen aldus niet als een obstakel voor het bereiken van een compromis, zoals dit later werd ingebracht tegen het systeem van de Weimarstaat – die dan negatief werd betiteld als een '*Parteienstaat*': een staat waarin partijen de dienst uitmaken en waarbij echte eenheid niet bereikt kon worden.[616] Voor Preuβ waren de politieke partijen juist essentieel voor het tot stand brengen van de 'eenheid in veelheid'. Hij sprak niet voor niets de woorden: "Parlementarismus ist Parteiherrschaft".[617] Kelsen onderstreepte dit standpunt van Preuβ in de versie van *Vom Wesen und Wert der Demokratie* uit 1929 waarin hij stelde dat democratie zonder politieke partijen in het geheel niet mogelijk is.[618] Op zijn opvattingen ga ik in het volgende hoofdstuk verder in.

De politieke partijen in Duitsland hadden een bijzonder karakter, zeker in vergelijking met politieke partijen in andere Europese landen. Waar de politieke partijen zich daar vaak – in ieder geval tot op zekere hoogte – pragmatisch opstelden, waren de eisen van de politieke partijen in Duitsland meestal ideologisch. Zoals Koch beschrijft: "[e]ven debates on purely pratical issues such as protective tariffs were discussed by German parliamentarians on ideological, even metaphysical, premises".[619] Politieke partijen hebben in Duitsland volgens Koch dan ook vooral de vorm van wat Weber zou noemen een *Weltanschauungspartei*: een partij die het bereiken van substantiële doelen op het oog

[614] Gusy 2018, p. 9-10.
[615] Preuβ 2002, p. 123.
[616] Stolleis 2002, p. 107.
[617] Zoals aangehaald in Voβkuhle 2011, p. 260.
[618] Kelsen 2002, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, p. 92.
[619] Koch 1984, p. 135.

heeft.[620] De nadruk die de partijen legden op ideologie en het bereiken van substantiële doelen leidde ertoe dat compromis in de praktijk vrijwel gelijk kwam te staan aan verraad.

De achtergrond waartegen dit karakter van de politieke partijen zich had ontwikkeld was de vorming van het politieke landschap in Duitsland, waarbij voornamelijk de intelligentsia enerzijds steeds meer invloed had weten te verkrijgen in de politiek, terwijl de politieke partijen in de Rijksdag anderzijds maar een marginale rol speelden. Daarnaast speelden theologische motieven een belangrijke rol bij de vorming van het karakter van de politieke partijen. Dit was vooral het geval in de periode na de *Kulturkampf*, de strijd die het Keizerrijk van 1872 tot 1879 voerde tegen de katholieke kerk die zij beschouwde als bedreiging.[621] Omgekeerd speelden theologische motieven ook een rol bij de katholieke politieke groepering zelf – waarbij de katholieke *Zentrum*-partij haar aanhang wist te consolideren. De nadruk op ideologie van de politieke partijen bleef bestaan tot in de Weimartijd. Volgens Koch was dit in het Keizerrijk nog geen groot probleem geweest, omdat het toen niet in de lijn der verwachting lag dat de politieke partijen ooit de verantwoordelijkheid voor een regering zouden dragen. Dit veranderde in de Weimarrepubliek, waar het vrijwel onmogelijk bleek om een stabiele coalitie te vormen.[622] Dit was ook gedeeltelijk een gevolg van het systeem van evenredige vertegenwoordiging, waarbij het vrijwel uitgesloten was dat een enkele partij de absolute meerderheid zou behalen.

Zoals ik aan het begin van paragraaf 3.6 beschreef, speelde het wetspositivisme dat dominant was geweest in het Keizerrijk aan het begin van de Weimarrepubliek nog steeds een belangrijke rol. Volgens dit wetspositivisme was de eenheid van de soeverein leidend. De soevereiniteit binnen de Weimarrepubliek ging overduidelijk van het volk uit, zoals blijkt uit het hierboven geciteerde eerste artikel van de constitutie. Dit bracht met zich mee dat Gerhard Anschütz (1867-1948), die samen met Richard Thoma (1874-1957) uitgroeide tot een van de belangrijkste commentatoren van de Weimarconstitutie[623] en aanhanger van het wetspositivisme was, betoogde dat de macht van de democratische soeverein in principe onbeperkt diende te zijn – hetgeen in het verlengde lag van de autoritaire traditie van het Tweede Keizerrijk. Anschütz had zich gedurende het Keizerrijk langzaam ontwikkeld tot voorstander van het democratische systeem en was gedurende de Weimarrepubliek een belangrijke verdediger van diens grondwet en systeem.[624] Het wetspositivisme van Anschütz en Thoma betekende respect voor de democratische wetgever, die in de constitutie werd gevestigd.[625] De democratische soeverein was de alom aanwezige *pouvoir constituant* die op ieder gewenst moment moest kunnen bepalen welke richting de natie op diende te gaan. Deze beslissing diende zo min

[620] Zie hiervoor bijvoorbeeld Weber 2010, p. 348.
[621] Weber 2013, p. 1390.
[622] Koch 1984, p. 289.
[623] Zie Pauly 2002, p. 128.
[624] Pauly 2002, p. 129-130.
[625] Jacobson & Schlink 2002, p. 18.

mogelijk beperkt te zijn. Volgens Thoma beantwoordde de Weimarconstitutie aan dit standpunt, aangezien de enige beperking op deze democratische soevereiniteit het vereiste was dat, wanneer de constitutie gewijzigd werd, dit diende te gebeuren als twee derde van het totaalaantal volksvertegenwoordigers aanwezig was bij de stemming en daarvan diende ook twee derde voor de wijziging van de constitutie te stemmen (art. 76 WRV). Volgens hem was deze beperking enkel een 'formele beperking' die erop toezag hoe de wijziging van de constitutie plaats diende te vinden en geen daadwerkelijke beperking op de macht van de democratische soeverein.

De democratische staatsvorm bracht verscheidende filosofische debatten teweeg. Zo ontstond er bijvoorbeeld discussie over de vraag hoeveel 'wetgevers' zich in de Rijksdag bevonden. Als de grondwet immers enkel gewijzigd kon worden met een gekwalificeerde meerderheid (zoals werd bepaald in artikel 76 WRV), betekende dit dan dat een andere wetgever over grondwetswijzigingen kon beslissen dan de wetgever die met een gewone meerderheid over de 'normale' wetgeving besloot?[626] Voorts kwam de vraag op of de tekst van artikel 76 WRV betekende dat de (gekwalificeerde) wetgever de grondwet dusdanig kon wijzigen zodat de kern van deze grondwet helemaal niet meer te herkennen is.[627]

In het verlengde hiervan werd bediscussieerd wat nu werkelijk 'democratie' was: is dit een staatsvorm waarin de meerderheid beslist, of een staatsvorm waarin door 'acclamatie' van de volkswil een besluit tot stand komt? Zo stelt Schmitt deze vraag aan de orde in zijn werk *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* (1926) (zie paragraaf 6.4). Hij betoogde dat als de volkswil tot stand kon komen door het uitbrengen van een stem tijdens verkiezingen (het uitgangspunt in de Weimarstaat), dit net zo goed – al dan niet beter – kon gebeuren door een directe 'acclamatie' van de volksstem door een volksmenner.[628] In zijn werk *Legalität und Legitimität* (1932) onderstreept hij dit standpunt en stelt hij dat een 'directe stem' van het gehele volk moet worden verkozen boven iedere vorm van indirecte representatie.[629] Kelsen staat met het standpunt dat hij verdedigde in *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (1920) lijnrecht tegenover Schmitt. Hij stelt dat in de werkelijke wereld een acclamatie van de volkswil of een eenheid van het volk (cf. Jean-Jacques Rousseau) onmogelijk is en pleit daarom voor een representatieve democratie.[630] Over deze thematiek kom ik verder te spreken in hoofdstuk 5 en 6.

---

[626] Stolleis 2002, p. 104.
[627] Stolleis 2002, p. 113.
[628] Carl Schmitt, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus,* München/Leipzig: Duncker & Humblot 1926, p. 22-23.
[629] Carl Schmitt, *Legalität und Legitimität,* Berlijn: Duncker & Humblot 1932, p. 60.
[630] Hans Kelsen, 'On the essence and value of democracy', in: Arthur Jacobson & Bernhard Schlink, *Weimar. A jurisprudence of crisis* (Belinda Cooper vert.), Berkeley/Los Angeles/Londen: University of California Press 2002, p. 95.

§ 4.6. De regering

De regering [*Reichsregierung*] van de Weimarrepubliek bestond uit ministers [*Reichsministern*] en een Rijkskanselier [*Reichskanzler*] (art. 52 WVR), die het formele hoofd van de regering was.[631] Hij werd op grond van artikel 53 WRV benoemd door de Rijkspresident [*Reichspräsident*] (zie paragraaf 4.7), maar had volgens artikel 54 WRV eveneens het vertrouwen van de Rijksdag nodig om te regeren.[632] Dit maakte dat hij – net als in het Keizerrijk het geval was geweest – feitelijk 'gevangen' zat tussen twee instituten waarvan hij beide afhankelijk was: van de Rijkspresident en van de Rijksdag. De Duitse rechtsgeleerde en rechter Udo di Fabio (geb. 1954) beschrijft in zijn werk *Der Weimarer Verfassung: Aufbruch und Scheitern. Eine verfassungshistorische Analyse* (2018) dat dit een van de intrinsieke zwaktes was van de Weimarconstitutie.[633]

Deze keuze om de Rijkskanselier een zwakke positie toe te bedelen was grotendeels afkomstig geweest van de suggestie van Preuβ die een balans wilde creëren tussen de parlementaire macht van de Rijksdag en de Rijkspresident.[634] Dat de machtsbalans zich gedurende de jaren van de Weimarrepubliek kon verschuiven richting de Rijkspresident, was van tevoren niet door hem voorzien.[635] Echter, Stolleis betoogt dat de keuze voor twee direct door de bevolking gekozen instituten (de Rijksdag en de Rijkspresident) vanaf het begin zorgde dat 'die demokratische Legitimation der Rechtsordnung von Anfang an aufgespalten und geschwächt [war]. Vor allem dem Parlament waren die wichtigsten Legitimationsquellen entzogen'.[636] Naar mijn mening zijn deze constateringen van zowel Di Fabio als Stolleis niet onjuist, maar waren deze punten niet door Preuβ en de andere opstellers van de constitutie (te) voorzien. Zij poogden juist een systeem van 'checks and balances' (cf. Robert Redslob, zie paragraaf 4.7) tot stand te brengen tussen de Rijksdag enerzijds en de Rijkspresident anderzijds en aangezien zij vreesden voor een *Parlamentabsolutismus* wilden zij een ander, krachtig instituut tegenover het parlement plaatsen. Dit leidde ertoe dat de Rijkskanselier minder macht had en afhankelijk was van de Rijkspresident en de Rijksdag – de instituties waar het zwaartepunt in de constitutie was gelegen.

§ 4.7. De Rijkspresident

Om tegenwicht te bieden aan de democratische instituten in de Weimarconstitutie (en *Parlamentsabsolutismus* te voorkomen), werd het instituut van de Rijkspresident gevestigd dat de

[631] Zie over het instituut van de Rijkskanselier de artikelen 51 tot en met 56 van de constitutie.
[632] Zie artikel 26. Zie over het instituut van de Rijkspresident art. 41 tot en met 49 van de constitutie.
[633] Udo di Fabio, *Der Weimarer Verfassung: Aufbruch und Scheitern. Eine verfassungshistorische Analyse,* München: C.H. Beck 2018, p. 35, 134.
[634] Kuhli 2009, p. 325.
[635] Kuhli 2009, p. 326.
[636] Stolleis 2002, p. 103.

imperiale, conservatieve cultuur moest vertegenwoordigen.[637] Voordat de Weimarconstitutie tot stand kwam, waren er vrijwel geen discussies gevoerd over een (eventuele) Rijkspresident, aangezien het geen optie had geleken dat de monarchie ten val zou komen.[638] De Rijkspresident wordt in de literatuur vaak aangeduid als een *Ersatzkaiser,* die grotendeels de rol van de keizer in het staatsbestel van het Tweede Keizerrijk innam. Echter, een groot verschil tussen de keizer en de Rijkspresident, was dat de Rijkspresident direct werd gekozen door het gehele Duitse volk met een absolute meerderheid van stemmen (art. 41 WRV).[639]

Indien deze absolute meerderheid van stemmen niet gehaald werd in de eerste ronde (zoals bijvoorbeeld in de verkiezingen van maart 1932, zie paragraaf 2.7.2), moest een tweede ronde volgen. Er werd gekozen voor een zittingstermijn van zeven jaar van de Rijkspresident – tegenover de vier jaar van de Rijksdag – om meer stabiliteit in het staatsbestel te creëren. De Rijkspresident had de mogelijkheid om referenda af te kondigen en, hoewel hij onderworpen was aan de wetgeving die door de Rijksdag werd gemaakt, kreeg hij in de praktijk vergaande bevoegdheden op basis van artikel 48 van de constitutie. Dit artikel maakte het voor hem, na het afkondigen van de noodtoestand,[640] mogelijk om zelfstandig decreten uit te vaardigen en hiermee de Rijksdag te passeren.[641] In artikel 48 lid 2 was het volgende neergelegd:

> De Rijkspresident kan, wanneer in het Duitse Rijk, de openbare veiligheid en orde aanzienlijk verstoord of bedreigd wordt, de noodzakelijke maatregelen treffen om de openbare veiligheid en orde te herstellen, indien nodig met de hulp van het ingrijpen van de krijgsmacht. Voor dit doel mag hij tijdelijk de grondrechten die in de artikelen 114, 115, 117, 118, 123, 124 en 153 neergelegde grondrechten geheel of ten dele buiten toepassing verklaren.[642]

---

[637] Zie bijvoorbeeld Joseph Bendersky, *A Concise History of Nazi Germany,* Plymouth: Rowman & Littlefield Publishers, Inc. 2014, p. 4. Het instituut van de Rijkspresident was bedoeld om tegenwicht te bieden aan de Rijksdag.

[638] Cristiana Senigaglia, 'Between parliament and government: the position of the President in the discussion about the new German Constitution (1918-19)', in: *Parliaments, Estates & Representation,* 18:1, 1998, p. 136.

[639] Artikel 41 van de constitutie. Zie hiervoor eveneens Storer 2013, p. 60.

[640] Zie voor het begrip noodtoestand bijvoorbeeld Carl Schmitt, *Political Theology. Four chapters on the concept of sovereignty* (George Schwab vert.), Chicago: The University of Chicago Press 2005, p. 5. In de woorden van Tracy Strong: "[..] *a state of exception includes any kind of severe economic or political disturbance that requires the application of extraordinary measures*". Deze buitengewone maatregelen bestonden volgens artikel 48 van de Weimarconstitutie bijvoorbeeld uit het (tijdelijk) opschorten van de grondrechten van burgers.

[641] Detlev Peukert, *The Weimar Republic: The Crisis of Classical Modernity* (Richard Deveson vert.)*,* New York: Hill and Wang 1993, p. 39.

[642] Duitse tekst (vertaling van mijn hand): "Der Reichspräsident kann, wenn im Deutschen Reiche die öfftentliche Sicherheit und Ordnung erheblich gestört oder gefährdet wird, die zur Wiederherstellung der öffentlichten Sicherheit und Ordnung nötigen Maßnahmen treffen, erforderlichenfalls mit Hilfe der bewaffneten Macht einschreiten. Zu diesem Zwecke darf er vorübergehend die in den Artikeln 114, 115, 117, 118, 123, 124 und 153 festgesetzten Grundrechte ganz oder zum Teil auβer Kraft setzen." In artikel 114 van de constitutie was het recht op vrijheid neergelegd, in artikel 115 het verbod op het binnentreden van de woning en in artikel 117 het recht op privacy. Voorts garandeerde artikel 118 de vrijheid van meningsuiting, artikel 124 het recht op vrijheid van vereniging en artikel 153 het recht op eigendom. De directe voorganger van artikel 48 WVR was artikel 68 van de Bismarckse Constitutie, "which, in cases of where public safety was threatened in the territory

Dit artikel diende primair als waarborg om de constitutie te beschermen door de mogelijkheid om dynamisch en snel te handelen in tijden van crisis.[643] Het afkondigen van de noodtoestand betekende overigens niet dat de Rijkspresident met onbeperkte bevoegdheden kon handelen, de Rijksdag kon een beroep op het artikel voorkomen indien zij van mening was dat het artikel arbitrair werd toegepast.[644] De Rijksdag had namelijk volgens het derde lid van artikel 48 WRV de mogelijkheid om de Rijkspresident te vragen om de noodtoestand op te heffen en de decreten ongedaan te maken. Dit kan worden opgevat als een controlemechanisme op de Rijkspresident. Uiteindelijk was het opheffen en afkondigen van de noodtoestand en opschorten van bijbehorende rechten echter in de praktijk voornamelijk een zaak die te maken had met de discretie van de Rijkspresident. Aangezien hij ook bevoegd was om de Rijksdag te ontbinden (artikel 25 WRV), had hier hij hiermee een belangrijk wapen in handen waarmee hij de Rijksdag buiten spel kon zetten (zoals zou blijken vanaf 1930).

De vraag wat betreft de precieze bevoegdheden van de Rijkspresident, en vooral over de bevoegdheden die hij kon uitoefenen wanneer de noodtoestand eenmaal was afgekondigd, was een belangrijk punt van discussie geweest bij het opstellen van de constitutie. Dat gold bijvoorbeeld voor de bevoegdheden die waren neergelegd in artikel 48 WRV en waarvan werd bepaald dat deze konden worden aangewend na het afkondigen van de noodtoestand. Zo was Preuβ een voorstander geweest van ongebreidelde macht van de Rijkspresident wanneer de noodtoestand eenmaal was afgekondigd (dus tegen de opname van de specifieke artikelen die konden worden opgeschort). In de laatste jaren van de Weimarrepubliek vormde dit eveneens een belangrijk punt van discussie, waarover ik in hoofdstuk 4 en 5 kom te spreken. Nu volgt eerst een analyse van de denkbeelden van Max Weber, die aan de wieg stond van het instituut van de Rijkspresident in de Weimargrondwet.

§ 4.7.1. De grondlegger van het instituut van de Rijkspresident: Max Weber

Onder de experts die meewerkten aan de totstandkoming van de WRV, was Weber de voornaamste voorstander van een sterke Rijkspresident geweest.[645] Hoewel Weber over het algemeen wordt beschouwd als de grondlegger van de moderne sociologie, is zijn werk over politiek zeer relevant voor het denken over liberalisme en democratie. Zoals de Engelse politicoloog David Beetham beschrijft, is Weber de grondlegger van de 'competitive elitist democratic theories' (waarvan de Oostenrijkse econoom Joseph Schumpeter (1883-1950) een belangrijke vertegenwoordiger is) die vanaf de jaren '50 en '60 van de vorige eeuw aan invloed wonnen.[646] Weber beschreef aan het begin van de twintigste eeuw dat de moderne staten vanaf de negentiende eeuw onder invloed van de ontwikkeling

---

of the Reich", granted the emperor the declare a part of the Reichto be in a state of war, whose conditions and limitations followed those set forth in te Prussian Law of 4 June 1851 concerning the state of siege. Zie hiervoor Giorgio Agamben, *State of Exception,* Chicago/Londen: The University of Chicago Press 2005, p. 14.

[643] Stephen Lee, *The Weimar Republic. Questions and analysis in history,* Routledge: Oxon 2010, p. 37.

[644] Lee 2010, p. 37.

[645] Mommsen 1990, p. 346.

[646] David Beetham, *Max Weber and the Theory of Modern Politics,* Cambridge: Polity Press 1985, p. 2.

van het kapitalisme steeds meer waren gaan lijken op een bedrijf [*Betrieb*]. De ontwikkeling van het kapitalisme had volgens Weber veel invloed op de staatsvorm die tot stand kwam: "[t]he modern capitalist enterprise rests primarily on *calculation* and presupposes a legal and administrative system, whose functioning can be rationally predicted, at least in principle, by virtue of its fixed general norms, just like the expected performance of a machine".[647] De staat die zich onder invloed van het kapitalisme ontwikkelde, werd door Weber aldus voorgesteld als een soort (bureaucratische) machine, die werkte volgens de wetten van de rationaliteit. Deze staat was gedepersonaliseerd en handelde op basis van zijn eigen normen – zonder haat en zonder liefde.[648]

Weber betoogde dat politieke partijen zich, naar het evenbeeld van de statelijke bureaucratie, ook steeds meer hadden ontwikkeld in richting van kleine bureaucratieën, die op dezelfde manier functioneerden als de kapitalistische staat in het hierboven aangehaalde citaat.[649] Deze ontwikkeling werd veroorzaakt door het feit dat de politieke partijen grotendeels werden gefinancierd door rijke donateurs, waardoor economische belangen – bijvoorbeeld in de vorm van betalend lidmaatschap of een betaalde partijtop – de overhand kregen binnen de partij.[650] Dit werkte eveneens in de hand dat partijen die het meest efficiënt werden georganiseerd en goed met het geld om wisten te gaan, de meeste macht verkregen binnen het politieke stelsel.[651]

Het bureaucratische karakter van de politieke partij kwam echter niet enkel tot uiting in de steeds belangrijkere rol die economische motieven speelden binnen de partij, maar ook bij de benoeming van parlementsleden of het toebedelen van andere (hogere functies): dit gebeurde achter de schermen, zonder dat het publiek er invloed op kon uitoefenen en zonder dat deze partijfunctionarissen verantwoordelijk gehouden konden worden voor de handelingen die zij verrichtten. Dit systeem leidde ertoe dat er niet noodzakelijk politiek bekwame mensen werden benoemd tot leidinggevenden binnen de politieke partijen, maar voornamelijk gekwalificeerde bureaucraten: mensen die betaald krijgen voor het vervullen van hun functie.[652] Deze gekwalificeerde bureaucraten, die zoals gezegd een salaris verkregen in ruil voor het uitoefenen van hun functie, bewaarden onafhankelijkheid – terwijl het volgens Weber juist kenmerkend voor een politicus zou moeten zijn dat 'he enters the political arena fighting for his own convictions, and in his sense to engage in the political struggle'.[653]

De bureaucratisering van de politieke partijen leidde er volgens Weber dan ook toe dat het essentiële karakter van een politicus verloren ging. Een politicus was volgens hem iemand die niet geïnteresseerd moest zijn in salaris (zoals de gekwalificeerde bureaucraten), maar iemand die *macht* uitoefende en *verantwoordelijkheid* kon dragen en afleggen voor de beslissingen die voortkwamen uit

[647] Weber 2013, p. 1394.
[648] Stanton 2016, p. 329.
[649] Weber 2013, p. 1395, 1398.
[650] Weber 2013, p. 1396.
[651] Weber 2013, p. 1399.
[652] Weber 2013, p. 1410.
[653] Weber 2013, p. 1417.

deze macht.[654] Het bureaucratische karakter van de politiek kon volgens Weber tevens worden waargenomen tijdens de debatten die worden gevoerd in het parlement: de politici deden geen persoonlijke uitspraken om anderen te overtuigen van hun gelijk, maar hielden het bij (onpartijdige) 'official statements'.[655] Het bureaucratische karakter van de politiek leidde er volgens Weber tevens toe dat echte leiders zich niet langer voelden aangetrokken tot de politiek:

> [..] in the face of the powerlessness of parliament and the resulting bureaucratic character of the ministerial positions a man with a strong power drive and the qualities to go with it would have to be a fool to venture into this miserable web of mutual resentment and on this slippery floor of court intrigue, as long as his talents and energies can apply themselves in field such as the giant industrial enterprises, cartels, banks and whole-sale firms.[656]

Het feit dat deze 'echte leiders' zich in toenemende mate afkeerden van de politiek, had volgens Weber alles te maken met het karakter van de politiek aan het einde van het Keizerrijk. Volgens Weber was het parlement voornamelijk op 'negatieve' wijze betrokken bij de regering: het kon besluiten afwijzen, maar het kon niet werkelijk de richting bepalen van het gevoerde beleid (positieve betrokkenheid).[657] Deze negatieve betrokkenheid werd enerzijds gekenmerkt door het uitsluiten van politici van echte macht (waarvan het uitoefenen zoals gezegd volgens Weber juist kenmerkend is voor een politicus). Anderzijds leidde het ertoe dat politici zich enkel van een ideologisch toon bedienden, waarbij zij geen rekening hielden met de praktische implicaties van het voorgestane beleid – dit was immers ook niet nodig aangezien de politici nooit de werkelijke macht wisten te verkrijgen of werkelijke invloed konden uitoefenen op het beleid. Hiermee was de cirkel rond en, zo concludeert Weber: 'political parties and their leaders [..] were confined to complaint and protest'.[658] In dit politieke stelsel konden zich geen capabele leiders ontwikkelen,[659] maar domineerde "[..] ignorant demagogy or routinized impotence – or both – [..] in a parliament which can only critize without getting access to the facts and whose leaders are never put into a position in which they must prove their mettle".[660]

Het tegenovergestelde van deze 'negatieve politiek' is volgens Weber een sterk parlementair stelsel ('positieve politiek') waarbij de politici macht konden uitoefenen en verantwoordelijkheid dienden te nemen voor hun beleid. Volgens Weber was het essentieel het recht van parlementair onderzoek te verlenen aan het parlement om ervoor te zorgen dat het meer betrokken raakte bij de regering en het gevoerde beleid – hetgeen ook noodzakelijk was om politieke leiders te kunnen rekruteren (Weber zag het parlement als een kweekvijver voor politiek leiderschap).[661] Deze suggestie

[654] Weber 2013, p. 1411.
[655] Weber 2013, p. 1412.
[656] Weber 2013, p. 1413.
[657] Weber 2013, p. 1408, 1414, 1416.
[658] Beetham 1985, p. 97.
[659] Mommsen 1990, p. 165.
[660] Weber 2013, p. 1420.
[661] Weber 2013, p. 1419; Mommsen 1990, p. 169; Weber 1975, p. 586-587.

werd uiteindelijk overgenomen in de nieuwe constitutie, met steun van onder andere Preuβ. De Duitse historicus Wolfgang Mommsen (1930-2004) stelt dat de nadruk voor Weber op het recht van parlementair onderzoek ook verklaard kan worden door het feit dat het parlement dan het monopolie op informatie van de bureaucratie kon doorbreken, waardoor controle kon worden uitgeoefend op deze statelijke bureaucratie.[662]

Vanaf juni 1917 had Weber zich steeds meer beziggehouden met de vraag hoe aan het parlement meer macht kon worden verleend en, in het verlengde hiervan, hoe het parlement beter betrokken kon worden bij de politiek.[663] Met andere woorden: hoe kon het parlement in staat worden gesteld om te *regeren*?[664] Deze vraag is nauw verbonden met het tot stand brengen van 'ware politici', een thema dat ik zojuist al kort aanstipte. Volgens Weber was het belangrijk vast te stellen of een politicus *van* de politiek of *voor* de politiek leefde.[665] Een politicus die leeft van de politiek is een betaalde bureaucratisch gekwalificeerde politicus – volgens Weber een politicus in oneigenlijke zin – terwijl een politicus die leeft voor de politiek iemand is die op basis van overtuiging de politieke arena betreedt.[666] De politici die leven van de politiek (de oneigenlijke politici) worden door Weber als volgt omschreven: "[t]hey had no power, no responsibility, and could only play a fairly subaltern role as notables, with the result that they were animated yet again by the instincts which are typically to be found in all 'guilds'".[667]

Volgens Weber waren Bismarck en het politieke systeem dat hij had nagelaten schuldig aan het ontstaan van de situatie in Duitsland en het ontbreken van werkelijke politici. In de tekst 'Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland. Zur Politischen Kritiek des Beamtentums und Parteiwesens' (oorspronkelijk vijf losse artikelen in de *Frankfurter Zeitung* die verschenen tussen april en juni 1917, later gebundeld in 1918) beschrijft hij dat Bismarck, die over het algemeen wordt gezien als een groot staatsman, feitelijk geen enkele politieke traditie had nagelaten. Volgens Weber waren de consequenties van Bismarcks heerschappij de volgende: ten eerste liet hij een land na zonder politieke verfijndheid; een land zonder eigen politieke wil – het land was immers gewend geraakt aan het feit dat de 'grote staatsman' de beslissingen nam. Ten tweede liet hij een land na waar de beslissingen van een 'grote staatsman' zonder meer geaccepteerd werden. Het resultaat van dit alles was een parlement dat compleet machteloos was, het was er immers aan gewend geraakt in dienst te staan van een grote staatsman (Bismarck) en niet getraind om zelf beslissingen te nemen. Hierdoor wordt ook het karakter van de Duitse politieke partijen – die voornamelijk ideologische doelen voorstonden en niet in staat waren een compromis te sluiten of het beleid te beïnvloeden – verklaard.

[662] Mommsen 1990, p. 171-172.
[663] Mommsen 1990, p. 171-172; Weber 1975, p. 586.
[664] Weber 2013, p. 1426.
[665] Weber 2013, p. 1427, 1447.
[666] Weber 2013, p. 1417; Weber 2010, p. 330.
[667] Weber 2010, p. 349.

Hij schrijft hierover het volgende: "[t]he level of parliament depends on whether it does not merely discuss great issues but decisively *influences* [cursivering RB] them; in other words, its quality depends on whether what happens there matters, or whether parliament is nothing but the unwillingly tolerated rubber stamp of a ruling bureaucracy".[668] De politieke instituties die waren achtergebleven na Bismarck waren al met al niet in staat politiek leiderschap tot stand te brengen; het bleef vooral de statelijke autoriteit die centraal stond binnen de politiek.

Tot 1918 schrijft Weber voornamelijk over het versterken van de parlementaire macht en het meer betrekken van het parlement bij de politieke besluitvorming. Vanaf 1918 verandert zijn toon en betoogt hij dat er tegenover het (machteloze) parlement een andere instantie moet worden gevestigd die wel in staat is dynamisch leiderschap tot stand te brengen. In deze context ontwikkelden zijn standpunten wat betreft de nieuwe Rijkspresident zich. Hij stelde dat het tegenovergestelde van parlementaire macht caesaristische macht is: een leider die direct wordt gekozen door het volk. Deze directe manier van kiezen staat tegenover de indirecte, parlementaire selectie van leiders.[669]

In zijn tekst 'Der Reichspräsident' (1919) betoogt Weber dat het noodzakelijk is dat er tegenover een indirecte representatie van het volk binnen het staatsbestel (het parlement) ook een staatshoofd staat dat direct door het volk wordt gekozen. Dit staatshoofd (de Rijkspresident) kan namelijk de eenheid van het Rijk representeren,[670] een eenheid die niet afhankelijk is van een meerderheid in het parlement. Weber schrijft dat deze meerderheid in het parlement namelijk kan veranderen en dat "[a]ny president of the Reich elected by parliament under particular party constallations and coalitions will be politically dead as soon as there is a shift in that coalition".[671] Het direct kiezen van de Rijkspresident is volgens Weber ook noodzakelijk omdat het parlement door het stelsel van proportionele vertegenwoordiging verandert in een 'parliament of closed, philistine minds, in no sense capable of serving as a place where political leaders are selected'.[672] Individueel initiatief en dynamisch leiderschap kunnen daarom alleen gewaarborgd worden aan het hoofd van een organisatie.

Volgens Weber kan alleen de massa, en niet het parlement, deze dynamische vorm van leiderschap garanderen – daarom dient de Rijkspresident ook direct door deze massa en niet door het parlement te worden gekozen. Dit is een interessant punt: Weber kiest hier de specifieke bewoordingen van *Führerschaft* en massa. Hoewel Weber dus afstand probeert te doen van het autoritaire staatsbegrip, maakt hij hier de keuze voor de *massa*. Deze keuze is ongelukkig: wie de keuze maakt voor de massa, moet onvermijdelijk accepteren dat de massa ook kan ontsporen en onder

[668] Weber 2013, p. 1392.
[669] Weber 2013, p. 1452; Weber 2010, p. 318.
[670] Weber 2010, p. 304, 307.
[671] Weber 2010, p. 308.
[672] Weber 2010, p. 306.

invloed van de verkeerde *Führer* een verkeerde weg in kan slaan. Dit is precies wat er gebeurde in de nadagen van de Weimarrepubliek en later tijdens de opbouw van het misdadige Derde Rijk.

Weber zelf lijkt zich van dit gevaar nog niet bewust: hij verwijst naar de Verenigde Staten wanneer hij uitlegt dat de persoonlijkheid van de partijleider een steeds belangrijkere rol begint te spelen tijdens verkiezingen. Het parlement, waarvan hij al eerder had betoogd dat het een sterkere positie zou moeten innemen, wordt nu door hem ook voorgesteld als een plek waar politieke leiders gevormd en getraind kunnen worden en hun talent tot ontplooiing kunnen brengen.[673] Dit lijkt te contrasteren met het idee van parlementarisme. Echter, voor Weber is deze vorm van sterk leiderschap – waarop direct invloed wordt uitgeoefend door het gehele electoraat – noodzakelijk om een werkelijke consensus en richting in de politiek tot stand te brengen.[674] Zonder politiek leiderschap is de bureaucratie zelf hetgeen dat de natie leidt, in plaats van dat het een middel is om effectief te regeren en dat kan worden aangewend door de regering.

Beetham betoogt dat de direct gekozen Rijkspresident in de Weimarstaat voor Weber feitelijk de vervanger was van de oude regeringsklasse van de Junkers in Oost-Pruisen. Deze Junkers vertegenwoordigden niet alleen zichzelf, maar kwamen ook op voor de belangen van de arbeiders. In de moderne staat was het echter niet meer mogelijk dat een klasse eveneens de belangen van andere klassen zou vertegenwoordigen – en hiermee zijn eigen particuliere belang zou overstijgen – aangezien de economische belangen van iedere afzonderlijke klasse te veel verbonden waren geraakt met hun politieke belangen. Dit geldt niet voor de direct gekozen Rijkspresident, die gekozen wordt door het gehele volk en hiermee de belangen van het gehele volk (en niet van een enkele klasse) diende te representeren. Hiermee is de direct gekozen Rijkspresident in de Weimarstaat aldus feitelijk de vervanger van de oude Junkers.[675] Weber ging ervan uit dat een direct gekozen Rijkspresident een politieke dimensie in de staat kon waarborgen, een dimensie die verder ging dan economische belangen: "[..] the plebiscitary leader whose ability to win the confidence of the masses in his personal qualities gave him a political basis which transcended that of class and interest groups".[676]

Het dynamisch leiderschap (dat volgens Weber tot stand kan komen door de invoering van het instituut van de Rijkspresident) staat centraal in een van zijn meest bekende teksten: 'Politik als Beruf' (1919). In deze tekst onderscheidt Weber drie vormen van leiderschap: de autoriteit van het 'eeuwige verleden' die gebaseerd is op gewoonte, de autoriteit van de uitzonderlijke 'gift van genade' of charisma en de autoriteit van de legaliteit die gebaseerd is op het geloof in de wettelijke regelingen.[677] Volgens Weber is de tweede vorm van autoriteit, die gebaseerd is op charisma, de hoogste vorm van

[673] Beetham 1985, p. 6.
[674] Beetham 1985, p. 7.
[675] Beetham 1985, p. 217.
[676] Beetham 1985, p. 225.
[677] Weber 2010, p. 311-312.

leiderschap – waar het uitoefenen ervan het beste tot uiting komt.[678] Deze vorm van leiderschap was echter onder invloed van de bureaucratie steeds verder naar de achtergrond verdwenen en vervangen door de derde, rationele vorm van leiderschap. Er waren in dit rationele systeem volgens Weber geen politieke leiders meer, maar enkel politieke beambten [*Verwaltungsbeamte*]. De politieke leider draagt, in tegenstelling tot de politieke beambte, verantwoordelijkheid. Door de toegenomen bureaucratisering wordt de laatste vorm van politiek leiderschap steeds zeldzamer, deze wordt in toenemende mate vervangen door de eerste twee vormen van leiderschap: er komt een menselijke machine tot stand die werkt volgens gerationaliseerde, voorspelbare, wettelijke procedures.

Voor Weber was de enige manier om de bureaucratie, de menselijke machine, in toom te houden een politicus die het apparaat kon leiden en een bepaalde politieke richting op zou kunnen bewegen. De politici dienden daartoe een passie met *Sachlichkeit* – de vastberadenheid om het vechten voor een (realistisch) doel waarin iemand gelooft – te combineren. Het ontwikkelen van deze kwaliteiten hing voor Weber voor een belangrijk deel af van de bestaande politieke structuur. Zoals Beetham beschrijft, was Weber aldus in 1919 nog steeds een voorstander van democratisering, maar van een bepaald soort democratisering: "[p]olitical democratization [..] meant a system in which the bureaucracy was kept in place by a political leader, not one in which the officials themselves were imbued with the values of the wider society in which they were placed".[679]

De nadruk op het selecteren van bekwame leiders komt voort uit Webers democratieopvatting. Hij wees de liberale traditie van democratie gebaseerd op natuurrecht – onvervreemdbare rechten, zoals hier bijvoorbeeld naar wordt verwezen in de Amerikaanse *Declaration of Independence* – af en betoogde dat de macht in een democratie, net als in ieder politiek systeem, uiteindelijk niet in handen is van het gehele volk, maar in handen is van een klein groepje oligarchen. Democratie is dan, voor hem, ook niet het zelf regeren van het volk (cf. Jean-Jacques Rousseau), maar het vrij kiezen van de politieke leiders door dit volk: "[d]emocracy is conceived as a functionalist system that gives the people no more and no less than the guarantee that the direction of governmental affairs is always in the hands of leaders who [..] are optimally qualified for this task".[680]

De enige manier om binnen de huidige Duitse bureaucratie een charismatische leider te kiezen, die net als in Amerika de massa als een machine achter zich weet te scharen, is volgens Weber door het kiezen van de Rijkspresident door de gehele bevolking.[681] Voor hem is het kiezen van de Rijkspresident door de massa ook de enige optie om democratie te garanderen binnen de staat, het bureaucratische systeem kan immers enkel worden gecontroleerd van *bovenaf* (door de leider die het richting geeft) en niet van *onderaf* door verkiezingen (aangezien de politieke partijen zelf ook kleine bureaucratieën zijn geworden). De Rijkspresident die door de gehele bevolking wordt gekozen en

[678] Weber 2010, p. 312.
[679] Beetham 1985, p. 89.
[680] Mommsen 1990, p. 395.
[681] Weber 2010, p. 351.

waarbij de bevolking achter zijn *persoon* staat, is in staat om onafhankelijk van politieke belangen een beslissing te nemen waar hij achter staat – een beslissing waar hij in gelooft.[682] Zijn voorkeur voor een sterke Rijkspresident of van een *Führerdemokratie* was geen afwijzing van democratische principes *an sich*, maar hij zocht, zoals de Britse filosoof Timothy Stanton beschrijft:

> [..] the proper balance between the competing tendencies they [the Reichspresident and the Reichstag, RB] represented [..]. In 1918-19 it meant re-establishing a balance against an unchecked politics of popular will by revitalising or drawing attention back to the virtues of leadership, individual responsibility and independent judgement.[683]

Weber was geen tegenstander van het parlement of van de strijd tussen politieke partijen: hun strijd om de politieke macht zou in principe een positief effect op de vrijheid van de burger kunnen hebben, maar dit kon enkel het geval zijn indien de massa geleid zou worden door iemand met een charismatische persoonlijkheid.[684] Weber wees het parlementaire systeem dan ook niet geheel af, hij pleitte enkel voor een verdeling van bevoegdheden binnen dit parlementaire systeem, zodat de overhand niet zou komen te liggen bij de bureaucratische politieke partijen. Hij vond, naast een sterke politieke leider, sterke democratische instituties – zoals een sterk parlement – belangrijk. Een sterk parlement was namelijk een 'check' op de macht van de direct gekozen President.[685] Op deze manier zorgde het parlement ervoor dat belangrijke individuele vrijheden en liberale rechten gewaarborgd bleven.

Een sterk parlement kon volgens Weber echter niet alleen een waarborg zijn voor het tot stand brengen van politiek leiderschap. Gezien de structuur van de Duitse samenleving, zou er geen meerderheidspartij gevormd kunnen worden: de regeringen zouden bestaan uit een coalitie van verschillende partijen die een compromis moeten sluiten over het te voeren beleid. Hiermee zou geen sterk leiderschap met een eenduidige richting gevormd kunnen worden en dus was er een ander instituut noodzakelijk dat dit kon bewerkstelligen. Een instituut dat niet afhankelijk was van de steun van de verschillende partijen, maar boven het partijbelang was verheven en direct verantwoordelijkheid verschuldigd was aan het volk en afhankelijk was van het volk.[686] Dit instituut kon er eveneens voor zorgen, zoals ik eerder beschreef, dat het politieke leiderschap in staat was het particuliere, economische belang van een enkele klasse te overstijgen. Enkel het direct kiezen van een leider was volgens Weber werkelijk democratisch – waar politici in het parlement vooral bezig waren met het 'wegruilen' van belangen om tot het genoemde compromis te komen, vertegenwoordigde de leider het gehele volk.

---

[682] Beetham 1985, p. 230.
[683] Stanton 2016, p. 324.
[684] Zie hiervoor Dana Vila, 'The Legacy of Max Weber in Weimar Political and Social Theory', in: Peter Gordon & John McCormick (red.), *Weimar Thought: A Contested Legacy,* Princeton: Princeton University Press 2013, p. 53.
[685] Beetham 1985, p. 114.
[686] Beetham 1985, p. 233.

Weber was niet alleen een voorstander van sterk leiderschap, maar bovenal van een sterk verankerde liberale democratie.[687] Tijdens de Eerste Wereldoorlog (tot ongeveer 1917) had Weber zich vooral sterk gemaakt voor een daadkrachtig parlement, dat volgens hem kon dienen als selectieprocedure voor toekomstige leiders. Echter, na de Eerste Wereldoorlog (1918/1919) was dit volgens hem niet meer voldoende – hetgeen de snelle verandering in zijn standpunten met zich meebracht. Deze verandering is echter voornamelijk ogenschijnlijk, zijn achterliggende doel – het tot stand brengen van sterk, democratisch leiderschap – veranderde niet. De omstandigheden waaronder dit doel bereikt kon worden, met het oog op de sociale en politieke context in Duitsland vanaf eind 1918, veranderden daarentegen wel: deze hernieuwde omstandigheden vroegen om een nieuwe oplossing. Het parlement bleef echter belangrijk voor Weber, ook onder deze hernieuwde omstandigheden. Een sterk parlement zorgde er volgens hem voor dat civiele rechten voor alle burgers gegarandeerd zouden worden.

§ 4.7.2. Checks and balances *binnen het democratisch systeem*

Zoals de Britse filosoof Peter Baehr beschrijft, is artikel 41 WRV – waarin wordt bepaald dat de Rijkspresident direct wordt gekozen door het gehele Duitse volk – voortgekomen uit de ideeën van Weber. Daarnaast werd zijn suggestie om de ambtsduur van de president langer te maken dan die van de Rijksdag overgenomen: de ambtstermijn werd, zoals ik aan het begin van deze paragraaf beschreef, vastgesteld op een periode van zeven jaar. Tot slot werd Webers suggestie dat de president in staat zou moeten zijn referenda en verkiezingen af te kondigen, overgenomen.[688] Het instituut van de Rijkspresident zoals dit tot stand kwam in de Weimarconstitutie is dan ook grotendeels door hem beïnvloed.

De ideeën van Redslob, waaraan ik al kort refereerde, die hij uit de doeken doet in zijn werk *Die parlamentarische Regierung in ihrer wahren und in ihrer unechten Form* (1918) over parlementaire democratie waren eveneens van invloed op de totstandkoming van het instituut van de Rijkspresident. Dit is niet verwonderlijk, aangezien Redslob de enige in de Duitstalige wereld was die zich tot dan toe had uitgelaten over een president binnen het parlementaire systeem – zoals ik net beschreef, werd er namelijk in Duitsland tot dan toe weinig rekening gehouden met het ten val komen van de monarchie en dus met eventuele alternatieven voor de monarchistische staatsvorm. Redslob vergeleek in dit werk meerdere patronen van parlementaire systemen met elkaar en betoogde dat een parlementaire regering gebaseerd diende te zijn op het liberale principe van de scheiding der machten. Belangrijk was vooral dat de uitvoerende macht volledig gescheiden zou zijn van de wetgevende macht: ieder van deze machten diende uit zijn eigen 'bron' voort te komen.[689] Indien er onenigheid

[687] Peter Baehr, 'Weber and Weimar: The 'Reich President' Proposals', in: *Politics* (9) 1, 1989, p. 21.
[688] Baehr 1989, p. 23.
[689] Zoals omschreven in Mommsen 1990, p. 348.

bestond tussen een van de machten binnen het parlementaire systeem, diende de bevolking de doorslaggevende stem te hebben in het conflict.[690]

Het feit dat de Rijkspresident direct door het gehele volk zou worden gekozen – en niet indirect door de Rijksdag of Rijksraad – in de Weimarrepubliek sloot aan bij de overtuigingen van Redslob. Indien de Rijkspresident namelijk door de Rijksdag gekozen zou worden, zou hij in zekere zin afhankelijk zijn van de Rijksdag en zou zijn onafhankelijkheid in het geding komen. Daarnaast was het volgens Redslob eveneens belangrijk dat de verschillende instituten van het land direct in contact stonden met de bron van soevereiniteit (het volk). Voorts betoogde Redslob vooral dat de macht van de president belangrijk is om de balans ten opzichte van de parlementaire macht te behouden. Zijn macht dient dan ook niet al te zeer te worden beperkt.[691] Dit is allemaal terug te zien in de bevoegdheden en positie van de Rijkspresident in de Weimarconstitutie.

De ideeën van Weber en Redslob wat betreft de (Rijks)president verschillen in die zin dat het Redslob vooral te doen was om het (liberale) concept van de balans tussen de verschillende staatsmachten. Dit geldt eveneens voor Preuβ, die op dit punt in belangrijke mate beïnvloed is door Redslob. Voor Weber geldt dit echter niet, hij zag de Rijkspresident voornamelijk als waarborg voor het garanderen van charismatisch leiderschap en een leider die in staat was de bureaucratische machine in beweging te brengen. Echter, net als Redslob betoogde ook Weber dat de macht van de Rijkspresident niet onbeperkt kan zijn. Hij pleitte voor het instellen van een direct door de bevolking gekozen federale kamer [*Staatenhaus*] – een suggestie die niet werd overgenomen – die als tegenwicht voor de macht van de Rijkspresident zou kunnen dienen. Dit verschilt van het standpunt van Redslob, die ervan uitgaat dat de wetgevende macht (het parlement) een voldoende 'check' op de macht van de Rijkspresident zou vormen en dus waarschijnlijk geen voorstander zou zijn van het instellen van een extra orgaan. Dit laatste standpunt vond navolging van Preuβ, die – zoals ik net al aangaf – het instituut van de Rijkspresident grotendeels steunde op grond van de achterliggende motivatie van Redslob (het idee van 'checks and balances') en niet op de rechtvaardiging hiervan door Weber zelf (het garanderen van dynamisch leiderschap tegenover een rationele bureaucratie). Dit geldt eveneens voor andere liberalen, die eerst tegenstander waren geweest van de sterke Rijkspresident juist omdat dit de 'checks and balances' in gevaar zou brengen.[692] Preuβ ging ervan uit dat de Rijkspresident enkel zijn leidende rol hoefde in te nemen bij het benoemen van de Rijkskanselier. Voor Weber ging deze leidende rol echter veel verder, de Rijkspresident diende aan de ene kant als 'gekozen monarch' een tegenwicht te bieden aan een sterk parlement en hiermee parlementaire almacht te voorkomen, maar aan de andere kant was de Rijkspresident ook vooral een caesaristische leider. In de woorden van Mommsen:

[690] Senigaglia 1998, p. 136.
[691] Senigaglia 1998, p. 136.
[692] Mommsen 1990, p. 347.

> Max Weber was in no way concerned with the creation of constitutional guarantees when he wished to see the president in an independent position even in relation to the leading ministers. On the contrary, the presidential office should be a valve for the selection of genuine political leaders and should permit its occupant, if need be, to pursue his personal policies even against the will of the current party majority in parliament.[693]

De steun van Preuβ en zijn collega's aan de Rijkspresident in de vorm die hij kreeg in de Weimarconstitutie had, behalve met de liberale rechtvaardiging van 'checks and balances', vooral te maken met de beperkte opties die overbleven. Er kon behalve voor een direct gekozen Rijkspresident worden gekozen voor een collegiale variant, waarin afgevaardigden uit de deelstaten zitting zouden nemen en waar de socialisten Quarck en Herzfeld voorstander van waren geweest. Volgens Weber kon echter op basis van deze variant geen enkele verantwoordelijkheid tot stand komen, aangezien de verschillende leden van het college zich achter elkaar konden verschuilen bij het nemen van een beslissing. Preuβ was eveneens tegenstander van deze optie, aangezien hij vreesde dat de grotere deelstaten (voornamelijk Pruisen) dit college zouden domineren en hun mening op deze manier zouden opleggen aan de kleinere deelstaten.[694] Daarnaast was er nog de optie van de Rijkspresident door het parlement te laten kiezen – hetgeen werd afgewezen omdat het te weinig democratisch zou zijn. Het enige alternatief dat overbleef was aldus de direct gekozen Rijkspresident.

De enige duidelijke weerstand tegen het instituut van de Rijkspresident waartoe uiteindelijk werd besloten in de Weimarconstitutie, was afkomstig van Anschütz. Anschütz uitte de zorg dat de macht van de Rijkspresident een inherent gevaar in zich droeg voor het parlementaire systeem.[695] Hoewel dit gedurende de jaren die volgden vaker werd gesteld, bleef het ten tijde van de debatten over het opstellen van de constitutie een tamelijk geïsoleerde positie, die op weinig bijval kon rekenen. Achteraf is daarentegen veel kritiek geuit op de positie van de Rijkspresident binnen het staatsbestel van de Weimarrepubliek. Zo werden er parallellen getrokken tussen de latere machtspositie van Hitler en de Rijkspresident. Dit was echter, zoals duidelijk is geworden in deze paragraaf, niet de intentie van de nationale vergadering die tot de definitieve tekst van de Weimarconstitutie kwam.[696] Het was juist de bedoeling om een instituut met democratische legitimatie tot stand te brengen dat een tegenwicht kon bieden aan het parlement.

De vraag die in het verlengde van het voorgaande rijst, is of het uiteindelijk catastrofale einde van de Weimarrepubliek afgewend had kunnen worden indien het instituut van de Rijkspresident niet zou hebben bestaan – en als er dus, om die reden, ook geen decreten afgekondigd hadden kunnen worden. Het antwoord op deze vraag is mijns inziens tweeledig: enerzijds is het natuurlijk zo dat er

---

[693] Mommsen 1990, p. 353-354.
[694] Stirk 2002, p. 513.
[695] Gerhard Anschütz, 'Die kommende Deutsche Nationalversammlung und ihre Aufgabe', in: *Heidelberger Tageblatt* 12, 15 januari 1919, p. 1-2.
[696] Gusy 2018, p. 3.

middels het instellen van de Rijkspresident de mogelijkheid wordt gecreëerd tot het afkondigen van decreten, dus in die zin moet de vraag bevestigend worden beantwoord. Anderzijds past een instituut als de Rijkspresident, zeker wanneer dit democratische legitimatie heeft zoals in de Weimarrepubliek, binnen een parlementaire democratie. Indien zich een noodtoestand aandient, moeten er snel en daadkrachtig beslissingen worden genomen ter bescherming van de democratie: uitgebreide parlementaire besluitvorming kan hieraan in de weg staan. Het gevaar is echter dat te veel macht van de Rijkspresident zich tegen de parlementaire democratie zelf keert, zoals in de nadagen van de Weimarrepubliek. Dit gevaar kan niet worden afgewend door het simpelweg *niet* instellen van een dergelijk instituut (zie over deze thematiek verder hoofdstuk 6).

§ 4.8. Grondrechten en verzorgingsstaat

Het opnemen van grondrechten was een belangrijk punt van discussie bij het opstellen van de nieuwe constitutie. Van oudsher was het waarborgen van grondrechten namelijk een taak geweest van de deelstaten. Echter, uiteindelijk werd onder druk van (voornamelijk) de sociaaldemocraten besloten tot het opnemen van grondrechten in de centrale constitutie – in eerdere versies enkel de meest basale (klassieke) grondrechten, die later werden uitgebreid tot een omvangrijke hoeveelheid van zowel klassieke als sociale grondrechten, neergelegd in 56 artikelen.[697] Dit was een grote innovatie ten opzichte van het Keizerrijk, aangezien het verlenen van (sociale) rechten aan de bevolking nu niet meer afhankelijk was van de zittende regering, maar een doorlopende garantie betrof.[698] Zoals Koch beschrijft, waren deze grondrechten 'considered as guidelines and limits in legislation, administration and justice'.[699] In dit opzicht liep de Weimarconstitutie voor op veel andere constituties van haar tijd.

De interpretatie van de grondrechten en de rol die zij speelden in de Weimarrepubliek verliep gefaseerd. In de eerste periode (tussen 1919-1924) werd vooral kritiek op de grondrechten geuit of werden zij buiten beschouwing gelaten in de interpretatie van het recht. Dit veranderde na het crisisjaar 1923, waarna de grondrechten een steeds belangrijkere rol begonnen te spelen bij de interpretatie en uitlegging van het recht. Ze werden vanaf 1931 zelfs ingezet als middel om de noodmaatregelen van Heinrich Brüning en degenen die hem opvolgden (zie paragraaf 2.7.2) aan te vechten.[700]

Onder invloed van de overtuiging die schuilging achter het opnemen van de grondrechten in de constitutie, werd in de Weimarrepubliek eveneens een begin gemaakt met het optuigen van een verzorgingsstaat.[701] Vooral Preuβ had zich hier sterk voor gemaakt, volgens hem was de republikeinse

[697] Lee 2010, p. 37.
[698] Gusy 2018, p. 57.
[699] Koch 1984, p. 270-271.
[700] Stolleis 2002, p. 110.
[701] Storer, p. 61; Greenberg 2014, p. 12.

staatsvorm intrinsiek verbonden met sociale rechten.[702] De constitutie kon de ontwikkeling in de richting van deze sociale rechten en vrijheid bevorderen en diende dit dan ook te doen. Enkel het brengen van welvaart was volgens hem niet genoeg: "[..] the human being [..] does not live by bread alone; [..] to him ideal claims, claims to freedom, are just as much a necessity".[703] In tegenstelling tot het Keizerrijk moest er dan ook niet enkel worden gewerkt aan negatieve vrijheid, maar ook aan positieve garanties voor vrijheid.

§ 4.9. Conclusie

In dit hoofdstuk stonden enkele belangrijke thema's in de Weimargrondwet centraal teneinde de vraag te beantwoorden in hoeverre de grondwettelijke uitgangspunten van de Weimargrondwet de Weimardemocratie in staat stelde om zich te verdedigen tegen vijandige tendensen.

Het is duidelijk geworden dat er voor de novemberrevolutie van 1918 in Duitsland nog nauwelijks serieus rekening was gehouden met of nagedacht was over het invoeren van een democratische staatsvorm: de wens tot democratisering was wel aanwezig onder de bevolking, maar er werd niet verwacht dat deze verdergaande democratisering ook zou leiden tot de definitieve afschaffing van de monarchie. Dit veranderde tegen het einde van de Eerste Wereldoorlog, toen in rap tempo de verschillende vorstenhuizen in de deelstaten ten val werden gebracht en er op 9 november 1918, nadat Baden de macht had overgedragen aan Ebert, definitief een einde kwam aan het Tweede Duitse Keizerrijk en hiermee aan de Duitse monarchistische traditie.

Democratisering werd een van de belangrijkste uitgangspunten van de nieuwe Weimarstaat en de nieuwe constitutie, die onder Preuβ tot ontwikkeling kwam en die – onder voorbehoud van enkele wijzigingen – door de nationale vergadering werd geaccepteerd. Dat de nieuwe Weimarrepubliek een democratische en republikeinse staatsvorm is, komt duidelijk tot uitdrukking in de preambule en het eerste artikel. Deze democratische staatsvorm werd in de begindagen van de Weimarrepubliek door ongeveer driekwart van de bevolking ondersteund (in de vorm van de nationale vergadering die acteerde als *pouvoir constituant*) en hiermee breed gedragen. De Weimarrepubliek vestigde daarnaast een federale staatsvorm waarin de autonomie van de deelstaten verder werd beperkt. Geconcludeerd kan dan ook worden dat de discussie over democratisering en eenheid binnen de Duitse staat met de vestiging van de Weimarrepubliek was beslecht in het voordeel van de voorstanders van democratie en van de sterke eenheid binnen de Duitse staat.

Hoewel de nieuwe constitutie in de begindagen van de Weimarrepubliek door het overgrote merendeel van de bevolking werd gesteund, is de constitutie in de literatuur vaak aangeduid als een van de 'geboortefouten' van de Weimarrepubliek. Er wordt dan gewezen op het systeem van proportionele vertegenwoordiging, de (te) sterke positie van de Rijkspresident die aanleiding gaf tot

[702] Preuβ 2002, p. 121.
[703] Preuβ 2002, p. 121.

machtsmisbruik, het niet verankeren van de positie van de politieke partijen in de constitutie, en het openlaten van bepaalde constitutionele vragen – of het niet duidelijk genoeg aangeven van de richting waarin bepaalde instituten zich dienden te ontwikkelen. Mijns inziens is deze voorstelling onjuist. Zoals ik in het voorliggende hoofdstuk duidelijk heb gemaakt, waren de keuzen die zijn gemaakt door de opstellers van de constitutie weloverwogen en weldoordracht. Aangezien een democratische traditie in Duitsland tot dusver niet had bestaan, werden zij desalniettemin gedwongen om in een vacuüm – ofwel 'grondrechtelijk laboratorium' (cf. Walter Pauly) – te acteren en konden zij geen beroep doen op eerder opgedane (democratische) kennis of ervaring. Zoals duidelijk is geworden, hoopten zij dat de 'open plekken' in de constitutie zich zouden ontwikkelen in de richting van een sterk verankerde liberale democratie.

Het is altijd lastig om een constitutie te beoordelen naar de standaarden van de tijd waarin deze werd geschreven. *Ex post*, met de kennis van de verschrikkingen die zich later zouden afspelen en de manier waarop de constitutie hiertoe al dan wel of al dan niet is geïnterpreteerd, is het gemakkelijk te stellen dat bepaalde artikelen (of wellicht de constitutie als geheel) hebben bijgedragen aan de ondergang van de Duitse democratie en de machtsovername van Hitler in 1933. Echter, dergelijke ontwikkelingen konden door de opstellers van de constitutie (ongeveer vijftien jaar daarvoor) niet worden voorzien. Zij hadden het beste voor met de nieuwe Weimardemocratie – misbruik waarvoor verschillende artikelen zich hebben geleend, of inherente tekortkomingen (die ik zojuist opsomde) die hebben bijgedragen aan de ontwikkelingen in de nadagen van de Weimarstaat waren door hen geenszins voorzien, zoals uit de beraadslagingen omtrent de constitutie volgt.

Wat hiertegen in te brengen is, is dat wel opvalt dat de constitutie duidelijk gebaseerd was op 'normale tijden' en geen rekening heeft gehouden (en wellicht niet heeft kunnen houden) met de verschillende crises waar de Weimarrepubliek gedurende haar bestaan mee te maken kreeg. Artikel 48 van de constitutie werd, in samenhang met een sterke Rijkspresident, ingesteld om tegenwicht te bieden aan het parlement (en *Parlamentsabsolutarismus* te voorkomen) en om te bewerkstelligen dat er snel en dynamisch gehandeld kon worden in tijden van crisis. De verhouding tussen de Rijkspresident en het parlement na het afkondigen van deze noodtoestand was echter niet volledig doordacht. Als er dan ook gewezen moet worden gewezen op een fout in de Weimarconstitutie is dat het ontbreken van de garantie dat de Rijkspresident zijn bevoegdheden niet zou misbruiken en hiermee het parlement buiten spel zou zetten.

Hetzelfde kan gezegd worden over het feit dat er geen maatregelen werden genomen tegen de versplintering van de Rijksdag. Weber en Preuβ leken zich namelijk wel bewust te zijn van het 'compromiskarakter' van de constitutie dat zich zou manifesteren in de vorm van regeringscoalities die zich noodzakelijkerwijs zouden moeten vormen tussen verschillende politieke partijen, aangezien het systeem van evenredige vertegenwoordiging het vrijwel onmogelijk maakte voor een enkele partij om een absolute meerderheid te vergaren. Echter, zoals duidelijk werd had Preuβ juist alle vertrouwen in het feit dat zich uit een veelheid aan opvattingen en personen een sterke eenheid zou ontwikkelen

binnen de Rijksdag en hield hij geen rekening met het desastreuze scenario dat in de Weimarrepubliek tot ontwikkeling kwam vanaf ongeveer 1929.

Nogmaals wil ik benadrukken dat de opstellers van de constitutie de ontwikkeling richting de *Führerstaat* van Hitler geenszins hebben (kunnen) voorzien. Waar de *Führerdemokratie* die Weber voor ogen had in de literatuur meer dan eens is voorgesteld als voorloper van de *Führerstaat* berust dit op een onjuiste veronderstelling. Zoals ik duidelijk heb gemaakt in dit hoofdstuk, poogde Weber met het instellen van de sterke Rijkspresident een tegenwicht te bieden aan het parlement en ervoor te zorgen dat dynamisch leiderschap mogelijk bleef. Voor Weber was het parlement echter eveneens belangrijk binnen de staat voor de training en selectie van deze toekomstige leider – hij heeft dan ook geenszins de volledige buitenwerkingstelling van het parlement beoogd. Dit betekent echter niet dat er geen gevaar kan schuilen in de theorie van Weber: hoewel hij dit zelf wellicht niet had voorzien, schuilt er altijd een gevaar in het toebedelen van veel macht aan de massa. De massa kan, zeker onder invloed van de 'verkeerde' Führer, gemakkelijk gemanipuleerd worden. Wie de keuze maakt voor de massa, moet daarom onvermijdelijk accepteren dat de massa ook kan ontsporen en onder invloed van de verkeerde *Führer* een verkeerde weg in kan slaan. Dit is precies wat er gebeurde in de nadagen van de Weimarrepubliek en later tijdens de opbouw van het misdadige Derde Rijk.

Tevens kan worden gewezen op het feit dat het autoritaire karakter van de staat niet veranderde. In zekere zin is de Weimardemocratie een voortzetting van het Tweede Keizerrijk. De uitgangspunten van de autoritaire staat bleven gewaarborgd, maar de plaats waar de staatsmacht gelegen is – ofwel bij de Keizer, ofwel bij het volk – verschoof. In zekere zin droeg deze autoritaire traditie, zeker in combinatie met Webers idee van de *Führerdemokratie,* bij aan het vestigen van een systeem dat uiteindelijk kon uitmonden in het Derde Rijk.

Geconcludeerd kan dan ook worden dat de tekst van de constitutie die in 1919 tot stand kwam niet specifiek lijkt te hebben bijgedragen aan de ondergang van de Duitse democratie in 1933 of in ieder geval dat de opstellers van deze constitutie de latere controverse omtrent enkele artikelen maar in beperkte mate hebben (kunnen) voorzien. Dat de interpretatie van bepaalde artikelen – of de opvulling van 'leemten' in de constitutie – zich uiteindelijk heeft ontwikkeld op een manier die bijdroeg aan de ondermijning (en ondergang) van de democratie lijkt dan ook vooral gebaseerd te zijn op verschillende gebeurtenissen die de ontwikkeling richting een sterk verankerde democratische traditie onmogelijk hebben gemaakt (en die in hoofdstuk 2 zijn besproken) en de op macht gerichte inslag van het wetspositivisme, dat ook dominant bleef in de uitgangspunten van de Weimardemocratie.

Zowel de crises als de uitgangspunten van het Duitse staatsrecht waren van grote invloed van de manier waarop de staat en de rechtstheoretische debatten zich ontwikkelden in de Weimarrepubliek. Deze thematiek staat centraal in de volgende hoofdstukken, waarin ik achtereenvolgens de opvattingen van Hans Kelsen, Carl Schmitt, Rudolf Smend en Hermann Heller bespreek.

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.[704]

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 fundamenten 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.[705]

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).[706] 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

[704] Sandrine Baume, *Hans Kelsen and the case for democracy* (John Zvesper vert.), Colchester: ECPR Press 2012, p. 80.
[705] Christoph Gusy, *100 Jahre Weimarer Verfassung. Eine gute Verfassung in schlechter Zeit,* Tübingen: Mohr Siebeck 2018, p. 31.
[706] 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.[707]

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.[708] 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.[709]

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

[707] 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.
[708] 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.
[709] 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?[710]

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.[711] 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.[712] 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.[713] Daarnaast zijn Kelsens opvattingen van invloed geweest op het denken over de huidige parlementaire democratie.[714] Zoals de Amerikaanse politicoloog John McCormick (geb. 1954) beschrijft, was Kelsen een belangrijke verdediger van de democratische staatsvorm en diende het recht volgens hem

[710] Wolfgang Mommsen, *Max Weber and German Politics 1890-1920* (Michael Steinberg vert.), Chicago/Londen: The University of Chicago Press 1990, p. 163.
[711] Caldwell 1997, p. 6.
[712] 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.
[713] 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.
[714] Carrozza 2017, p. 79.

voornamelijk om deze democratische staatsvorm te verwezenlijken.[715] 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.[716] 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.[717] 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).[718] 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[719] – in zijn *Reine Rechtslehre* (1934).[720] 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.[721]

§ 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).[722]

---

[715] 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.
[716] Eerik Lagerspetz, 'Kelsen on Democracy and Majority Decision', *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 103, 2017/2, p. 155.
[717] 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
[718] Langford, Bryan & McGarry 2017, p. 1.
[719] Caldwell 1997, p. 88.
[720] Langford, Bryan & McGarry 2017, p. 2.
[721] 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.
[722] 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.[723] 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".[724]

De hiervoor genoemde *jurisprudential antinomy* gaat ervan uit dat beide stromingen binnen de rechtsfilosofie elkaar uitsluiten.[725] 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.[726] 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.[727] 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.[728] Kähler vat zijn positive 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".[729]

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 – gedoeld 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 Kälher, '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.

[723] Paulson 2002, p. xxv. Zie voor dit onderscheid tevens Kähler 2017, p. 25.

[724] Paulson 2002, p. xxv-xxvi.

[725] Paulson 2002, p. xxi.

[726] Paulson 2002, p. xxvii. Zie over de mogelijkheid van deze optie Kähler 2017, p. 23-41.

[727] 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.

[728] Kähler 2017, p. 24.

[729] Kälher 2017, p. 25.

taal, vrij van geschiedenis' betekent. De zuivere rechtsleer is een leer die geen rekening houdt met de reële geschiedenis.[730] 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-juridical form of thinking based on politics".[731] 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.[732]

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.[733] 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.[734]

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

---

[730] 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).

[731] 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.

[732] 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.

[733] 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.

[734] Lars Vinx, *Hans Kelsen's Pure Theory of Law,* Oxford: Oxford University Press 2007, p. 30.

[735] Kelsen 2002, p. 2.

[736] 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".[737] 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".[738] 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.[739] 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:[740] "[it] expresses the unique sense in which the material facts belonging to the system of law are posited in their reciprocal relation".[741] De toerekening kan worden beschreven met *ought*, hetgeen het normatieve karakter van de rechtswetenschap uitdrukt.[742]

De normen waaruit het recht bestaat vormen samen een systeem: het rechtssysteem.[743] 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'.[744] 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

[737] Kelsen 2002, p. 11.
[738] 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.
[739] Kelsen 2002, p. 22.
[740] Kelsen 2002, p. 23.
[741] Kelsen 2002, p. 24.
[742] Kelsen 2002, p. 26.
[743] 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.
[744] 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".[745] Het gaat hierbij niet enkel om het identificeren van objectieve betekenis, maar ook om het uitleggen van de normatieve betekenis van wettelijke handelingen.[746]

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*).[747] 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.[748] 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.[749] Met andere woorden, de grondnorm fundeert de geldigheid van de andere normen in het rechtssysteem.

In de moderne samenleving – in Webers 'onttoverde wereld'[750] – 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 *vooronderstelde* door het individu, omdat er geen ultieme grond van legitimiteit bestaat.[751] Deze vooronderstelling van de legitimiteit – of de

[745] Vinx 2007, p. 34.
[746] Vinx 2007, p. 35.
[747] Kelsen 2002, p. 55. In eerdere werken heeft Kelsen het over de oorsprongsnorm [*Ursprungsnorm*], een term die hij later zou vervangen door grondnorm [*Grundnorm*].
[748] Kelsen 2002, p. 55-56.
[749] 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 vooronderstelde is, terwijl Hart betoogt dat de *rule of recognition* het resultaat zijn van een sociale praktijk. Zie Hart 2012, p. 100 e.v..
[750] 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.
[751] 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.[752]

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".[753]

De geldigheid van deze Grondnorm moet aldus worden aangenomen of voorondersteld. Het is, met andere woorden, een hypothetisch fundament.[754] Hieruit volgt een ander essentieel kenmerk van het recht: het regelt zijn eigen totstandkoming.[755] 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.[756]

De normen vormen, zoals in het citaat hierboven tot uitdrukking komt, een hiërarchische ordening.[757] 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".[758] Het hoogste niveau van deze *Stufenbau* is de constitutie op basis waarvan het positieve recht zijn eigen totstandkoming regelt.[759] Daarna komen algemene normen die tot stand worden gebracht in het wetgevingsproces,[760] de toepassing van deze normen in een rechtsproces [*adjudication*],[761] door de

---

[752] Peterson 2017, p. 65.
[753] 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.
[754] Kelsen 2002, p. 58.
[755] Kelsen 2002, p. 63. Zie ook Carrozza 2017, p. 88.
[756] Kelsen 2002, p. 63-64.
[757] Kelsen 2002, p. 64.
[758] Carrozza 2017, p. 88.
[759] Langford, Bryan & McGarry 2017, p. 8-9.
[760] Kelsen 2002, p. 65.
[761] Kelsen 2002, p. 67.

uitvoerende macht[762] en in de 'legal transaction'.[763] Het recht is hiermee een volledige hiërarchische eenheid.[764] 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.[765] 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.[766] 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".[767]

Een ander belangrijk kenmerk van Kelsens *Reine Rechtslehre* is dat recht en Staat volledig samenvallen.[768] 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.[769] 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.[770]

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.[771] 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.

---

[762] Kelsen 2002, p. 68-69.
[763] Kelsen 2002, p. 69.
[764] Baume 2012, p. 35; Caldwell 1997, p. 91.
[765] Kelsen 2002, p. 70.
[766] 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.
[767] Kelsen 2002, p. 83.
[768] Kelsen 2002, p. 97, 105.
[769] Caldwell 1997, p. 90.
[770] Kelsen 2002, p. 106.
[771] 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 gegenereerd.[772] 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.[773] In het klimaat van antipathie jegens de parlementaire democratie gedurende de Weimarrepubliek was Kelsen een van de weinige verdedigers.[774] 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.[775]

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).[776] 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.[777] 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.[778]

Kelsen had daarnaast de Grondwet van de Weimarrepubliek in zijn achterhoofd toen hij de Oostenrijkse Grondwet van 1 oktober 1920 opstelde.[779] Mede daarom kunnen zijn beschouwingen worden gezien als een onderdeel van de methodenstrijd in Duitsland.[780] 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.[781] 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.[782] Daarnaast werd gekozen voor het instellen van een

[772] Zie Baume 2012, p. xi.
[773] Baume 2012, p. xvi.
[774] Baume 2012, p. 25.
[775] Champeil-Desplats 2017, p. 176; Baume 2012, p. xvii, 1.
[776] Nikolaos Vagdoutis, *Hans Kelsen and Carl Schmitt in Weimar: a Riddle of Political Constitutionalism,* ProQuest Dissertation Publishing 2018, p. 216.
[777] Vagdoutis 2018, p. 217.
[778] Vagdoutis 2018, p. 218; Baume 2012, p. 28.
[779] Vagdoutis 2018, p. 224.
[780] Vagdoutis 2018, p. 220.
[781] Vagdoutis 2018, p. 225; Baume 2012, p. 2-3; Caldwell 1997, p. 86. Zie ook Carrozza 2017, p. 78.
[782] 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).[783]

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.[784] 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.[785] 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.[786] Deze fictie is noodzakelijk, aangezien het orgaan zelf geen wil kan hebben, deze kan hem enkel worden toegerekend.[787]

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.[788] 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?[789] 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

[783] Vagdoutis 2018, p. 227.
[784] Jestaedt & Lepsius 2006, p. xx.
[785] Jestaedt & Lespius 2006, p. xx.
[786] 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.
[787] Jestaedt & Lepsius 2006, p. xx.
[788] 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.
[789] Zie bijvoorbeeld Vinx 2007, p. 105.

begrippen is vereist – een dergelijke synthese is voor hem het kenmerk van democratie bij uitstek.[790] 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.[791]

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".[792] 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].[793]

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.[794] 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

[790] Kelsen 2006, p. 3. Zie eveneens 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. 54.
[791] Kelsen 2006, p. 3.
[792] Jean-Jacques Rousseau, *Het maatschappelijk verdrag* (Bert van Roermund vert.), Amsterdam: Boom 2015, p. 53.
[793] Rousseau 2015, p. 64.
[794] 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.[795]

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.[796] 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.[797]

Zijn realistisch alternatief stelt dat democratie niet wordt gekenmerkt door een fictieve eenheid van het volk,[798] 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.[799] In een pluralistische samenleving wordt middels het ideaal van meerderheidsvertegenwoordiging de politieke vrijheid gemaximaliseerd:[800] "[..] the majority principle maximizes the number of those citizens who obey themselves rather than an alien will".[801] Deze meerderheidsvertegenwoordiging vindt plaats door politieke partijen, die de wil van een bepaald deel van het volk vertegenwoordigen.[802] Kelsen is hiermee een van de weinigen van zijn tijd die zich een expliciete voorstander betuigt van politieke partijen.[803]

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.[804] 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?[805]

---

[795] Rousseau 2015, p. 142.
[796] Zoals aangehaald in Carl Schmitt, *The crisis of parliamentary democracy* (Ellen Kennedy vert.), Cambridge/MA: The MIT Press 1985, p. 26.
[797] Lagerspetz 2017, p. 156.
[798] Kelsen 2006, p. 22.
[799] Baume 2012, p. 20.
[800] Lagerspetz 2017, p. 167.
[801] Lagerspetz 2017, p. 167.
[802] Baume 2012, p. 23.
[803] Baume 2012, p. 24.
[804] 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.
[805] 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.[806] 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'.[807] 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.[808] Samengevat: "[d]emocracy means only that the people have the opportunity of accepting or refusing the men who are to rule them".[809] 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.[810]

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')[811] – 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

[806] Vinx 2007, p. 113.
[807] Joseph Schumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy,* New York/Londen/Toronto/Sydney/New Delhi/Auckland: Harper Perennial Modern Thought 2008, p. 269.
[808] Schumpeter 2008, p. 273.
[809] Schumpeter 2008, p. 284-285.
[810] Vinx 2007, p. 114.
[811] 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.[812]

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).[813] 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 betrekt bij de oordeelsvorming en hiermee deze minderheid ook vertegenwoordigt.[814] 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.[815] 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.[816] Kelsen is een voorstander van proportionele vertegenwoordiging aangezien dit de meest realistische weergave is van de politieke voorkeur van het volk.[817]

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

[812] Vinx 2007, p. 114.
[813] Zie hiervoor Baume 2012, p. 29.
[814] Kelsen 2006 (1925), p. 58. Zie eveneens Vagdoutis 2018, p. 237-238.
[815] Kelsen 2006 (1920), p. 9.
[816] Kelsen 2006 (1920), p. 10.
[817] Baume 2012 (1920), p. 30.

afgewogen'.[818] 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.[819] 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.[820]

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 *vooronderstelt* te worden; juist op deze vooronderstelling berust de normativiteit van de gehele rechtsorde.[821] 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 genoegen moet worden genomen met het meerderheidsbesluit als de best mogelijke benadering van de identiteit tussen de regeerders en de geregeerden.[822]

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.[823] 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.[824]

---

[818] 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.
[819] Baume 2017, p. 79
[820] Baume 2017, p. 82-83.
[821] Kelsen 2002, p. 58.
[822] Vinx 2007, p. 119.
[823] Baume 2017, p. 79.
[824] 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.[825]

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.[826] 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.[827] 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*].[828] 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

[825] Baume 2017, p. 81.
[826] Jestaedt & Lepsius 2006, p xxiii.
[827] Jestaedt & Lepsius 2006, p. xxiv.
[828] 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'.[829] 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.[830] 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'.[831] In dit verband pleit Mill voor een grote mate van vrijheid van meningsuiting.[832]

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 het majority's decisions".[833]

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

---

[829] 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.
[830] John Stuart Mill, *Over vrijheid* (W.E. Krul vert.), Amsterdam: Boom 2002, p. 38-39.
[831] Mill 2002, p. 39-40.
[832] Zie Mill 2002, p. 53 e.v. Zie voor een samenvatting van Mills argumenten Mill 2002, p. 97-98.
[833] 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.[834] 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.[835] 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'.[836] 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,[837] is van mening dat constitutionele toetsing essentieel is voor een democratische staat.[838] 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.[839] 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.[840] De Weimargrondwet kan in deze zin een formele constitutie worden genoemd: de

[834] Zie hiervoor Jestaedt & Lepsius 2006, p. xxiii.
[835] 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.
[836] Vinx 2007, p. 145.
[837] Caldwell 1997, p. 87.
[838] Baume 2012, p. 34.
[839] Kelsen 2005, p. 40.
[840] 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.[841] 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.[842]

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[843] – 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.[844] 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.[845]

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

---

[841] Kelsen 2015, p. 71.
[842] Kelsen 2015, p. 71-72.
[843] Vinx 2007, p. 151. Zie tevens Isabel Vidal, 'Chapter 8. Kelsen and Legal Intepretation', in: Peter Langford, Ian Bryan & John McGarry, *Kelsenian Legal Science and the Nature of Law,* Cham: Springer 2017, p. 143-144.
[844] Vinx 2007, p. 208-209.
[845] Kelsen 2015, p. 22.
[846] Vinx 2007, p. 151.

bepalen.[847] 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. [848] Vinx omschrijft dat het constitutioneel hof volgens Kelsen dan ook 'passief' handelt (door het toetsen) en niet 'actief' handelt (de wetten toepast).[849] 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.[850] 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 gehoorzamende rechters een welhaast volkomen rechtszekerheid waarborgen [..]".[851] 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'.[852] 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.[853]

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

[847] Vinx 2007, p. 152.
[848] Kelsen 2005, p. 45; Vinx 2007, p. 153.
[849] Vinx 2007, p. 154.
[850] Charles Louis de Montesquieu, *Over de geest van de wetten* (J. Holierhoek vert.), Amsterdam: Boom Amsterdam 2006, p. 220.
[851] Gerardus Johannes Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 13.
[852] Montesquieu 2006, p. 227.
[853] 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".[854] 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.[855] 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.[856] 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.[857] 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.[858] 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').[859]

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.[860] 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

[854] Kelsen 2015, p. 23.
[855] Kelsen 2015, p. 46.
[856] Zie Champeil-Desplats 2017, p. 188-189.
[857] Kelsen 2005, p. 47.
[858] Kelsen 2005, p. 46.
[859] Madison 2008, p. 257.
[860] 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.[861]

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[862] 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.[863]

Het constitutioneel hof zal zich in een democratie voornamelijk bezighouden met het toetsen van wetgeving die is uitgevaardigd door het parlement.[864] 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.[865] 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'.[866] 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.[867]

§ 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

---

[861] Kelsen 2015, p. 61.
[862] 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.
[863] Kelsen 2015, p. 45.
[864] Kelsen 2001, p. 48-49.
[865] Kelsen 2015, p. 30.
[866] Kelsen 2015, p. 50.
[867] 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.[868] 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.[869] Met andere woorden, in de moderne opvatting van vrijheid is er voor burgers een privésfeer waarin ze zichzelf naar eigen inzicht kunnen ontplooien en mogen doen en zeggen wat ze willen zonder door de autoriteiten te worden belemmerd.[870] 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'.[871] 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.[872] Het individu was, zoals Constant het zelf verwoordt, als het ware opgeslokt door het volk.[873]

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'.[874] 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".[875]

---

[868] Benjamin Constant, *De waarde van vrijheid* (Hans van Cuijlenborg vert.), Amersfort: Wilco, Elsevier Boeken 2015, p. 39.
[869] Constant 2015, p. 43-45.
[870] 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.
[871] Constant 2015, p. 45.
[872] Constant 2015, p. 45, 47.
[873] Constant 2015, p. 49.
[874] Berlin 2018, p. 11.
[875] Zoals aangehaald in Lagerspetz 2017, p. 163.

De negatieve opvatting van vrijheid kan tevens in verband worden gebracht met John Stuart Mill.[876] Mill gaat in *On Liberty* in op de maatschappelijke of burgerlijke vrijheid: 'de aard en begrenzingen van de macht die de samenleving rechtens kan uitoefenen over het individu'.[877] Hij maakt een duidelijk onderscheid tussen de handelingssfeer van de maatschappij en de handelingssfeer van het individu.[878] 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]'.[879] 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.[880] 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.[881] 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".[882]

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?'[883] 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.[884]

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

[876] Zie Mill 2002, p. 135.
[877] Mill 2002, p. 35.
[878] Zie bijvoorbeeld Mill 2002, p. 48.
[879] Mill 2002, p. 45.
[880] Mill 2002, p. 127.
[881] Mill 2002, p. 128.
[882] Mill 2002, p. 150.
[883] Berlin 2018, p. 11.
[884] Lagerspetz 2017, p. 163.

samenvallen van beide onmogelijk is in de hedendaagse maatschappij.[885] 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.[886] Hieruit wordt duidelijk dat de democratie ofwel de 'identity thesis' moet verwerpen ofwel met een zwakkere variant ervan genoegen moet nemen. Kelsen betoogt dat in een pluralistische samenleving het ideaal van meerderheidsvertegenwoordiging politieke vrijheid maximaliseert:[887] "[..] the majority principle maximizes the number of those citizens who obey themselves rather than an alien will".[888] 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.[889] 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.[890]

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.[891] 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'.[892]

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

[885] Kelsen 2006 (1920), p. 27.
[886] Lagerspetz 2017, p. 166.
[887] Lagerspetz 2017, p. 167.
[888] Lagerspetz 2017, p. 167.
[889] Champeil-Desplats 2017, p. 178.
[890] Baume 2012, p. 13.
[891] Baume 2012, p. 13.
[892] 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 *Verteidigung der Demokratie* (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.[893] 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.[894] 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.[895] 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.[896] 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.[897] 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.[898]

Het relativistische kenmerk van democratie houdt verband met Kelsens denkbeelden over legaliteit en met zijn methodologische denkbeelden over een autonome rechtswetenschap.[899] 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.[900]

[893] Kelsen 2006 (1932), p. 230.
[894] Kelsen 2006 (1920), p. 31.
[895] Kelsen 2006 (1926), p. 236.
[896] Kelsen 2006 (1920), p. 32.
[897] Zie ook Baume 2012, p. 14.
[898] Kelsen 2006 (1926), p. 135.
[899] 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.
[900] 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,[901] 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).[902] 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.[903] 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.[904] 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,[905] 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

[901] Kelsen 2006 (1929), p. 153.
[902] Kelsen 2006 (1929), p. 154. Zie tevens Kelsen 2006 (1932), p. 229-230.
[903] Kelsen 2006 (1932), p. 231.
[904] Kelsen 2006 (1932), p. 232.
[905] 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 einig ist, als in dem Willen, die Demokratie zu zerstören'.[906] 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".[907]

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.[908] 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.[909]

De formele democratieopvatting kreeg na de machtsovername van Adolf Hitler op 23 maart 1933 (zie paragraaf 2.7.2) flinke kritiek de 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

---

[906] Kelsen 2006 (1932), p. 237.
[907] Kelsen 2006, (1932) p. 237.
[908] 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.
[909] Zie voor dit onderscheid bijvoorbeeld Santos 2015, p. 392; Gelijn Molier, 'Drie typen van weerbare democratie', Afshin Ellian, Gelijn 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, Gelijn Molier & Bastiaan Rijpkema (red.), *De strijd om de democratie. Essays over democratische zelfverdediging,* Amsterdam: Boom 2018, p. 140.

te kunnen verdedigen tegen dergelijke partijen.[910] 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).[911] 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.[912] Dit sluit aan bij de opvatting van zijn collega Willem Adriaan Bonger (1876-1940) die erop wijst dat van een democratie niet kan worden verlangd dat zij zelfmoord pleegt.[913]

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*).[914] 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".[915] Weerbare democratie betekent kort gezegd dat de democratie maatregelen neemt om zich te verdedigen tegen haar antidemocratische vijanden.[916] 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*].[917] 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

---

[910] 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".

[911] 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.

[912] 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.

[913] Zoals aangehaald in Rijpkema 2014, p. 41.

[914] 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 & András Sajó (red.), *The Oxford Handboek of Comparative Constitutional Law,* New York: Oxford University Press 2012, p. 1260.

[915] Müller 2012, p. 1254.

[916] 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.

[917] De ideeën van Loewenstein klinken rechtstreeks door in de huidige Duitse constitutie. Zie hiervoor Müller 2012, p. 1259 en András Sajó, 'Militant Democracy and Transition towards Democracy', in: András 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.[918]

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.[919] 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 vooronderstelt 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 (wetenschaps)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

[918] Zie hiervoor Müller 2012, p. 1264. De Duitse weerbare democratie neemt een unieke positie in.
[919] '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.

Hoofdstuk 6

Carl Schmitt: de onvermijdelijke vijand

Das Normale beweist nichts, die Ausnahme beweist alles; sie bestätigt nicht nur die Regel, die Regel lebt überhaupt nur von der Ausnahme. In der Ausnahme durchbricht die Kraft des wirklichen Lebens die Kruste einer in Wiederholung erstarrten Mechanik.[920]

Carl Schmitt (1888-1985)

§ 6.1. Inleiding

In het vorige hoofdstuk stond de democratieopvatting van Hans Kelsen centraal. Duidelijk werd dat de formele democratie-opvatting van Kelsen weerloos staat tegenover de Weimardemocratie vijandige groeperingen. Hoewel Kelsen zich een tegenstander betuigt van het wetspositivisme, biedt zijn theorie geen uitkomst tegenover de dominante van de staat ten opzichte van het recht. Sterker nog, zijn theorie bevestigt deze. Volgens Sandrine Baume heeft deze formele democratieopvatting van Kelsen ervoor gezorgd dat zijn werk na de Tweede Wereldoorlog weinig aandacht heeft gekregen.[921] Niets is minder waar wat betreft de periode van de Weimarrepubliek, waarbinnen het werk van Kelsen van centrale betekenis was en flink bediscussieerd werd. Een van de belangrijkste tegenstanders van Kelsens werk was Carl Schmitt.[922] Schmitt, net als Kelsen een van de belangrijkste rechtsgeleerden van de Weimarrepubliek,[923] vond dat de enkele nadruk op legaliteit het belang van de beslissing binnen de rechtsorde – voornamelijk de beslissing in de uitzonderingstoestand – tekortdeed.[924]

Schmitt was kritisch op de parlementaire democratie ten tijde van de Weimarrepubliek. Hij weet het verval van deze vorm van democratie voornamelijk aan de verbinding met het liberalisme. Het is bijzonder interessant om deze kritiek van Schmitt onder de loep te nemen aangezien het liberalisme – en de 'liberale democratie' – nog steeds een belangrijke rol speelt in de huidige constitutionele werkelijkheid. Müller kiest voor zijn werk *A dangerous mind. Carl Schmitt in post-war European thought* (2003) niet voor niets het volgende motto, een citaat van Berlin: "I am bored by reading people who are allies, people of roughly the same views. What is interesting is to read the enemy, because the enemy penetrates the defences". De Belgische politicoloog en filosoof Chantal

[920] Carl Schmitt, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität,* Berlijn: Duncker & Humblot 1996, p. 21.
[921] Baume 2012, p. xviii.
[922] Baume 2012, p. 15.
[923] Tracey Strong, 'Foreword. The Sovereign and the Exception: Carl Schmitt, Politics, Theology, and Leadership', in: Carl Schmitt, *Political Theory. Four Chapters on the Concept of Sovereignty* (George Schwab vert.), Chicago/Londen: The University of Chicago Press 2005, p. vii.
[924] Baume 2012, p. 10.

Mouffe (geb. 1943) beschrijft iets soortgelijks: "Schmitt is an adversary from whom we can learn, because we can draw on his insights".[925]

Het werk *Politische Romantik* (1919) kan worden aangewezen als beginpunt van Schmitts kritiek op het liberalisme. Hij schreef dit werk tijdens de winter van 1918 en publiceerde het begin 1919, net nadat de constitutionele conventie bijeen was gekomen in Weimar.[926] Volgens Schmitt was het politiek romanticisme, dat probeert een wettelijke en ethische beslissing te vermijden, verantwoordelijk voor de crisis waar de Duitse Staat aan ten prooi was gevallen. Schmitt werd gedurende de eerste jaren van de Weimarrepubliek geassocieerd met politiek katholicisme.[927] Dit is niet verwonderlijk aangezien theologie een belangrijke rol speelt in het werk van Schmitt. Schmitt wenst de Antichrist te weerhouden, met deze Antichrist dreigt immers de wetteloosheid of de burgeroorlog. De Nederlandse rechtsgeleerde Gerhard Hoogers wijst erop dat de burgeroorlog pas: "[..] kan ontstaan waar het gezag van de staat is weggevallen. De staat dient derhalve een sterke staat te zijn, die bij machte is om zijn onderdanen te beschermen tegen wetteloosheid en burgeroorlog".[928] Deze nadruk op de sterke staat, als tegenwicht van de verdeeldheid en chaos die verbonden is met het menselijk bestaan, is terug te zien in veel werken van Schmitt.[929] In de eerste fase van zijn werk is deze nadruk verbonden met een culturele kritiek van de moderne samenleving en de geschiedenis van dominante politieke concepten.[930] Tot deze fase behoren naast *Politische Romantik* ook *Die Diktatur* (1921)*, Politische Theologie* (1922) en *Die geistesgeschichtliche Lage der Heutigen Parlamentarismus* (1923). In de eerste paragrafen van dit hoofdstuk staan deze werken centraal.

In de tweede fase van het werk van Schmitt kwamen zijn politiek-filosofische standpunten volledig tot uitdrukking. Peter Caldwell beschrijft dat de constitutionele theorie die Schmitt tot ontwikkeling brengt berustte op drie veronderstellingen. Ten eerste dat er een uniforme wil binnen de Staat bestaat, ten tweede dat deze uniforme wil gerepresenteerd kan worden door het staatshoofd (de Rijkspresident) en ten derde dat dit staatshoofd – dat Schmitt beschouwt als de soeverein – maatregelen kan nemen om aan te sluiten bij de concrete situatie en hiermee bij de politieke behoeften

---

[925] Mouffe 2009, p. 57. In dit proefschrift gaat het echter om het beschrijven van Schmitts argumentatie en de analyse hiervan in het licht van de constitutionele geschiedenis van de Weimarrepubliek. Het voortborduren op Schmitts inzichten valt buiten de reikwijdte van dit proefschrift en geeft aanleiding tot verder onderzoek, maar in enkele voetnoten besteed ik hier wel (kort) aandacht aan.

[926] Ellen Kennedy, *Constitutional Failure. Carl Schmitt in Weimar,* Durham/Londen: Duke University Press 2004, p. 48.

[927] 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. xiv.

[928] Hoogers 1999, p. 199. Zie tevens Hoogers 1999, p. 205.

[929] Zie onder andere Hirst 1999, p. 14; Grishaw 2013, p. xli; Taubes 2017, p. 79; De Wilde 2008, p. 8, 106-107. De bespreking van het begrip van de *kat-echon* als tegenhouder van de Antichrist (en het einde der tijden, met andere woorden: de chaos) uit Bijbelvers 2 Tessalonicenzen 2:6-8 valt buiten de reikwijdte van dit proefschrift. Een bespreking van Schmitts politieke theorie ontkomt echter nooit geheel aan een bespreking van zijn politieke theologie, vandaar dat er in dit hoofdstuk wel enkele malen naar wordt verwezen.

[930] Kennedy 1985, p. xvi; Caldwell 1997, p. 87.

van de gehele Staat. Artikel 48 lid 2 van de Weimargrondwet was het middel hiertoe.[931] De belangrijkste werken uit de tweede fase van het werk van Schmitt zijn *Verfassungslehre* (1928), *Der Hüter der Verfassung* (1931), *Der Begriff des Politischen* (1932) en *Legalität und Legitimität* (1932). Deze werken staan centraal in het tweede deel van dit hoofdstuk.

Het doel van het bespreken van de werken van Schmitt is antwoord geven op de vraag of zijn theorie aanknopingspunten biedt om de democratie te verdedigen tegenover haar mogelijke vijanden en specifiek tegenover het nationaalsocialisme in de context van de Weimarrepubliek. Of is het tegenovergestelde het geval: draagt Schmitts theorie juist bij aan de machtsovername van de nazi's en de verdere uitbouw van de totalitaire machtsstructuur? Met andere woorden: in hoeverre bieden de rechtsfilosofische opvattingen van Carl Schmitt, die een fel tegenstander was van zowel het Duitse wetspositivisme als van de legalistische rechtstheorie van Kelsen, aanknopingspunten om de Weimardemocratie te verdedigen tegen vijandige tendensen?

§ 6.2. Democratische dictatuur of dictatoriale democratie?

In 1921 verscheen het werk *Die Diktatur: von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedanken bis zum proletarischen Klassenkampf*. In dit werk neemt de rol van het recht enerzijds en de rol van de uitvoerende macht anderzijds een centrale plaats in. Zoals de Duitse filosoof en theoloog Michael Hoelzl (geb. x) en de Britse theoloog Graham Ward (geb. 1955) beschrijven in het voorwoord bij de Engelse vertaling van *Die Diktatur* leidde dit onderscheid al voor 1921 tot een voor Schmitt belangrijk onderscheid tussen wetten [*Gesetz*] en maatregelen [*Maßnahme*].[932] Een maatregel vereist een bepaalde vorm van actie, die niet van tevoren is vastgelegd en heeft dus een andere inhoud al naar gelang de omstandigheden veranderen.[933] De wet, daarentegen, is gericht op een algemeen principe.[934]

Schmitt beschrijft in *Die Diktatur* de ontwikkeling van de dictator door de tijd: de transitie van de 'dictatorship of reformations' naar 'dictatorship of revolutions' op basis van de *pouvoir constituant* van het volk,[935] waarbij hij tevens in gaat op de oorsprong van de geschreven constitutie.[936] In de vroegmoderne tijd bestond volgens hem een vorm van dictatuur die door hem als de 'commissariële dictatuur' wordt aangeduid. Kenmerkend voor deze vorm van dictatuur is dat de dictator, ten eerste, handelt op last van iemand anders en, ten tweede, dat zijn taak beperkt is – hij werd bijvoorbeeld benoemd in tijden van crisis, zoals ten tijde van een (burger)oorlog. De dictator in de vroegmoderne tijd bezat geen soevereiniteit. Soevereiniteit betekent namelijk, in navolging van de Franse politiek

[931] Caldwell 1997, p. 115.
[932] Hoelzl & Ward 2016, p. xi.
[933] Schmitt 2016, p. 214.
[934] Schmitt 2016, p. 215.
[935] Schmitt 2016, p. xliv.
[936] Caldwell 1997, p. 98.

filosoof Jean Bodin (1530-1596), het uitoefenen van absolute en permanente macht.[937] Dit is niet het geval bij de dictator in de vroegmoderne tijd wiens taak juist inhoudelijk beperkt is. Kortom, in de vroegmoderne tijd waren de soeverein en de dictator van elkaar gescheiden.[938]

Dit onderscheid verdween tijdens de Franse Revolutie (1789), waarbij de Franse absolute vorst werd afgezet.[939] Na deze afzetting ontstond chaos en klonk de roep om een nieuwe constitutie. De *gouvernement révolutionnaire* die bijeenkwam op 20 september 1792 claimde hierop het gezag om deze nieuwe constitutie tot stand te brengen. De eenvoudige conclusie in dit verband zou zijn dat de *gouvernement révolutionnaire* hiermee soevereiniteit claimde. Echter, volgens Schmitt was dit niet het geval. De *gouvernement révolutionnaire* verklaarde dat zij de nieuwe constitutie tot stand bracht *in naam van* het Franse volk.[940] Met andere woorden, het Franse volk was de *pouvoir constituant*.[941] Hiermee ontstond de figuur van de soevereine dictator. Deze nieuwe vorm van dictatuur wordt volgens Schmitt mogelijk dankzij de filosofie van Rousseau (zie tevens paragraaf 5.6), die enerzijds gekenmerkt wordt door het volk dat verschijnt als een onmiddellijke en ongeorganiseerde massa en anderzijds met het idee dat de regering door het volk wordt gegeven en daarmee de commissaris van het volk wordt, die op ieder moment richting kan worden gegeven door het volk.[942]

Waar de soevereine dictator het mogelijk maakt dat er überhaupt een constitutionele orde tot stand komt, is het kenmerkend voor de commissariële dictator dat hij de constitutionele orde beschermt: hij schort de constitutie op om haar concrete vorm te beschermen.[943] Het belangrijkste verschil tussen beide is dat soevereine dictator inhoudelijk beperkt is tot het volbrengen van een enkele taak (namelijk het tot stand brengen van de constitutionele orde), terwijl de commissariële dictator onbeperkt is wat betreft het nemen van de noodzakelijke maatregelen ter bescherming van de constitutie. De commissariële dictatuur vormt daarom de kern van het staatsnoodrecht:

---

[937] 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. 25. Zie voor een verdere uitwerking van Bodins theorie ook Schmitt 2016, p. 25. Schmitt beschrijft in *Politische Theologie* dat, hoewel deze definitie van soevereiniteit zo bekend is geworden, het interessante van Bodins theorie is dat hij steeds de vraag opwerpt in hoeverre de soeverein verantwoordelijkheid dient af te leggen aan de deelstaten. Zie hiervoor Carl Schmitt, *Political Theology. Four chapters on the concept of sovereignty* (George Schwab vert.), Chicago/Londen: The University of Chicago Press 2005, p. 8.

[938] Dit is een korte weergave van hetgeen in Schmitt 2016, p. 132-147 uiteen wordt gezet. Gedeeltes van hetgeen hierna uiteen wordt gezet zijn gebaseerd op Raisa Blommestijn, *De politieke beslissing in het recht. Een rechtsfilosofische verkenning van de verhouding tussen soevereiniteit en recht,* masterscriptie, te raadplegen via: https://studenttheses.universiteitleiden.nl/handle/1887/57995.

[939] Zie voor de ontwikkeling van de democratie in Frankijk na de onthoofding van de koning bijvoorbeeld Claude Lefort, *Wat is politiek?* (Pol van de Wiel & Bart Verheijen vert.), Amsterdam: Boom Klassiek 2016, p. 46 e.v.; Pol Van de Wiel & Bart Verheijen, 'Inleiding – Wat is politiek?' in: Lefort, C., *Wat is politiek?* (Pol van de Wiel & Bart Verheijen vert.), Amsterdam: Boom Klassiek 2016, p. 15 e.v..

[940] Schmitt 2016, p. 132-147.

[941] Schmitt 2016, p. 127-128.

[942] Schmitt 2016, p. 19.

[943] Schmitt 2016, xliii.

> Constitutional emergency law is based on the fact that, in an extreme and unpredicted situation, any organ of the state that has the power to act leads the way outside or against constitutional provisions, in order to save the existence of the state and to do what the concrete situation requires.[944]

Schmitt beschrijft in de appendix bij *Die Diktatur* (dit stuk kwam tot stand na een conferentie in Jena in 1924 en is later bij het boek gevoegd) de ontwikkeling van de dictatuur binnen de Duitse Staat. Volgens hem is het kenmerkend voor het Duitse staatsrecht vanaf de negentiende eeuw dat de bevoegdheidsoverdracht aan de dictator niet meer, zoals dit van oudsher het geval was, inhoudelijk onbeperkt was maar wordt de dictatuur nu beperkt tot een aantal vooraf bepaalde bevoegdheden:[945] "[i]t is no longer the constitution as a whole that is suspended, but rather several concrete liberties; nor are these suspended without qualification, but only by naming the permissible intrusions".[946] Dit resulteert erin dat de figuur van de soevereine dictator en de commissariële dictator steeds minder duidelijk van elkaar gescheiden zijn en leidt volgens Schmitt tot problemen wat betreft de interpretatie van de bevoegdheden van de dictator.[947]

Dit is volgens hem tevens te zien in de inconsistentie van artikel 48 van de Weimargrondwet. Op basis van het eerste lid kan de Rijkspresident namelijk *alle* maatregelen nemen die hij noodzakelijk acht om de publieke orde te herstellen (de inhoudelijke onbeperktheid die van oudsher kenmerkend was voor de commissariële dictator), terwijl hij op basis van het tweede lid slechts *enkele* in het artikel genoemde constitutionele rechten op kan schorten (een inhoudelijke beperking, die in strijd is met de historische oorsprong van de commissariële dictator).[948] Schmitt beschrijft dat in de dominante interpretatie van artikel 48 – door bijvoorbeeld Gerhard Anschütz (1867-1948) in *Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919* (1921) – wordt aangenomen dat de beperking van lid 2 tevens van toepassing is op de bevoegdheden in lid 1. Schmitt stelt echter, op grond van een analyse van de beraadslaging over het artikel en de historische context,[949] dat dit onjuist is. De beperkingen die worden gevestigd in het tweede lid zijn volgens Schmitt niet van toepassing op de bevoegdheden die worden genoemd in het eerste lid, aangezien een inhoudelijke beperking van de bevoegdheden van de commissariële dictator in strijd is met de essentie van zijn taak.[950] Het gevolg van de dominante interpretatie van artikel 48 van de Constitutie is dat er een belemmering ontstaat wat betreft de essentiële taak van de commissariële dictator, namelijk het beschermen van de constitutie als geheel.[951] Hiermee wordt er geen werkelijke uitzondering bewerkstelligt,[952] maar komt een situatie tot stand die meer lijkt op een 'staat van beleg' waarin de constitutie niet volledig kan worden

[944] Schmitt 2016, p. 201.
[945] Schmitt 2016, p. 205.
[946] Schmitt 2016, p. 173.
[947] Schmitt 2016, p. 177-178.
[948] Schmitt 2016, p. 175-177.
[949] Schmitt 2016, p. 194.
[950] Schmitt 2016, p. 194.
[951] Schmitt 2016, p. xxxiv.
[952] Schmitt 2016, p. 190.

opgeschort.[953] Het resultaat is dat de uitzondering voortaan in het recht wordt neergelegd en bepaald.[954] Dit is echter, zoals ik hierboven al beschreef, in strijd met wat de commissariële dictatuur historisch gezien is geweest: de bevoegdheden van de commissariële dictator dienen 'onbeperkt' te zijn – dit betekent dat er bijvoorbeeld in de Grondwet kan worden geregeld *wie* er op dat moment – *wanneer* – beslist, maar niet *wat* er wordt besloten.[955]

§ 6.3. Het belang van de uitzondering: een politieke theologie

Hierboven stipte ik al aan dat de dictatuur bij uitstek verbonden is met de uitzondering. Deze uitzondering staat centraal in een ander werk van Schmitt uit de beginperiode van de Weimarrepubliek, namelijk *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität* (1922). In dit werk beschrijft Schmitt feitelijk hoe het vestigen van een dictatuur mogelijk wordt.[956] Naast overeenkomsten met *Die Diktatur,* dient *Politische Theologie* tevens in samenhang gelezen te worden met *Der Begriff des Politischen* (1932), dat centraal staat in paragraaf 5.4, deze werken vullen elkaar aan en geven tezamen een goed beeld van Schmitts politieke theorie.[957]

Een van de centrale punten die Schmitt verdedigt in *Politische Theologie* is dat het recht geen neutrale, apolitieke aangelegenheid is, zoals dit voor Kelsen het geval is. Het recht is volgens Schmitt altijd gebaseerd op een concrete situatie,[958] omdat het verband houdt met het leven. Dit leidt tot een tweeërlei constatering: ten eerste kan het werkelijke leven nooit gereduceerd worden tot een set van regels[959] en ten tweede is het recht niet mogelijk zonder menselijk leven en kan het nooit onafhankelijk hiervan bestaan.[960] Daarom blijven autoriteit en het nemen van beslissingen altijd noodzakelijk. De Amerikaanse politicoloog Tracey Strong (geb. 1943) verduidelijkt dit in de inleiding bij de Engelse vertaling van *Politische Theologie* met het voorbeeld van de directeur die een uitzondering maakt voor een student. Aan de ene kant bevestigt hij hiermee de regel, maar aan de andere kant laat hij ook zien dat het recht door mensen is gemaakt en ons niet *automatisch* beheerst.[961] Dit is precies wat Schmitt duidelijk poogt te maken wat betreft de werking van het recht.

---

[953] Caldwell 1997, p. 107.
[954] Schmitt 2016, p. 179.
[955] In de Nederlandse Grondwet is de noodtoestand neergelegd in artikel 103 lid 1: "De wet bepaalt in welke gevallen ter handhaving van de uit- of inwendige veiligheid bij koninklijk besluit een door de wet als zodanig aan te wijzen uitzonderingstoestand kan worden afgekondigd; zij regelt de gevolgen."
[956] Tracey Strong, 'Foreword. The Sovereign and the Exception: Carl Schmitt, Politics, Theology, and Leadership', in: Carl Schmitt, *Political Theory. Four Chapters on the Concept of Sovereignty* (George Schwab vert.), Chicago/Londen: The University of Chicago Press 2005, p. xiv.
[957] George Schwab, 'Introduction', in: Carl Schmitt, *Political Theory. Four Chapters on the Concept of Sovereignty* (George Schwab vert.), Chicago/Londen: The University of Chicago Press 2005, p. xli.
[958] Schmitt 2005, p. 13.
[959] Schmitt 2005, p. 15. Zie tevens Strong 2005, p. xvii.
[960] Strong 2005, p. xviii.
[961] Strong 2005, p. xxi. Zie tevens Schmitt 2005, p. 15, 30.

Schmitt beschrijft in *Politische Theologie* de begrippen soevereiniteit en beslissing, die volgens hem van cruciale betekenis zijn voor het recht en tevens nauw verband houden met elkaar. Hij opent het werk met zijn fameuze definitie van de soeverein: "[s]overeign is he who decides on the exception".[962] Volgens Strong bedoelt Schmitt hiermee dat de soeverein zowel beslist wat de uitzondering is en daarna beslissingen neemt op basis van deze uitzondering.[963] Hiermee wordt duidelijk waarom de uitzondering en de soeverein nauw met elkaar zijn verbonden: aan de ene kant maakt het bestaan van de uitzondering soevereiniteit mogelijk, maar aan de andere kant 'onthult' de soeverein zich pas na het bepalen van de uitzondering.[964] Het werk heeft niet voor niets het woord 'theologie' in de titel. Schmitts politieke theologie richt zich op wat er gebeurt 'when the secularized State replaces the Church as authority and now decides the exception without explicit reference to God'.[965]

Wat is dan de uitzondering volgens Schmitt? In een voetnoot bij de Engelse vertaling van *Politische Theologie* verduidelijkt de Amerikaanse politicoloog George Schwab (geb. 1931) dat er een verschil bestaat tussen de uitzonderingstoestand en de uitzondering. Een uitzondering is volgens hem gebaseerd op een bestaande constitutionele orde, die enige richting geeft aan maatregelen die genomen dienen te worden om de orde te beschermen. De uitzonderingstoestand daarentegen veronderstelt geen dergelijke constitutionele orde.[966] Hoewel daarover enige discussie bestond, was er in de Weimarrepubliek voornamelijk sprake van de uitzondering en niet van de uitzonderingstoestand aangezien de bestaande constitutionele orde – en voornamelijk artikel 48 van de Weimargrondwet – richting gaf aan het handelen van de soeverein. Duidelijk wordt eveneens dat de uitzondering bij uitstek verbonden is met de commissariële dictatuur (hierover kom ik verderop in deze paragraaf te spreken).

De uitzondering kan nooit geheel door de rechtsorde worden gedefinieerd, maar 'at best [can] be characterized as a case of extreme peril, a danger to the existence of the state, or the like'.[967] Met andere woorden, de soeverein kan de uitzondering slechts constateren en dan *ad hoc* bepalen hoe er gehandeld dient te worden. Er kan volgens Schmitt in een constitutie enkel bepaald worden *wie* er in het uitzonderlijke geval handelt, maar niet *hoe* er wordt gehandeld.[968] Dit betekent niet dat de uitzondering niet belangrijk is voor de juridische orde.[969] De uitzondering bepaalt namelijk wanneer de

[962] Schmitt 2005, p. 5.
[963] Strong 2005, p. xii.
[964] Strong 2005, p. xx.
[965] Grimshaw 2013, p. x.
[966] Voetnoot 1 in Schmitt 2005, p. 5.
[967] Schmitt 2005, p. 6
[968] Schmitt 2005, p. 7.
[969] Zie ook Theo de Wit, 'Inleiding. Vriend en vijand – een oneigentijds geschrift over politiek', in: Carl Schmitt, *Het begrip politiek* (Bert Kerkhof & George Kwaad vert.), Boom/Parrèsia: Amsterdam 2006, p. 35.

wetten geldig zijn: indien er namelijk *geen* sprake is van een uitzondering zijn de wetten, als normale toestand, geldig.[970] Hiermee staat de soeverein aan de basis van rechtssysteem.

De uitzondering wordt gekenmerkt door ongelimiteerde autoriteit, hetgeen betekent dat de gehele rechtsorde kan worden opgeschort.[971] Hier is, zoals ik hierboven al aangaf, een duidelijke overeenkomst te zien met *Die Diktatur* waarbij het opschorten van de gehele rechtsorde (om haar uiteindelijk te kunnen beschermen) wordt beschreven als kenmerkend voor de commissariële dictatuur. In de uitzondering binnen de rechtsorde (rechts-orde) trekt het recht zich terug maar blijft de orde gehandhaafd.[972] Hiermee is er geen sprake van anarchie, maar wordt de naakte macht van de staat blootgelegd.[973] De uitzondering is daarom bij uitstek karakteriserend voor de autoriteit van de staat.[974] Aan deze autoriteit van de staat, die tot uitdrukking moet komen in het recht, wordt volgens Schmitt door Kelsen geen recht gedaan.[975] Dit is bijvoorbeeld terug te zien in Kelsens *Reine Rechtslehre,* die in paragraaf 5.2 aan de orde kwam. De hoogste macht binnen een juridische orde wordt daardoor niet meer teruggevoerd tot een autoriteit, maar enkel tot een soevereine orde van de eenheid van normen.[976] Schmitt heeft in dit verband dus voornamelijk kritiek op het gebrek aan funderende waarde in de rechtsorde in Kelsens theorie.

Kelsen staat hierin volgens Schmitt niet alleen. Hij wijst bijvoorbeeld ook op de Nederlandse jurist Hugo Krabbe (1857-1936). Volgens Krabbe berust de autoriteit bij het recht en niet bij de persoon of de staat: de staat wordt hiermee beperkt tot de mogelijkheid van het maken van recht.[977] Een soortgelijke opvatting wordt ook verdedigd door Otto von Gierke in zijn organische staatstheorie (zie paragraaf 3.2).[978] Volgens Schmitt is het kenmerkend voor deze theorieën dat zij berusten op objectiviteit en alle persoonlijke, subjectieve elementen uit het de staat willen weren.[979] Dit is bij Kelsen bijvoorbeeld te zien in zijn opvatting dat het bij het vaststellen van de inhoud van rechtsnormen enkel gaat om hun objectieve betekenis (zie paragraaf 5.2). Het moment van concrete beslissing verdwijnt hiermee steeds meer naar de achtergrond, waardoor volgens Schmitt geen recht wordt gedaan aan het werkelijke karakter van de rechtsorde en de staat:

> Every legal thought brings a legal idea, which in its purity can never become reality, into another aggregate condition and adds an element that cannot be derived either from the content of the legal idea

---

[970] Zie tevens Carl Schmitt, *The concept of the political* (George Schwab vert.), The University of Chicago Press: Chicago/Londen 2007, p. 46.
[971] Schmitt 2005, p. 12.
[972] Schmitt 2005, p. 12. Zie tevens Hirst 1999, p. 12.
[973] Schmitt 2005, p. 14. Deze mogelijkheid van de soeverein kan tevens worden vergeleken met de katechon die 'door de wetten tijdelijk buiten werking te stellen, het einde van de bestaande orde vermag *uit te stellen*'. Zie De Wilde 2008, p. 181.
[974] Schmitt 2005, p. 13.
[975] Schmitt 2005, p. 18-19.
[976] Schmitt 2005, p. 19.
[977] Schmitt 2005, p. 22-23.
[978] Schmitt 2005, p. 24-25.
[979] Schmitt 2005, p. 29.

> or from the content of a general positive legal norm that is to be applied. [..] the juristic deduction is not traceable in the last detail to its premises and because the circumstances that requires a decision remains an independently determining moment.[980]

Hieruit volgt een van de kernaspecten van *Politische Theologie:* de beslissing wordt, voor Schmitt, 'vanuit een niets geboren'.[981] Het rechtssysteem gaat namelijk uiteindelijk over het leven; het dynamische leven dat een beslissing vergt en zich niet laat vangen in een tot een rekentelsom reduceerbare uitkomst.[982]

Het feit dat de uitzondering steeds meer naar de achtergrond is verdwenen binnen de constitutionele theorie laat zich volgens Schmitt verklaren door de ontwikkeling van centrale staatsrechtelijke begrippen vanaf de achttiende eeuw. Het theologische, metafysische fundament, waarop de Staat van oudsher berustte, is onder invloed van het rationalisme van de Verlichting in toenemende mate weggevallen.[983] Hetzelfde geldt voor de uitzondering, naar analogie van het 'mirakel' in de theologie[984] en voor soevereiniteit.[985] Een belangrijke consequentie voor het wegvallen van het theologische fundament van de staatsbegrippen is het verlies van legitimiteit. Het staat tevens centraal voor het verlies van het apocalyptische karakter van de staatsbegrippen – waarvan het liberalisme en het historicisme de uiterste consequenties zijn.[986]

In de onttoverde wereld (cf. Weber) van de negentiende eeuw wordt de wetgever almachtig – naar de analogie van de almachtige god.[987] Dit is bijvoorbeeld terug te zien bij Rousseau: hij plaatst de algemene wil van het volk in de plaats van de menselijke wil van de soeverein.[988] Hij probeert tevens de eenheid van het volk te benadrukken door zijn notie van de *volonté générale*, maar dit is niet de eenheid die de absolute monarch vertegenwoordigde – het is een organische eenheid.[989] De negentiende eeuwse staatstheorie berust volgens Schmitt op twee ontwikkelingen: ten eerste de

---

[980] Schmitt 2005, p. 30.
[981] Schmitt 2005, p. 31-32.
[982] Schmitt 2005, p. 34.
[983] Schmitt beschrijft in het voorwoord van de Italiaanse uitgave van *Der Begriff des Politischen* uit 1971 (opgenomen in de Nederlandse vertaling van het werk uit 2019) iets soortgelijks: "[d]e onttroning van Europa betekent dat specifieke begrippen die door Europese naties als resultaat van moeizame denkprocessen zijn gevormd, hun betekenis hebben verloren. Daaronder ook rechtswetenschappelijke begrippen als staat en soevereiniteit, constitutie en wet, legaliteit en illegaliteit. Ze zijn het product van een langdurige symbiose van theologisch, filosofisch en juridisch denken". Zie Schmitt 2019, p. 25. Zie voor de verhouding tussen liberalisme en (het apocalyptische karakter van) theologie tevens Mike Grimshaw, 'Introduction: "a very rare thing"', in: Jacob Taubes, *To Carl Schmitt. Letters and Reflections* (Keith Tribe vert.), New York: Columbia University Press 2013, p. xvii.
[984] Schmitt 2005, p. 36, 37.
[985] Schmitt 2005, p. 48.
[986] Zie bijvoorbeeld Grimshaw 2013, p. xvii, xxxiii.
[987] Zoals Tracy Strong beschrijft in het voorwoord bij de Engelse vertaling van *Politische Theologie*, was Schmitt een student van Max Weber en accepteerde hij zijn idee van de 'onttovering' van de wereld. Zie Strong 2005, p. xxiv. Zie tevens Weber 2013, p. 19-20.
[988] Schmitt 2005, p. 48; Strong 2005, p. xviii.
[989] Schmitt 2005, p. 49.

eliminatie van alle transcendente concepties en, ten tweede, de formatie van een nieuwe vorm van legitimiteit. Alle legitimiteit berust bij de *pouvoir constituant* van het volk. Legitimiteit in de oorspronkelijke zin van het woord bestaat echter niet meer: de legitimiteit is niet meer transcent, maar immanent.[990]

De liberale constitutionele theorie van zijn tijd is volgens Schmitt niet in staat een oplossing te bieden voor het vraagstuk van legitimiteit. Sterker nog, deze liberale constitutionele theorie heeft de ontmanteling van de legitimatie van soevereiniteit juist voortgezet door de nadruk op de scheiding der machten. Hierdoor wordt niet alleen het persoonlijke, maar ook het ondeelbare element van soevereiniteit in de verdrukking gebracht.[991] Dit is volgens Schmitt bijvoorbeeld terug te zien in artikel 48 van de Grondwet waar de uitzondering wordt bepaald door de Rijkspresident, maar waar de Rijkspresident onder controle van de Rijksdag staat.[992]

Schmitt beschrijft dat dit probleem door contrarevolutionaire denkers wel geïdentificeerd wordt en haalt daarom het denken van de Spaanse contrarevolutionaire en katholieke diplomaat en politicoloog Juan Donoso Cortés (1809-1853) aan. Hij legt de nadruk op het extreme geval, naar analogie van het Laatste Oordeel.[993] Voor Schmitt is het waardevolle van deze theorieën – die hij zelf echter afwijst – dat ze nog in staat zijn de essentiële politieke beslissing voort te brengen in een tijd waarin juist dit politieke domein meer en meer wordt overgenomen door de economische sfeer (zie voor de bespreking van deze thema's paragraaf 6.5 en 6.7).[994]

§ 6.4. De crisis van de parlementaire democratie

Het probleem van de liberale constitutionele theorie, waarnaar Schmitt al kort refereerde in *Politische Theologie,* vormt het hoofdthema van *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* (1923).[995] In dit werk gaat Schmitt op zoek naar de intellectuele kern waarop het moderne parlementarisme is gebaseerd.[996] Hij betoogt dat het parlementarisme is voortgekomen uit de liberale

[990] Schmitt 2005, p. 51.
[991] Schwab 2005, p. xlii.
[992] Schmitt 2005, p. 11.
[993] Schmitt 2005, p. 63.
[994] Schmitt 2005, p. 65.
[995] In 1926 verscheen een tweede editie van het werk in reactie op de kritiek die Richard Thoma in 1925 op de eerste editie uitte. Zijn kritiek bestond er voornamelijk uit dat coherentie in Schmitts betoog ontbreekt en dat hij verkeerde conclusies trekt aangezien hij het werk van Neumann, Preuβ en Weber niet meeneemt in zijn verhaal. Zie Richard Thoma, 'Appendix: On the Ideology of Parliamentarism (1925)', in: Carl Schmitt, *The crisis of parliamentary democracy* (Ellen Kennedy vert.), Cambridge/MA: The MIT Press 1985, p. 78-79. Schmitt weerlegt deze kritiek in een nieuw voorwoord bij de tweede editie.
[996] Carl Schmitt, *The crisis of parliamentary democracy* (Ellen Kennedy vert.), Cambridge/MA: The MIT Press 1985, p. 20, 33.

politieke theorie en dat de kern ervan gevormd wordt door openheid[997] en discussie.[998] Discussie betekent hier niet simpelweg onderhandelen, maar is gebaseerd op het werkelijk willen overtuigen van de tegenstander teneinde waarheid en rechtvaardigheid tot stand te brengen.[999] Zoals Schmitt het zelf verwoordt:

> Discussion means an exchange of opinion that is governed by the purpose of persuading one's opponent through argument of the truth or justice of something, or allowing oneself to be persuaded of something as true and just [..]. To discussion belong shared convictions as premises, the willingness to be persuaded, independence of party ties, freedom from selfish interests.[1000]

Het parlementarisme berust volgens Schmitt op een 'process of confrontation of differences and opinions, from which the real political will results'.[1001]

Echter, door de tijd zijn deze centrale waarden van het parlementarisme steeds meer in de verdrukking gekomen na de opkomst van de massademocratie. In deze vorm van democratie veranderde de publieke discussie, die van oudsher zo belangrijk was voor het parlementarisme, in een 'lege formaliteit'.[1002] De groepen die tegenover elkaar staan zien elkaar niet langer als discussiepartners met een tegengestelde mening die werkelijk overtuigd moeten worden,[1003] maar als 'social or economic power-groups calculating their mutual interests and opportunities for power, and they actually agree compromises and coalitions on this basis'.[1004] De werkelijke discussie, zoals hierboven omschreven, verdwijnt hierdoor. Het gaat niet langer om het overtuigen van de tegenstander van het eigen gelijk maar om het berekenen van de kans om een meerderheid voor je te winnen en hiermee te regeren (deze vorm van democratie lijkt erg op de democratievorm die Schumpeter voorstaat, zie paragraaf 5.6).[1005] Het parlementarisme is hiermee zijn morele en intellectuele basis verloren.[1006]

Een ander probleem van de moderne massademocratie wordt gevormd door het samengaan van parlementarisme en democratie, terwijl dit van oudsher tegengestelde begrippen zijn.[1007] Terwijl het parlementarisme wordt gekenmerkt door openheid en discussie, is het onderscheidende kenmerk van democratie dat 'gelijken gelijk worden behandeld' en dat 'ongelijken ongelijk worden behandeld'. Met andere woorden, democratie veronderstelt een homogene substantie en hiermee de uitsluiting van

---

[997] Zie Schmitt 1985, p. 37-39. Deze openheid gaat hand in hand met machtenscheiding, zie Schmitt 1985, p. 39-41.
[998] Schmitt 1985, p. 2-3, 48.
[999] Schmitt 1985, p. 49.
[1000] Schmitt 1985, p. 5.
[1001] Schmitt 1985, p. 34.
[1002] Schmitt 1985, p. 50. Zie tevens Kennedy 1985, p. xviii.
[1003] Schmitt 1985, p. 49.
[1004] Schmitt 1985, p. 6.
[1005] Schmitt 1985, p. 8.
[1006] Schmitt 1985, p. 21.
[1007] Schmitt 1985, p. 2, 34. Zie tevens Schmitt 1985, p. 8-9, 32; Kennedy 1985, p. xx. Zie tevens Schmitt 2007, p. 23-24.

heterogeniteit.[1008] De homogeniteit waarop democratie gebaseerd is, is voor Schmitt een substantieel begrip – in tegenstelling tot het formele democratiebegrip van Kelsen, dat in paragraaf 5.6 en verder is besproken – dat van oudsher uiting kreeg in deugd of het behoren tot een natie.[1009]

Hierboven kwam aan de orde dat openheid en discussie als grondslagen van het parlementarisme in de moderne massademocratie volgens Schmitt onder druk staan. Dit geldt volgens hem ook voor de grondslagen van de democratie.[1010] In de moderne massademocratie wordt het beginsel van algemeen kiesrecht gebruikt om de volkswil te bepalen en een regering te vormen. Het beginsel van algemeen kiesrecht gaat er van uit dat iedere persoon, als *persoon*, gelijk is aan iedere andere persoon. De substantiële gelijkheid waarop democratie volgens Schmitt gebaseerd is, verandert op deze manier in een democratie van 'de mensheid'.[1011] De universele gelijkheid, die onder invloed van het liberalisme tot uitgangspunt is verworden, is in strijd met de democratische gelijkheid en zorgt ervoor dat de basis van de democratie in toenemende mate onder druk komt te staan.[1012]

De moderne massademocratie verbindt tot slot het parlementarisme, dat gebaseerd is op liberale uitgangspunten, en de democratie met elkaar – hetgeen leidt tot een ongemakkelijke combinatie.[1013] Schmitt beschrijft dat de democratie oorspronkelijk gebaseerd was op het idee van de *volonté générale* van Rousseau (zie paragraaf 5.4), een ondeelbaar geheel dat zich niet laat vertegenwoordigen.[1014] Het liberale principe van gelijkheid en algemeen kiesrecht hebben deze oorspronkelijke opvatting van democratie naar de achtergrond doen verdwijnen. De burger bepaalt in afzondering zijn eigen 'wil' en daarna wordt iedere stem geregistreerd en wordt een cijfermatige meerderheid tot stand gebracht (zie tevens paragraaf 5.4). Hiermee wordt echter geen enkel recht gedaan aan de notie van het homogene volk, waar democratie van oudsher op gebaseerd was en kan eveneens geen identiteit van de regeerden en de regeerders tot stand komen:[1015]

> The unanimous opinion of one hundred million private persons is neither the will of the people nor public opinion [..]. The stronger the power of democratic feeling, the more certain is the awareness that democracy is something other than a registration system for secret ballots.[1016]

Deze identiteit van regeerders en geregeerden is voor Schmitt belangrijk voor de eenheid binnen de Staat, die aldus niet tot stand kan komen onder invloed van de liberale, parlementaire democratie.

[1008] Schmitt 1985, p. 9. Volgens Chantal Mouffe is dit een van de problemen van het liberalisme waar de hedendaagse democratie een antwoord op zal moeten formuleren (Mouffe 2009, p. 38-43). Het gaat om de vraag 'how to envisage a form of commonality strong enough to constitute a 'demos' but nevertheless compatible with certain forms of pluralism' (Mouffe 2009, p. 55).
[1009] Schmitt 1985, p. 9.
[1010] Schmitt 1985, p. 25.
[1011] Schmitt 1985, p. 11, 16.
[1012] Schmitt 1985, p. 12, 13.
[1013] Schmitt 1985, p. 13.
[1014] Rousseau 2015, p. 142.
[1015] Schmitt 1985, p. 26.
[1016] Schmitt 1985, p. 16.

Deze kritiek op de liberale, parlementaire democratie vormt een van de kernthema's van het werk van Schmitt in de tweede fase van de Weimarrepubliek, dat in de volgende paragrafen centraal staat.

§ 6.5. De tweede fase van het werk van Schmitt: pijlen richting de liberale democratie

In de inleiding beschreef ik al dat de politiek-filosofische standpunten van Schmitt in de tweede fase van zijn werk volledig tot uitdrukking kwamen. De belangrijkste werken uit de tweede fase van het werk van Schmitt zijn *Verfassungslehre* (1928), *Der Hüter der Verfassung* (1931), *Der Begriff des Politischen* (1932) en *Legalität und Legitimität* (1932). Deze werken staan in de volgende paragrafen centraal.

Zoals de Amerikaanse politicoloog Ellen Kennedy beschrijft in het voorwoord bij de Engelse vertaling van *Verfassungslehre* (1928) schreef Schmitt dit werk tegelijk met *Der Begriff des Politischen* (zie paragraaf 6.6) en gaan beide werken over de grens van 'het politieke'.[1017] Tevens wordt in *Verfassungslehre* een thema aan de orde gesteld dat ook terugkwam in *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Paralamentarismus* (zie paragraaf 6.4), namelijk de verbinding tussen liberalisme en democratie en het samengaan van beide in de 'liberale democratie'.[1018] Het belangrijkste doel van *Verfassungslehre* is echter het beschrijven van de constitutionele ontwikkeling die heeft geleid tot de Weimargrondwet.[1019] In tegenstelling tot veel andere werken van Schmitt is dit werk dus niet polemisch. Toch kan er wel een (hetzij voorzichtig) standpunt worden afgeleid uit *Verfassungslehre:* legitimiteit van politieke instellingen komt volgens Schmitt tot stand doordat deze instellingen gebaseerd zijn op de politieke wil, legitimiteit heeft dus altijd een duidelijk politiek karakter.[1020]

De vorming van de hierboven genoemde politieke wil is een van de hoofdthema's in *Verfassungslehre.* Volgens Schmitt gaat de politieke wil vooraf aan de Grondwet en is de belangrijkste taak van de Grondwet het tot uitdrukking brengen van deze politieke wil,[1021] die altijd alleen als

[1017] Ellen Kennedy, 'Foreword', in: Carl Schmitt, *Constitutional Theory* (Jeffrey Seitzer vert.), Durham: Duke University Press 2008, p. xv.
[1018] Jeffrey Seitzer & Christopher Thornhill, 'An Introduction to Carl Schmitt's *Constitutional Theory:* Issues and Context', in: Carl Schmitt, *Constitutional Theory* (Jeffrey Seitzer vert.), Durham: Duke University Press 2008, p. 2. Chantal Mouffe wijst er terecht op dat democratie en liberalisme – mensenrechten, scheiding tussen kerk en staat, het rechtsstaatprincipe en dergelijke inclusief – voortkomen uit een andere traditie dan democratie en hier dan ook los van staan (zie Mouffe 2009, p. 2-3). De paradox die volgens Mouffe bestaat in een liberale democratie is 'the idea that it is legitimate to establish limits to popular sovereignty in the name of liberty' (Mouffe 2009, p. 4). Het niet erkennen van deze paradox leidt volgens Mouffe tot problemen (Mouffe 2009, p. 7-8), maar deze problemen hoeven niet te betekenen – zoals Schmitt betoogt – dat liberalisme en democratie in het geheel onverenigbaar zijn (Mouffe 2009, p. 9).
[1019] Seitzer & Thornhill 2008, p. 28.
[1020] Seitzer & Thornhill 2008, p. 48.
[1021] Carl Schmitt, *Constitutional Theory* (Jeffrey Seitzer vert.), Durham: Duke University Press 2008, p. 76.

eenheid kan bestaan.[1022] In dit kader bespreekt Schmitt de reikwijdte van artikel 76 van de Weimargrondwet, waarin wordt bepaald dat een twee derde meerderheid is vereist voor het wijzigen van de Grondwet. Echter, volgens Schmitt zijn een aantal artikelen in de Grondwet uitgesloten van wijziging: dit zijn de artikelen waarin de politieke wil, die voorafgaat aan de Grondwet, tot uitdrukking wordt gebracht.[1023] In de Weimargrondwet zijn dit volgens Schmitt de beslissingen tot democratie, de republikeinse staatsvorm, de (burgerlijke) rechtsstaat en de parlementaire vertegenwoordiging.[1024]

Dit zijn volgens Schmitt de concrete, existentiële beslissingen waarin de politieke wil van het Duitse volk tot uiting komt en die de andere normen in de Grondwet funderen. Het feit dat de Weimargrondwet een constitutie is en niet een optelsom van verschillende artikelen die gewijzigd kunnen worden op basis van artikel 76 is gelegen in deze existentiële beslissingen van het Duitse volk.[1025] Artikel 48 van de Weimargrondwet is precies bedoeld om deze existentiële beslissingen te beschermen.[1026] Schmitt beschrijft treffend:

> That the "constitution" can be changed should not be taken to mean that the fundamental political decisions that constitute the substance of the constitution can be eliminated at any time by parliament and be replaced through some other decision. The German Reich cannot be transformed into an absolute monarchy or a Soviet republic through a two-thirds majority decision of the Reichstag.[1027]

Echter, niet alle existentiële beslissingen zijn expliciet beslecht in de Weimargrondwet.[1028] Een belangrijke tweedeling in de Weimargrondwet is bijvoorbeeld die tussen democratie (in het eerste deel van de Grondwet) en individuele rechten, kenmerkend voor de burgerlijke rechtsstaat (in het tweede deel van de Grondwet).[1029] Zoals Caldwell verduidelijkt, was de bourgeoisie voor Schmitt – waarvan de term 'burgerlijke rechtsstaat is afgeleid – een morele en politieke groep gericht op individualisme, liberalisme en parlementarisme.[1030] Terwijl democratie en de burgerlijke rechtsstaat op verschillende uitgangspunten gebaseerd zijn, poogt de Weimargrondwet beide met elkaar te verenigen. Waar democratische legitimiteit berust op het idee dat de Staat gebaseerd is op de politieke eenheid van het volk, is de burgerlijke rechtsstaat, nauw verbonden met het liberalisme, gebaseerd op individualistische uitgangspunten.[1031] De burgerlijke rechtsstaat is gebaseerd op de overtuiging dat de vrijheid van het individu in principe onbeperkt is, terwijl de mogelijkheden van de overheid om de

[1022] Schmitt 2008, p. 78. Dit betitelt Schmitt als de 'relatieve constitutie' en brengt hij in verband met het denken van Kelsen, zie hiervoor Schmitt 2008, p. 106.
[1023] Schmitt 2008, p. 74, 79.
[1024] Schmitt 2008, p. 77-78.
[1025] Schmitt 2008, p. 78.
[1026] Schmitt 2008, p. 80.
[1027] Schmitt 2008, p. 79.
[1028] Schmitt 2008, p. 82.
[1029] Schmitt 2008, p. 83-84.
[1030] Caldwell 1997, p. 103.
[1031] Schmitt 2008, p. 169.

vrijheid van het individu in te perken zeer beperkt zijn (feitelijk de negatieve opvatting van vrijheid, zie paragraaf 5.6). Daarnaast wordt de staatsmacht in dit type staat zo veel mogelijk beperkt en verdeeld – wederom een tegenstelling met de machtseenheid die kenmerkend is voor democratie – door machtenscheiding.[1032]

Een ander belangrijk verschil tussen de uitgangspunten van de burgerlijke rechtsstaat en de democratie is de wijze waarop de volkswil tot stand wordt gebracht. Democratie is voor Schmitt gebaseerd op een substantieel gelijkheidsprincipe: het is de identiteit van de regering en de geregeerden.[1033] In moderne, complexe samenlevingen komt deze identiteit het meest effectief tot stand door een 'acclamatie' van de volkswil: 'through the direct affirmation given by a substantially homogeneous people, assembled in public, in response to precisely and "authoritatively formulated" questions'.[1034] De methode van een geheime verkiezing die kenmerkend is voor liberaal individualisme – en de burgerlijke rechtsstaat – staat haaks op een dergelijke vorm van democratische identiteit. De stemmende burger is immers geïsoleerd op het beslissende moment; het volk stemt niet langer als eenheid:[1035]

> [..] the individual vote transforms the distinctly democratic, or political, figure, the state citizen or *citoyen,* into a private man who, from the sphere of the *private,* whether or not this private sphere may be his religion or his economic interest or both together, expresses a private opinion and casts his vote.[1036]

De liberale opvatting van vertegenwoordiging is volgens Schmitt tot slot niet democratisch, maar aristocratisch,[1037] deze is gebaseerd op de overtuiging dat degene die als vertegenwoordiger wordt gekozen 'de beste' is.[1038] Van oudsher was de liberale eis van vertegenwoordiging voornamelijk gebaseerd op de eis van vertegenwoordiging in de staat tegenover de koning. Echter, na de val van de monarchie bleef de parlementaire vertegenwoordiging bestaan – nu niet langer onafhankelijk van de monarch, maar onafhankelijk van het volk.[1039] Zoals gezegd, is deze onafhankelijkheid van het volk voor Schmitt een groot probleem aangezien deze de identiteit van regering en geregeerden ondermijnt. Het idee van representatieve democratie, oorspronkelijk bedoeld als strategie om de macht van de monarch te beperken, is aldus niet in staat om de kenmerken van werkelijke democratische legitimiteit tot stand te brengen. Representatieve democratie verdeelt de samenleving in groepen en ondermijnt hiermee juist de eenheid van het democratische volk. De 'representatieve democratie' berust aldus op een tegenstelling.[1040]

[1032] Schmitt 2008, p. 170.
[1033] Schmitt 2008, p. 264.
[1034] Seitzer & Thornhill 2008, p. 39.
[1035] Schmitt 2008, p. 273-274, 305.
[1036] Schmitt 2008, p. 273.
[1037] Zie Schmitt 2008, p. 334.
[1038] Schmitt 2008, p. 250.
[1039] Schmitt 2008, p. 251.
[1040] Seitzer & Thornhill 2008, p. 39.

Om de voor democratie kenmerkende identiteit van de regering en de geregeerden – of de acclamatie van de volkswil – toch tot stand te laten komen, dient volgens Schmitt een beroep gedaan te worden op de Rijkspresident. Hij bezit het democratische primaat binnen de Weimardemocratie (en dus niet de Rijksdag): hij wordt niet alleen direct gekozen, en bezit hiermee dus een democratisch mandaat, hij heeft tevens de mogelijkheid om de Constitutie – en niet enkel de rechten genoemd in lid 2 van artikel 48, zoals al in *Die Diktatur* (paragraaf 6.2) aan de orde kwam – op te schorten om deze in zijn geheel te beschermen.[1041] Democratie wordt volgens Schmitt het best gegarandeerd in systemen met een sterke uitvoerende macht. Dat terwijl democratieën die te veel leunen op de wetgevende macht van nature zwak zijn: de politieke partijen zijn geen representatie van de gehele democratische identiteit, maar verdelen het democratische volk juist aangezien ze slechts een deel van dit volk vertegenwoordigen.[1042]

§ 6.6. Het vriend/vijand-onderscheid

De identiteit van het volk staat tevens centraal in *Der Begriff des Politischen* (1932), dat bij uitstek geplaatst kan worden in het rijtje van werken van Schmitt die handelen over de natuur en oorzaken van de zwakte van de moderne staat.[1043] Het is tevens het werk dat hem volgens Heinrich Meier 'more famous and more infamous' maakte dan al zijn andere boeken bij elkaar.[1044] In dit werk beschrijft Schmitt wat voor hem kenmerkend is voor 'het politieke'. Aan de ene kant is het politieke een zelfstandige categorie, naast bijvoorbeeld het morele, economische of esthetische,[1045] maar aan de andere kant kunnen deze andere sferen tevens een politieke lading krijgen wanneer zich een wezenlijke tegenstelling ontwaart.[1046] Schmitts begrip van het politieke kan tegenover het politiek romanticisme worden geplaatst, dat ik in paragraaf 3.5 besprak. Waar het politiek romanticisme zich laat kenmerken door het eindeloze gesprek en het feit dat er nooit een laatste woord over iets gezegd kan worden,[1047] is de finale beslissing juist kenmerkend voor het politieke. Wat betreft deze finale beslissing staat Schmitts definitie van het politieke ook in verbinding met het werk *Politische Theologie* (zie paragraaf 6.3).[1048] Tenslotte komt ook een centraal thema van *Die geistesgeschichtlige Lage des heutigen Parlamentarimus* (zie paragraaf 6.4) terug in het onderliggende werk: Schmitt

[1041] Seitzer & Thornhill 2008, p. 27.
[1042] Seitzer & Thornhill 2008, p. 40-41.
[1043] Tracey Strong, 'Foreword: dimensions of the new debate around Carl Schmitt', in: Carl Schmitt, *The concept of the political* (George Schwab vert.), The University of Chicago Press: Chicago/Londen 2007, p. ix.
[1044] Heinrich Meier, *Carl Schmitt and Leo Strauss. The hidden dialogue* (J. Harvey Lomax vert.), Chicago/Londen: The University of Chicago Press 1995, p. 3. Het is in veel opzichten een exceptionele tekst. Zo is het de enige tekst waarvan drie verschillende versies verschenen en de enige tekst waarop een uitgebreide reactie en kritiek kwam. Zie Meier 1995, p. 6-8.
[1045] Carl Schmitt, *Het begrip politiek* (Bert Kerkhof & George Kwaad vert.), Amsterdam: Boom/Parrèsia: 2006, p. 62.
[1046] Zie bijvoorbeeld De Wilde 2008, p. 8.
[1047] Strong 2007, p. xiii.
[1048] Strong 2007, p. xiv.

betoogt namelijk dat het historisch samengaan van democratie en liberalisme het politieke naar de achtergrond doet verdwijnen.[1049]

Kenmerkend voor het politieke is volgens Schmitt het vriend/vijand-onderscheid.[1050] De beslissing wat betreft het vriend/vijand-onderscheid is voor Schmitt de essentiële beslissing die een fundamentele tegenstelling moet beslechten. Aan de ene kant zijn de staat en het politieke bij uitstek met elkaar verbonden,[1051] zoals bijvoorbeeld al blijkt uit de polemische openingszin van het werk: "[t]he concept of the state presupposes the concept of the political".[1052] Aan de andere kant zijn beide begrippen niet identiek en moeten derhalve van elkaar onderscheiden worden.[1053] De staat is aldus niet hetzelfde als het politieke, maar het politieke drukt wel de finale beslissing wat betreft de statelijke identiteit uit: het gaat erom dat er een keuze gemaakt *moet* worden wie tot de eenheid van de staat behoort (tot de 'vrienden') en wie hier geen deel van uitmaakt (de 'vijanden').[1054]

Nu, wie is dan de vijand waar Schmitt over spreekt? Deze vijand is volgens hem ten eerste een *mogelijkheid* – hetgeen betekent dat deze vijand er moet kunnen zijn, niet dat hij op dat moment ook daadwerkelijk aanwezig is.[1055] Daarnaast is de vijand een publieke vijand. Schmitt maakt in dit verband het onderscheid tussen het Latijnse 'hostis' enerzijds en 'inimicus' anderzijds: de 'hostis' is de publieke vijand waarover hij spreekt in dit werk.[1056] Tenslotte is de vijand niet per se slecht, lelijk of iemand die hardvochtig wordt gehaat.[1057] Het is voornamelijk 'het andere' in verhouding tot 'het zelf':[1058]

> The political enemy need not be morally evil or aesthetically ugly; he need not appear as an economic competitor, and it may even be advantageous to engage with him in business transactions. But he is, nevertheless, the other, the stranger; and it is sufficient for his nature that he is, in a specifically intense

[1049] Strong 2007, p. xiv.
[1050] Carl Schmitt, *The concept of the political* (George Schwab vert.), The University of Chicago Press: Chicago/Londen 2007, p. 26.
[1051] Schmitt 2007, p. 29-30. Daarom zijn er altijd meer staten die tegenover elkaar bestaan. Zie hiervoor Schmitt 2007, p. 53.
[1052] Schmitt 2007, p. 19.
[1053] Theo de Wit beschrijft in de nabeschouwing bij de Nederlandse vertaling van *Der Begriff des Politischen* dat hij dit betoogde 'tégen een belangrijke tendens van de overgeleverde Duitse staatsleer in'. Zie Theo de Wit, 'Nabeschouwing. Politiek in turbulente tijden: Carl Schmitt en de dark side van het westers liberalisme', in: Carl Schmitt, *Het begrip politiek* (George Kwaad vert.), Amsterdam: Boom/Parrèsia 2019, p. 160. Schmitt beschrijft zelf tevens in het voorwoord (1963) bij de herdruk van de versie uit 1932 dat een van de kernthema's van het werk de verhouding tussen staat en politiek betreft. Zie hiervoor Carl Schmitt, 'Voorwoord (1963)', in: Carl Schmitt, *Het begrip politiek* (George Kwaad vert.), Amsterdam: Boom/Parrèsia 2019, p. 13.
[1054] Schmitt 2007, p. 26. Gerhard Hoogers beschrijft hier dat het wezenlijk politieke karakter van het verschijnsel staat erin is gelegen dat het een volk tot eenheid smeedt en een politieke gemeenschap tot stand brengt. Zie Hoogers 1999, p. 200. Leo Strauss beschrijft dat Schmitt op zoek gaat naar een 'radical foundation' voor de Staat in deze tekst. Zie Strauss 2006, p. 91, 94.
[1055] Schmitt 2007, p. 28, 37.
[1056] Schmitt 2007, p. 28. Zie tevens Schmitt 2007, p. 51.
[1057] Schmitt 2007, p. 28.
[1058] Zoals Mike Grimshaw het beschrijft: "[..] the one I see most clearly *as not me* demands a question to myself of *what am I to be?*" (Grimshaw 2013, p. xxxi). Zie tevens Taubes 2017, p. 56.

> way, existentially something different and alien, so that in the extreme case conflicts with him are possible. These can never be decided by a previously determined general norm nor by the judgement of a disinterested and therefore neutral third party.[1059]

Het vriend/vijand-onderscheid is voor Schmitt aldus evenwel noodzakelijk om de eigen (statelijke) identiteit te vormen.[1060] Dit verklaart volgens Mike Grimshaw tevens waarom de vijand bij Schmitt niet vernietigd moet worden; hij is noodzakelijk om een eigen identiteit te vormen: "[t]he causation arising is the reminder that to destroy the one that defines you is, in the end, to destroy oneself or, at the very least, to lose one's self-identity".[1061] De staat neemt de finale beslissing wat betreft het onderscheid tussen vriend en vijand en dus wat betreft de statelijke identiteit – in die zin is de staat soeverein.[1062] Hier is de relatie met *Politische Theologie* interessant, aangezien het verdwijnen van het vriend/vijand-onderscheid voor Schmitt verband houdt met het verdwijnen van soevereiniteit.[1063] Tevens is de relatie met dit werk te zien in het theologische karakter van de tekst. De positie van het politieke is bij uitstek afhankelijk van Schmitts oordeel wat betreft de natuur van de mens: hij gelooft niet in de goedheid ('de mens is niet gevaarlijk'), maar in de slechtheid ('de mens is gevaarlijk') van de mens – een slechtheid waarmee de mens sinds de zondeval is belast.[1064] Enkel theorieën die deze neiging tot de zonde – die de neiging tot slechtheid of het gevaarlijke karakter van de mens – affirmeren, zijn voor Schmitt werkelijk politieke theorieën.[1065] Het liberalisme, dat een te hoge pet op heeft van de mens(heid) en de menselijke natuur, is dientengevolge een apolitieke theorie.[1066]

Aangezien Schmitt een dergelijke, zeer belangrijke rol toedicht aan de vijand, is voor hem de mogelijkheid van strijd of oorlog eveneens belangrijk.[1067] Het voeren van een oorlog is bij uitstek het moment waarin een vijand wordt geïdentificeerd en waarin de 'vrienden' gezamenlijk tegen deze vijand ten strijde trekken. Oorlog moet dan ook, net als de beslissing vriend/vijand, blijven bestaan als mogelijke categorie, als mogelijkheid *an sich*.[1068] Dit betekent niet dat Schmitt de oorlog of de strijd verheerlijkt, hij wijst er enkel op dat het voeren van een oorlog bij uitstek het moment is waarop het politieke zich aandient.[1069] In de oorlog kan de Staat namelijk van de burger verlangen dat hij zich

[1059] Schmitt 2007, p. 27.
[1060] Schmitt 2007, p. 27.
[1061] Grimshaw 2013, p. xv.
[1062] Schmitt 2007, p. 39-41, 43. Hij wijst in dit verband de pluralistische staatstheorieën van G.D.H. Cole en Harold Laski af, zij beschrijven dat het individu in meerdere verbanden opereert en ontkennen daarmee de notie van soevereiniteit.
[1063] Strong 2005, p. xxii.
[1064] Zie tevens Strauss 2006, p. 105-106; Meier 2006, p. 50.
[1065] Meier 2006, p. 53-56. De onvermijdelijkheid van de vriend/vijand-beslissing in de politieke sfeer staat gelijk aan de God/Satan-beslissing in de theologische sfeer.
[1066] Grimshaw 2013, p. xxxi, xxxvi; Taubes 2017, p. 68.
[1067] Schmitt 2007, p. 32.
[1068] Schmitt herhaalt dit meermaals in de tekst, zie onder andere Schmitt 2007, p. 35-36, 39.
[1069] Schmitt 2007, p. 35.

opoffert voor het vaderland.[1070] Dit is voor Schmitt het moment waarop de ultieme almacht van de staat zich toont, die kan beslissen om het leven van zijn onderdanen op het spel te zetten in de ultieme strijd – de strijd van leven op dood in de oorlog (die zowel de vorm kan aannemen van een oorlog tussen staten als van een burgeroorlog en dus het bepalen van de externe en interne vijand).[1071] Zoals Schmitt beschrijft:

> It [combat, RB] does not mean competition, nor does it mean pure intellectual controversy nor symbolic wrestlings in which, after all, every human being is somehow always involved, for it is a fact that the entire life of a human being is a struggle and every human being symbolically a combatant. The friend, enemy, and combat receives their real meaning precisely because they refer to the real possibility of physical killing.[1072]

Zoals hierboven duidelijk wordt, is de mogelijkheid van de strijd voor Schmitt een kenmerk van menselijkheid. Indien de mogelijkheid tot oorlog door het pacifisme wordt vernietigd, verliest de mens zijn menselijkheid.[1073] Dit gebeurt bijvoorbeeld door het 'criminaliseren' van de oorlog door het liberalisme.[1074] Het is deze mogelijkheid tot strijd – gebaseerd op de ultieme beslissing – die volgens de Duitse filosoof Heinrich Meier (geb. 1953) zijn wortels heeft in de theologie. De ultieme beslissing is gebaseerd op de vraag die niet *door* de mens wordt gesteld, maar *aan* de mens wordt gesteld: gehoorzaamt hij God of gehoorzaamt hij Satan? Het politieke is uiteindelijk gestoeld op de onvermijdelijkheid van deze vraag,[1075] een vraag die uiteindelijk moreel is van aard.[1076]

Schmitt trekt in *Der Begriff des Politischen* fel van leer tegen het liberalisme, dat volgens hem het essentiële vriend/vijand-onderscheid bedreigt, door het politieke te verbinden met het esthetische en het economische:

> [Liberalism] has attempted to transform the enemy from the viewpoint of economics into a competitor and from the intellectual point into a debating adversary. In the domain of economics there are not enemies, only competitors, and in a thoroughly moral and ethical world perhaps only debating adversaries [..]. The enemy is not merely any competitor or just any partner of a conflict in general.[1077]

Het liberale concept van de 'mensheid' (zie paragraaf 6.5) is tevens niet in staat om recht te doen aan het begrip oorlog of strijd: de mensheid is alomvattend en sluit daarmee het bestaan van een vijand

---

[1070] Schmitt 2007, p. 46.
[1071] Schmitt 2007, p. 46.
[1072] Schmitt 2007, p. 33-34.
[1073] Zie hiervoor onder andere Schmitt 2007, p. 25, 31, 35, 38.
[1074] Grimshaw 2013, p. xxix.
[1075] Meier 2006, p. 42, 56.
[1076] Hier wordt op gewezen door Strauss. Zie Meier 2006, p. 46.
[1077] Schmitt 2007, p. 28. Zie tevens Schmitt 2007, p. 57. Chantal Mouffe wijst erop dat de 'deliberatieve democratietheorieën' van John Rawls en Jürgen Habermas schuldig zijn aan dezelfde fout. Zij ontkennen volgens Mouffe het antagonistische karakter van de democratie – een antagonistisch karakter van strijdende vijanden dat moet worden omgebogen tot een agonistisch karakter van productieve strijd tussen tegenstanders [*adversaries*]. Zie Mouffe 2009, p. 99-105, 117. Zie tevens Mouffe 1999, p. 4-5.

uit.[1078] Daarnaast probeert het liberalisme de kracht van de staat te ontmantelen: de staat wordt niet alleen intern verdeeld door de machtenscheiding,[1079] maar ook nog eens gepresenteerd als een macht die moet concurreren met andere machten binnen de staat. Hierdoor wordt de kracht van de staat tenietgedaan: de staat hoort boven alle andere machtsverbanden te staan en hier zeker niet de strijd mee aan te hoeven gaan.[1080] In de liberale theorie verandert de staat, zo beschrijft Schmitt, in een maatschappij, die wordt gekenmerkt door verdeeldheid en pluralisme.[1081] Pluralisme is geen basis waarop de statelijke identiteit gefundeerd kan zijn.[1082]

Schmitt beschrijft dat de onderliggende oorzaak van het feit dat het liberalisme geen recht weet te doen aan het politieke is dat het de nadruk legt op individuele vrijheid. Daarom is de liberale theorie vooral gericht op de strijd *tegen* de staatsmacht.[1083] Dit beschreef ik eveneens in paragraaf 5.6 waar de negatieve conceptie van vrijheid aan de orde kwam, die bij uitstek kenmerkend is voor het liberalisme: het gaat hier om vrijheid van overheersing en dus een kleine staatsmacht. Het individualisme van de liberale theorie maakt het onmogelijk voor de staat om in het uiterste geval de opoffering van de burger te vragen: het liberale individu trekt immers niet ten strijde als hij hier zelf niet achter staat.[1084] Dit wordt bijvoorbeeld zichtbaar in de *Leviathan* (1651) van de Engelse filosoof Thomas Hobbes (1588-1679) waar de staat veel macht krijgt, maar waar deze macht stopt wanneer deze zich tegen het leven van het individu richt.[1085]

Kort gezegd bestaat het liberalisme voor Schmitt uit een geheel van gedepolitiseerde concepten.[1086] In het essay 'Das Zeitalter der Neutralisierungen und Entpolitisierungen', dat in 1932 bij *Der Begriff des Politischen* werd gevoegd en gebaseerd is op een lezing die Schmitt in 1929 in Barcelona gaf (getiteld 'Die europäische Kultur im Zwischenstadium der Neutralisierung'), gaat Schmitt eveneens in op deze depolitisering. Hij beschrijft in dit essay de – voor hem problematische – ontwikkeling van de staat, die sinds de zestiende eeuw is ingezet. Schmitt stelt dat elk tijdsvlak door haar eigen 'domein' wordt gekenmerkt. Het domein kan worden gezien als een referentiekader of vertrekpunt dat tevens het antwoord op belangrijke vragen bepaalt. Dit geldt eveneens voor de

[1078] Schmitt 2007, p. 54-55. Deze gepacificeerde staat is voor Schmitt de staat van de Antichrist. Zie Meier 2006, p. 49.
[1079] Schmitt 2007, p. 61.
[1080] Schmitt 2007, p. 24-25.
[1081] Schmitt 2007, p. 72.
[1082] Strong 2005, p. xvi.
[1083] Schmitt 2007, p. 70-71. Zie tevens Hoogers 1999, p. 203.
[1084] Schmitt 2007, p. 71.
[1085] Thomas Hobbes, *Leviathan* (Wessel Krul vert.), Amsterdam: Boom 2010, p. 165. Hiermee is Hobbes volgens Strauss en Meier de auteur van de maatschappij, de civilisatie en het liberalisme. Strauss komt na een korte bespreking van enkele centrale noties van Hobbes tot de conclusie dat Schmitt er zelf niet in slaagt om te ontsnappen aan de 'liberale horizon' (zie Strauss 2006, p. 103-119). Een meer gedetailleerde bespreking van de kritiek van Strauss en de verhouding tussen Schmitt en Hobbes valt buiten de reikwijdte van dit proefschrift.
[1086] Schmitt 2007, p. 71. Vergelijk Mouffe 2009, p. 32 op dit punt. Volgens haar is de depolitisering – die onder andere de Amerikaanse filosoof John Rawls (1921-2002) voorstaat – gevaarlijk.

beantwoording van de vraag naar het vriend/vijand-onderscheid.[1087] Sinds de zestiende eeuw is er een duidelijke lijn in de wisseling tussen de domeinen waar te nemen die het conflict zo veel mogelijk probeert te ontkennen. Er is, met andere woorden, sprake van een neutralisering of depolitisering.[1088]

Schmitt beschrijft dat het domein van de zestiende eeuw het 'theologische' is. In de zeventiende eeuw wordt het 'theologische' verlaten en dient het domein van het 'metafysische' zich aan, om vervolgens in de achttiende eeuw te worden vervangen voor het domein van het 'ethisch-humanistische'. In de negentiende eeuw dient zich vervolgens het domein van het geseculariseerde 'economische' aan, dat in de twintigste eeuw waarin Schmitt schrijft plaats moet maken voor het 'technologische'.[1089] Het technologische domein is het neutrale domein bij uitstek,[1090] omdat het technologische voor iedere stroming kan worden ingezet.[1091]

Een kenmerk van neutraliteit is dat er geen duidelijk (politiek) antwoord op vragen wordt geformuleerd – het essentiële vriend/vijand-onderscheid kan onder invloed van neutraliteit niet tot stand komen.[1092] Met andere woorden, neutralisering en depolitisering gaan hand in hand. Depolitisering houdt tevens verband met dehumanisering.[1093] Zoals ik hierboven beschreef, is de mogelijkheid om gedood te worden en te doden bij uitstek menselijk.[1094] Echter, in het Westen is volgens Schmitt juist te zien dat de staat steeds meer afstand neemt van deze ultieme menselijke mogelijkheid en hiermee afstand neemt van het politieke. De staat is onderhevig aan een steeds verder doorgevoerde technologie en verandert in een 'grote industriële plant' waardoor de persoonlijke beslissingsmacht over de uitzondering of het ultieme geval – dat zowel in *Begriff des Politischen* als *Politische Theologie* centraal staat – niet onderkend wordt of niet tot stand kan worden gebracht.[1095]

Het gevaar dat volgens Schmitt in het technologische domein is gelegen, is dat het zich presenteert als volledig neutraal, terwijl het feitelijk zeer gevaarlijk is en wel degelijk aanleiding geeft tot nieuwe conflicten. Wie immers de volmaakte technologische macht in handen heeft, heeft eveneens de mogelijkheid in handen om gebruik te maken van de meest vernietigende technologische wapens.[1096] Deze wapens leiden er volgens Schmitt toe dat de oorlogen van tegenwoordig, hoewel zij schaarser in aantal zijn, zich steeds vaker ontpoppen tot allesvernietigende wereldoorlogen. Technologie is dientengevolge in staat om zowel vrede als oorlog te intensiveren.[1097]

[1087] Schmitt 2007, p. 87.
[1088] Schmitt 2007, p. 89.
[1089] Schmitt 2007, p. 82. Zie voor de gehele ontwikkeling Schmitt 2007, p. 83-85.
[1090] Schmitt 2007, p. 90.
[1091] Schmitt 2007, p. 91.
[1092] Schmitt 2007, p. 92.
[1093] Strong 2007, p. xiv.
[1094] Strong 2007, p. xvii.
[1095] Strong 2007, p. xvi.
[1096] Schmitt 2007, p. 95.
[1097] Schmitt 2007, p. 95.

Hoewel het op het eerste gezicht lijkt dat de liberale notie van de mensheid zou leiden tot een afname van oorlog en conflict – iedereen valt immers onder dit begrip – is dit volgens Schmitt niet het geval. De mogelijkheid van strijd blijft aanwezig, maar komt op een andere manier tot uiting. Hierin schuilt de paradox: het tijdperk van depolitisering en neutralisering lijkt bij uitstek te vervallen in een allesvernietigende hyperpolitiek. Dit leidt tot de opening van het eerste hoofdstuk van de Franse filosoof Jacques Derrida (1930-2004) in zijn werk *Politique de l'amitié* (1997): '[o] my friends, there is no friend', een citaat dat hij ontleent aan de Duitse filosoof Friedrich Nietzsche (1844-1900).[1098] Hiermee wordt het duidelijk dat wanneer iedereen een vriend is, dit er tegelijkertijd toe leidt dat iedereen een vijand kan zijn, met de mogelijkheid tot een allervernietigende oorlog tot gevolg. Dit schrijft Schmitt ook al in *Der Begriff des Politischen:*

> [S]uch a war is necessarily unusually intense and inhumane because, by transcending the limits of the political framework, it simultaneously degrades the enemy into moral and other categories and is forced to make him a monster that must not only be defeated but also utterly destroyed.[1099]

De depolitisering is uiteindelijk een vorm van hyperpolitisering en hiermee verliest de vijand zijn oorspronkelijke betekenis. Zoals Schmitt beschrijft is de politieke vijand namelijk juist geen monster of iets lelijks.[1100]

§ 6.7. Legaliteit en legitimiteit: de waarheid zal zich wreken

Het onderscheid tussen de vriend en de vijand is voor Schmitt noodzakelijk binnen de staat. In de Weimargrondwet was artikel 54 opgenomen op basis waarvan een motie van wantrouwen tegen de regering kon worden aangenomen. Indien tegenstanders van de regering een meerderheid in de Rijksdag bezaten, konden zij wetten aannemen (op basis van artikel 68 van de Constitutie) of met een twee derde meerderheid zelfs de Grondwet wijzigen (artikel 76 van de Constitutie). In de Grondwet zelf was er geen bepaling opgenomen die dit kon voorkomen, hiermee werd de deur feitelijk wagenwijd opengezet voor vijanden van de Constitutie om deze af te schaffen.[1101] Schmitt was tegen een dergelijke 'waardevrije' lezing van de Constitutie, hetgeen hij onder andere beschreef in *Legalität und Legitimität* (1932). Een dergelijke lezing van de Constitutie zou volgens hem in principe mogelijk moeten zijn in andere landen, zoals in Engeland waar de politieke partijen de legitimiteit van de Grondwet zonder meer accepteren,[1102] maar niet in de Weimarrepubliek van zijn tijd.

Met terugwerkende kracht lijkt het betoog van Schmitt welhaast profetisch. *Legalität und Legitimität* verscheen in het voorjaar van 1932 en in de verkiezingen in juli van datzelfde jaar behaalden de communisten en de nazi's inderdaad de 'vijandige meerderheid' (zie paragraaf 2.7.2)

[1098] Jacques Derrida, *The politics of friendship* (George Collins vert.), Londen/New York: Verso 2005, p. 1.
[1099] Schmitt 2007, p. 36.
[1100] Schmitt 2007, p. 27.
[1101] Schwab 2005, p. xlviii.
[1102] Schmitt 2004, p. 27.

waar Schmitt als mogelijkheid op had gewezen. Al in 1930[1103] had Schmitt betoogd dat er in een dergelijk geval geen andere optie was dan voor Rijkspresident Paul von Hindenburg (1847-1934) om op basis van artikel 48 van de Constitutie decreten af te kondigen om de democratische staatsvorm te redden.[1104] Waar de oorzaak van de crisis volgens Schmitt was gelegen in de parlementaire, liberale en legalistische aspecten van de Weimarconstitutie, konden de presidentiële en democratische aspecten de Grondwet van de ondergang redden.[1105]

Feitelijk rechtvaardigt Schmitt aldus in *Legalität und Legitimität* een verbod op de nazi's en communisten: zelfs de meest neutrale Constitutie kan niet neutraal tegenover haar eigen bestaan staan.[1106] Zoals duidelijk wordt, betoogt Schmitt dus precies het tegenovergestelde van Kelsen, die juist betoogde dat een democratische staatsvorm haar vijanden niet kan uitsluiten van democratische verkiezingen – zij houdt hiermee immers op een democratie te zijn (zie paragraaf 5.8).[1107] Waar op basis van Kelsens betoog de Weimarstaat met lede ogen moest toekijken hoe haar vijanden haar langzaam verslonden, deed Schmitt een poging om haar redding te rechtvaardigen. Zoals McCormick beschrijft in het voorwoord van de Engelse vertaling van *Legalität und Legitimität* was het werk direct verbonden met de constitutionele werkelijkheid in de Weimarrepubliek, aangezien Schmitt optrad als adviseur van Schleicher en Papen (zie voor de context van de constitutionele crisis paragraaf 2.7.2).[1108]

Schmitt gaat in *Legalität und Legitimität* primair in op het instorten van de parlementaire, 'wettelijke' staat.[1109] Naast deze parlementaire, wettelijke staat onderscheidt hij tevens de rechterlijke en de administratieve staat – een nieuwe driedeling die hij plaatst tegenover het klassieke onderscheid van democratische, monarchistische en aristocratische staatsvormen.[1110] De wettelijke staat is gebaseerd op onpersoonlijke, vooraf vastgestelde normen waarbij de wetgever en degene die de wet toepast – en hiermee de wetgevende en de uitvoerende macht – strikt van elkaar gescheiden zijn.[1111] Het beslissende kenmerk is een gesloten systeem van legaliteit.[1112] In een dergelijke staatsvorm ontbreekt iedere vorm van autoriteit of legitimiteit (als antithese van legaliteit):[1113]

[1103] Strong 2007, p. x.
[1104] Zie hiervoor Schwab 2005, p. xlix.
[1105] John McCormick, 'Identifying or Exploiting the Paradoxes of Constitutional Democracy? An Introduction to Carl Schmitt's *Legality and Legitimacy'*, in: Carl Schmitt, *Legality and Legitimacy* (Jeffrey Seitzer vert.), Durham/Londen: Duke University Press 2004, p. xiii; Seitzer & Thornhill 2008, p. 1.
[1106] McCormick 2004, p. xix.
[1107] Kelsen 2006, p. 237.
[1108] McCormick 2004, p. xiv.
[1109] Carl Schmitt, *Legality and Legitimacy* (Jeffrey Seitzer vert.), Durham/Londen: Duke University Press 2004, p. 3.
[1110] Schmitt 2004, p. 6.
[1111] Schmitt 2004, p. 3-4.
[1112] Schmitt 2004, p. 6.
[1113] Schmitt 2004, p. 9.

> 'Legality' here has the meaning and purpose of making superfluous and negating the legitimacy of either the monarch or the people's plebiscitarian will as well as of every authority and governing power, whether in a form that provides its own foundation or one claiming to be something higher.[1114]

Waar de legitimiteit ontbreekt in de wettelijke staat, staat deze juist centraal in de twee andere staatsvormen die Schmitt onderscheidt. De rechterlijke staat is de staatsvorm 'in which the deciding judge in the legal dispute has the last word, rather than the norm-setting lawmaker'.[1115] De rechterlijke beslissing, met andere woorden, is hier niet afgeleid uit vooraf gedicteerde, algemene normen, maar wordt door de rechter op basis van zijn eigen autoriteit of discretie genomen.[1116] Tot slot beschrijft hij de administratieve staat 'in which the final decision is expressed concretely, and through which the final authority, the "dernier ressort", appears'.[1117] Hier wordt, met andere woorden, geregeerd op basis van *ad hoc* afgekondigde decreten, die aansluiten bij de concrete situatie.[1118] De verschillende staatsvormen sluiten aan bij verschillende omstandigheden – verschillende omstandigheden vragen om verschillende staatsvormen.[1119]

Volgens Schmitt is de huidige situatie in de Weimarrepubliek, die van een wettelijke staat die van iedere vorm van substantie is ontdaan (vanwege de afbrokkeling van de traditionele waarden van openheid en discussie in het parlement,[1120] zie tevens paragraaf 6.4) niet langer te rechtvaardigen. In een dergelijke situatie verandert het recht in een neutrale formaliteit die geen enkele substantiële grond meer verschaft waarop de doelen van politieke partijen (of de regering) kunnen worden beoordeeld.[1121] De kenmerkende identiteit binnen de democratie van regeerders en geregeerden komt hiermee in gevaar: het systeem verandert in een 'mere majority calculus'.[1122]

Deze 'mere majority calculus' berooft alle legaliteit van overtuigende kracht en maakt dat er geen opstand meer mogelijk is tegen de meerderheid – hiermee faciliteert de wettelijke staat feitelijk haar eigen ondergang omdat er, zoals ik hierboven al beschreef, geen substantiële grond meer beschikbaar is op basis waarvan de doelen van een partij (of meerderheid) kunnen worden beoordeeld. Dit leidt tot de mogelijkheid van de tirannie van de 51%-meerderheid: "[w]hoever controls 51 percent would be able legally to render the remaining 49 percent illegal [..] and to treat partisan opponents like common criminals, who are then perhaps reduced to kicking their boots against the locked door".[1123]

[1114] Schmitt 2004, p. 9.
[1115] Schmitt 2004, p. 4.
[1116] Schmitt 2004, p. 5, 8.
[1117] Schmitt 2004, p. 4.
[1118] Schmitt 2004, p. 5, 8-9.
[1119] Schmitt 2004, p. 7.
[1120] Schmitt 2004, p. 25.
[1121] Schmitt 2004, p. 27.
[1122] Schmitt 2004, p. 28.
[1123] Schmitt 2004, p. 30. Interessant is dat Adolf Hitler een dergelijke democratieopvatting – indien al gesteld kan worden dat er van democratie kan worden gesproken in dit verband – onderschrijft. In een interview met de Amerikaanse journalist Hans von Kaltenborn op 17 augustus 1932 beschrijft hij: "[i]n elke democratie is 51%

Schmitt gaat tevens in op een tegenargument, namelijk dat er op basis van artikel 76 van de Weimarconstitutie voor sommige besluiten een gekwalificeerde meerderheid van twee derde van de stemmen wordt gevraagd: een van de 'buitengewone' wetgevers die Schmitt identificeert in de Weimarconstitutie. Voor Schmitt is de beslissende vraag wat betreft de beoordeling van een dergelijk wetsartikel wat de *ratio* achter de bepaling is.[1124] Indien dergelijke bepalingen enkel zijn ingevoerd vanwege het feit dat 66,67% van de stemmen moeilijker te behalen is dan 51%, moet een dergelijke bepaling volgens Schmitt worden afgewezen: "[w]hen considered more closely, this explanation, which is in itself thoroughly plausible, says nothing more than that sixty-six is quantitatively more than fifty-one, which is without doubt true, but does not address the substantial constitutional problem".[1125] Met andere woorden, de 66,67%-meerderheid verschaft dan net als de 51%-meerderheid geen substantiële grond op basis waarvan de inhoud van wetten of besluiten kan worden beoordeeld. Feitelijk geeft een dergelijke, gekwalificeerde meerderheid zelfs alleen aanleiding tot een verder wantrouwen jegens de meerderheid, die juist van centraal belang wordt geacht in een parlementaire democratie.[1126] Duidelijk is hier dat Schmitt het betoog van Kelsen wat betreft de meerderheidsdemocratie (zie paragraaf 5.6 en 5.7) geheel afwijst: democratie is een identiteit van de regering en de geregeerden en geen 'optelsom van stemmen' of compromis.

McCormick beschrijft in de introductie van de Engelse vertaling van *Legalität und Legitimität* treffend de diagnose die Schmitt stelt:

> Thus Schmitt caricatures the legislative state that he has identified with Weimar parliamentarism as a crude tyranny of the majority that is overly aggressive when redistributing property through 'substantive law regulations' but excessively weak when allowing all parties access to its lawmaking process through 'value-free neutrality'.[1127]

Het alternatief voor Schmitt is een beslissing door de Rijkspresident, die direct wordt gekozen door het volk,[1128] en die een keuze dient te maken wat betreft de doelen van de partijen die deelnemen aan het politieke spel:

> A constitution that would not dare to reach a decision on this question; one that forgoes imposing a substantive order, but chooses instead to give warring factions, intellectual circles and political programs the illusion of gaining satisfaction legally, of achieving their party goals and eliminating their enemies, both by legal means; such a constitution is no longer even possible today as a dilatory formal compromise; and, as a practical matter, it would end by destroying its own legality and legitimacy. It will necessarily fail at the critical moment when the constitution must prove itself.[1129]

---

van de stemmen voldoende om te regeren. Ik heb 37% van de stemmen gekregen, wat betekent dat ik 75% van de macht heb die nodig is om te regeren". Zie Branca 2019, p. 120.

[1124] Schmitt 2004, p. 40.

[1125] Schmitt 2004, p. 40.

[1126] Schmitt 2004, p. 42, 44-45.

[1127] McCormick 2004, p. xxxiii.

[1128] Schmitt 2004, p. 13.

[1129] Schmitt 2004, p. 94.

Natuurlijk is Schmitts oplossing niet ideaal. Zo besteedt hij geen aandacht aan het essentiële onderscheid dat de Weimargrondwet maakt tussen wetten en decreten – een onderscheid dat hij zelf in *Die Diktatur* (zie paragraaf 6.2) nog had verdedigd. Daarnaast is, zoals McCormick beschrijft, het verlenen van meer permanente bevoegdheden aan de Rijkspresident op grond van artikel 48 van de Constitutie in strijd met de intentie van de commissariële dictatuur. Een dergelijke vorm van dictatuur beperkt zich namelijk tot het opheffen van het directe gevaar voor de staatsvorm.[1130] Echter, welk ander alternatief blijft er over? Schmitt zelf sluit *Legalität und Legitimität* af met de constatering dat als de Constitutie er niet in slaagt een onderscheid aan te brengen tussen legaliteit en legitimiteit (zie het bovenstaande citaat), 'it [the constitution, RB] will meet a quick end along with the fictions of neutral majority functionalism that is pitted against value and truth. Then, the truth will have its revenge' [*rächt sich die Wahrheit*].[1131] Dit is precies wat er gebeurde op 23 maart 1933 (zie paragraaf 2.7.2).

§ 6.8. De hoeder van de constitutie

Het is inmiddels duidelijk dat Kelsen en Schmitt het op enkele cruciale punten met elkaar oneens zijn. Hoewel Schmitt een aantal keer direct refereert aan de teksten van Kelsen, komt het tot een directe confrontatie tussen beide denkers wat betreft de vraag naar de relatie tussen de soeverein en de Constitutie in een dispuut over de rol van het *Staatsgerichtshof*.[1132] Dit *Staatsgerichthof* had, na een beslissing van 4 november 1925, een beperkte mogelijkheid gekregen om als hoogste rechter te oordelen over constitutionele disputen. Tot 1931 had het hof oordelen over de bevoegdheden van artikel 48 van de Grondwet echter vermeden.[1133] In het vorige hoofdstuk werd duidelijk dat Kelsen een voorstander was van constitutionele toetsing – ook toetsing wat betreft de bevoegdheden van artikel 48 van de Grondwet. Schmitt was daarentegen van mening dat constitutionele toetsing de mogelijkheid van politieke rechtspraak met zich meebracht en zag in het geval van twistpunten over de constitutie een rol weggelegd voor de Rijkspresident. Caldwell beschrijft dat het debat tussen Schmitt en Kelsen over constitutionele toetsing van centraal belang was in de Weimarrepubliek, aangezien het om de vraag ging of de democratische soeverein – net als de monarch eerder – werd beperkt door het constitutionele recht:

> The issue of judicial review of statutes and presidential decrees for their constitutionality went to the heart of the political presuppositions of the positivist tradition, which had to defer to the sovereign on political questions. The new jurisprudence of constitutional law asked whether the democratic sovereign

[1130] McCormick 2004, p. xxxix.
[1131] Schmitt 2004, p. 94.
[1132] Michael Hoelzl & Graham Ward, 'Introduction', in: 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. xxiii.
[1133] Caldwell 1997, p. 162.

> – as opposed to the sovereign of the monarchical constitution – was limited by constitutional law, adjudicable by the courts.[1134]

Schmitt gaat in *Der Hüter der Verfassung* (1931) in op de vraag wie de 'hoeder van de constitutie' zou moeten zijn. Zoals in het vorige hoofdstuk duidelijk werd, is Kelsen van mening dat een constitutioneel hof deze taak zou moeten vervullen. Schmitt betoogt daarentegen dat indien een constitutioneel hof deze taak zou vervullen, dit zou leiden tot 'politieke rechtspraak' en tot een doorkruising van de bevoegdheidsverdeling binnen de *trias politica*, die volgens hem kenmerkend is voor de burgerlijke rechtsstaat van de Weimarrepubliek. Zoals Caldwell beschrijft, was het doel van Schmitt met dit werk voornamelijk om de vertegenwoordiger van de substantiële politieke wil te identificeren.[1135]

Volgens Schmitt berust de burgerlijke rechtsstaat primair op de idee van scheiding van de verschillende staatsmachten, die zich alle bezighouden met een eigen, specifieke taak (zie tevens paragraaf 6.5).[1136] Hoewel Schmitt erkent dat invulling van het beginsel van machtenscheiding per staat en dus per constitutioneel stelsel verschilt, betoogt hij dat het beginsel niet zodanig kan worden opgerekt dat dit het karakteristieke kenmerk van de rechtsstaat zou aantasten. In een rechtsstaat is de objectieve rechter verheven boven partijen, hij is onafhankelijk en zijn beslissing is afgeleid, op een vooraf berekenbare manier, van de wet.[1137] In het geval van een contradictie tussen twee normen, is het beschrijven van deze contradictie of het oplossen ervan geen rechtspraak, maar wetgeving.[1138] Ieder orgaan dat de authentieke betekenis van een wet vaststelt, handelt als een wetgever.[1139] Schmitt betuigt zich hier aldus een voorstander van hetgeen Kelsen beschrijft als de 'traditionele opvatting'.

Schmitt beschrijft dat in zaken waar een beroep op de rechter wordt gedaan vanwege de incompleetheid of onduidelijkheid van de constitutie geen sprake is van een 'juridische vraag'. Indien de rechter een dergelijke vraag dient te beantwoorden, komt hij in de positie om politieke maatregelen te nemen of deze te voorkomen – hij wordt hierdoor politiek actief op een manier die hem verandert in een krachtige factor in de totstandkoming van het beleid van de Staat.[1140] Dit brengt, met andere woorden, de rechterlijke onafhankelijkheid in het geding. Constitutionele toetsing, die volgens Schmitt resulteert in een politisering van de rechtspraak,[1141] kan rechtspraak volgens Schmitt enkel schaden:

> It seems natural to identify the decision of all political questions through the employment of judicial procedure with the ideal of the rule of law and to overlook that such an expansion into matters that are not justiciable can only damage adjudication.[1142]

[1134] Caldwell 1997, p. 6.
[1135] Caldwell 1997, p. 111.
[1136] Schmitt 2015, p. 107.
[1137] Schmitt 2015, p. 108.
[1138] Schmitt 2015, p. 116.
[1139] Schmitt 2015, p. 117.
[1140] Schmitt 2015, p. 102.
[1141] Schmitt 2015, p. 91.
[1142] Schmitt 2015, p. 90.

In de argumenten van Schmitt schemert de *political question*-doctrine, afkomstig uit de Verenigde Staten, door. Zoals de Nederlandse rechtsgeleerde Geerten Boogaard (geb. 1980) beschrijft, werd de basis van deze *political question*-doctrine gelegd in de zaak *Marbury v. Madison* die in 1803 voorlag bij het Amerikaanse Supreme Court. Opperrechter John Marshall (1755-1835) betoogde dat er in onderhavige zaak een verschil bestond tussen de vraag of de President verplicht was om William Marbury (1762-1835) te benoemen tot rechter en de vraag of Marbury recht had op aangifte van het benoemingsbesluit. Volgens Marshall is de eerste vraag een politieke vraag en de tweede vraag een juridische. Beide domeinen sluiten elkaar volgens hem uit: op een *politieke* vraag kan logischerwijs geen *juridisch* antwoord worden gegeven en vice versa.[1143] Het vraagstuk van de politieke vraag sluit aan bij de *trias politica* aangezien de onderliggende gedachte is dat de rechter zich met juridische vragen dient bezig te houden en dat hij anders zijn bevoegdheden overschrijdt.

Duidelijk is aldus dat Schmitt het idee van de rechter als 'hoeder van de constitutie' afwijst, maar wie dient dan de constitutie te beschermen in tijden van crisis? Dit is volgens hem – in navolging van Constant – een neutrale macht [*pouvoir neutre et intermédiaire*], die niet boven maar naast de andere constitutionele krachten staat en speciale bevoegdheden krijgt toebedeeld.[1144] De taak van deze neutrale macht is primair gelegen in het bemiddelende, behoudende en regulerende aspect. Het is daarom niet alleen een *pouvoir neutre*, maar ook een *pouvoir préservateur.*[1145] Voor Schmitt dient de Rijkspresident te worden beschouwd als een dergelijke, neutrale macht binnen de Weimarrepubliek.[1146] Hij stelt dat zijn standpunt in lijn is met het betoog van Hugo Preuβ (1860-1925) die ten tijde van het tot stand brengen van de Weimargrondwet al betoogde dat de Rijkspresident niet enkel een tegenwicht dient te bieden aan de macht van de Rijksdag, maar ook moet worden beschouwd als een stabiele factor in de constitutionele orde als geheel (zie paragraaf 4.7). Dit is volgens Preuβ voornamelijk van belang wanneer er veel verschillende onderdelen van of binnen de Staat met elkaar moeten samenwerken.[1147] Volgens Schmitt is dit bij uitstek het geval binnen de Rijksdag, waar verschillende politieke partijen gedwongen zijn met elkaar samen te werken, maar waar het vaak niet lukt om een stabiele meerderheidsregering te vormen of waarbij de meerderheid het systeem op legale wijze misbruikt om vast te houden aan de verworven macht.[1148] De Rijkspresident kan aldus fungeren als een stabiele, neutrale macht tegenover het pluralisme van de Rijksdag.

[1143] Geerten Boogaard, 'Urgenda en de rol van de rechter. Over de ondraaglijke leegheid van de trias politica', *Ars Aequi*, januari 2016, p. 28.
[1144] Schmitt 2015, p. 151.
[1145] Schmitt 2015, p. 156. Zoals Sandrine Baume benadrukt, zijn de beschouwingen van Schmitt wat betreft de positie van de Rijkspresident feitelijk een voortzetting van de debatten die werden gevoerd bij de invoering van de Grondwet. Zie hiervoor Baume 2012, p. 38.
[1146] Schmitt 2015, p. 157.
[1147] Zoals aangehaald in Schmitt 2015, p. 157-158.
[1148] Schmitt 2015, p. 144.

Een ander argument dat Schmitt aanhaalt, is dat de rechter over het algemeen wordt gezien als 'onafhankelijk' en 'neutraal', maar dat dit feitelijk alleen betekent dat hij voor het leven wordt benoemd en dat andere staatsmachten hiermee geen (indirecte) controle kunnen uitoefenen op de inhoud van de rechterlijke uitspraken. Volgens Schmitt pleiten de voorstanders van een constitutioneel hof als hoeder van de constitutie niet voor specifieke rechterlijke onafhankelijkheid zoals hierboven uiteengezet, maar voor een neutrale, onafhankelijke instantie in het algemeen.[1149] De onafhankelijkheid van de rechterlijke macht is volgens Schmitt bij uitstek politieke onafhankelijkheid en, in het verlengde hiervan, dient de rechter niet betrokken te worden bij de vorming van de politieke wil – hetgeen wel gebeurt indien hij de bevoegdheid tot constitutionele toetsing verkrijgt.

Schmitt concludeert ten slotte dat de Rijkspresident niet alleen de hoeder van de constitutie zou moeten zijn (in theoretische zin), maar dit feitelijk al is (in de praktijk). Zo stelt de eed die de Rijkspresident moet afleggen (op grond van artikel 42 van de Weimargrondwet) dat de Rijkspresident 'de constitutie beschermt':

> By making the president of the *Reich* the focal point of a system of plebiscitary institutions and competences that are party-politically neutral, the current constitution of the *Reich* aims, precisely on the basis of democratic principles, to form a counterweight against the pluralism of social and economic power-groups and to preserve the unity of the people as a political whole.[1150]

§ 6.9. Conclusie

In dit hoofdstuk werd duidelijk dat Schmitt een van de belangrijkste critici van de opvattingen van Kelsen en van de parlementaire staatsvorm in de Weimarrepubliek was. Dit heeft voornamelijk te maken met het feit dat liberalisme en democratie in de parlementaire staatsvorm samengaan. Deze verbinding met het liberalisme is voor Schmitt een van de belangrijkste oorzaken van de crisis waar de Weimardemocratie in terecht kwam. In het hoofdstuk 3 kwam aan de orde dat het liberalisme volgens hem verbonden is met het romanticisme: het is niet in staat een doorslaggevende beslissing tot stand te brengen. In de werken die in het onderliggende hoofdstuk centraal stonden, werkt hij deze stelling verder uit. Duidelijk wordt dat democratie en liberalisme volgens Schmitt haaks op elkaar staan: het liberalisme legt de nadruk op het individu (individualisme), op politieke partijen, op neutraliteit, op machtenscheiding en op geheime verkiezingen. Dat maakt dat het liberalisme feitelijk alleen maar verdeeldheid binnen de Staat teweegbrengt, terwijl democratie juist gaat om de *eenheid* van het volk.

Deze eenheid binnen de democratie beschrijft Schmitt als een substantiële eenheid: het is geen eenheid die tot stand komt door het optellen van de stemmen – hiermee wordt enkel de 51%- of 66,67%-meerderheid gecreëerd; een louter formeel vereiste. De substantiële eenheid van het volk, die volgens hem voorafgaat aan de democratische staatsvorm, komt volgens Schmitt tot stand door acclamatie van de volkswil door de democratische leider. Deze democratische leider was binnen de

[1149] Schmitt 2015, p. 164, 168.
[1150] Schmitt 2015, p. 172.

Weimarrepubliek de Rijkspresident. Waar de liberale, parlementaire en legistische beginselen in de Weimargrondwet hadden geleid tot een zwakke staat, konden de presidentiële en democratische beginselen haar behoeden voor de ondergang. Schmitt pleitte daarom in de in dit hoofdstuk besproken teksten in toenemende mate voor meer bevoegdheden voor de Rijkspresident: een sterke democratische leider die in staat is om de substantiële eenheid van het Duitse volk te vertegenwoordigen. Vaak gaan deze bevoegdheden ten koste van het parlement – dat hij, zoals gezegd, vooral in verband brengt met het liberale denken en de crisis van de Weimarstaat.

Om de voor democratie essentiële substantiële eenheid tot stand te brengen, is een beslissing nodig: wie behoort tot de 'vrienden' en wie behoort tot de 'vijanden'? In dit verband komt een ander element van Schmitts kritiek op het liberalisme tot uiting: het liberalisme is verbonden met neutraliteit. Door deze neutraliteit kan de essentiële beslissing binnen de democratie niet tot stand komen. Het liberalisme is geen voorstander van een substantiële eenheid binnen de Staat – waarbij als vanzelfsprekend ook het uitsluiten van 'vijanden' komt kijken – maar van een 'mensheidsdemocratie' waar potentieel iedereen toe kan worden gerekend. Hierdoor kan de essentiële beslissing en de hierop volgende politieke eenheid niet tot stand komen en wordt geen recht gedaan aan de eigenheid van het politieke dat bij uitstek verbonden is met de Staat.

De Staat wordt binnen de liberale theorie voorgesteld als een concurrerende macht naast andere machtssferen binnen de Staat en verliest hiermee haar autoriteit. Daarnaast wordt haar eenheid bedreigd door de machtenscheiding, die kenmerkend is voor de burgerlijke rechtsstaat. In plaats van het tot stand brengen van een sterke Staat wordt de macht van de Staat steeds verder ontmanteld en verdeeld. Deze verdeling wordt verder tot stand gebracht door politieke partijen: de politieke partijen vertegenwoordigen immers niet het gehele volk, maar verdelen het democratische volk (de eenheid) in verschillende kleinere machtsverbanden. Deze machtsverbanden, zowel binnen de gehele Staat in de vorm van machtenscheiding als binnen de parlementaire democratie, zijn schadelijk volgens Schmitt.

Duidelijk is dat Schmitt voornamelijk het machtselement in de staat wil versterken, met andere woorden: hij wil de autoriteit en legitimiteit van de staat waarborgen en doet daarom een beroep op de (sterke) uitvoerende macht. Formele theorieën zijn volgens hem niet in staat om de *legitimiteit* van de rechtsorde en van de democratie te waarborgen. Hiermee legt Schmitt de vinger op de zere plek: hoe kan immers de legitimiteit van de rechtsorde en de liberale democratie worden gegarandeerd? Dit was een van de essentiële vragen binnen de Weimarrepubliek die Schmitt aan de orde stelde, zoals hij zelf verwoordde: indien de Weimarconstitutie zijn legitimiteit niet zou kunnen waarborgen zou 'de waarheid zich wreken' – en dit is precies wat er gebeurde. De democratietheorie van Schmitt moet dan ook vooral worden beschouwd als een theorie die zich afkeerde van de parlementaire of liberale democratie, juist omdat deze de essentiële legitimiteit van Staat en democratie volgens hem niet kan garanderen.

De vraag die rest is in hoeverre Schmitts theorie daadwerkelijk aanknopingspunten biedt om de Weimardemocratie te verdedigen tegen vijandige tendensen. Deze vraag moet ontkennend worden

beantwoord. Hoewel Schmitt een duidelijke diagnose stelt van het gebrek aan daadkracht van de Weimardemocratie, legt hij op zijn beurt te veel nadruk op autoritaire elementen binnen de democratie en geeft een legitimatie voor het totaal ondergeschikt maken van het recht aan de staat.

Zijn opvattingen liggen in het verlengde van die van Weber en bieden een rechtvaardiging voor de *Führerdemokratie.* In tijden van crisis kan een dergelijke opvatting goed van pas komen. Echter roept het de vraag op wie erop toe ziet dat de soeverein de macht, na afloop van deze crisis, weer afstaat. Hier biedt de theorie van Schmitt geen antwoord op. Tevens moet Schmitt het antwoord schuldig blijven hoe een kloof tussen de beslissing die ten grondslag ligt aan het recht en de samenleving moet worden overbrugd. Hoe wordt dit een werkelijk democratische beslissing, die gedragen wordt door het volk? Ook in dit verband biedt Schmitts theorie geen uitkomst. Geconcludeerd moet dan ook worden dat zijn theorie onvoldoende tegenwicht biedt aan vijandige tendensen binnen de Weimardemocratie – maar juist een rechtvaardiging biedt voor de ontsporing hiervan.

Hoofdstuk 7

Rudolf Smend: de integrerende waarde van de democratie

In einem Vorgang der Auseinandersetzung von Gegegnsätzen wird die Resultante der allgemeine staatlichen Richtung und Wesenart immer wieder neu gewonnen; durch Kämpfe der öffentliche Meinung und Wahlen, durch parlamentarische Erörterung und Abstimmung.[1151]

Rudolf Smend (1882-1975)

§ 7.1. Inleiding

In hoofdstuk 5 en 6 stonden de opvattingen van Hans Kelsen en Carl Schmitt centraal. Duidelijk werd dat zowel Kelsen als Schmitt in het geweer kwam tegen het dominante wetpositivisme ten tijde van het Tweede Keizerrijk. Dit wetspositivisme kwam in hoofdstuk 3 aan de orde, waarin duidelijk werd dat het ertoe leidde dat politieke verhoudingen – en problemen – in toenemende mate werden uitgesloten van het recht. Het wetspositivisme was aldus enerzijds apolitiek en probeerde anderzijds de eenheid binnen de Duitse Staat te benadrukken. Dit leidde tot een opvatting van het recht die de tekst van de wet centraal stelde en daarnaast gebruik maakte van 'neutrale' interpretatiemethoden (*Begriffsjurisprudenz*). Tevens werd duidelijk dat het wetspositivisme niet in staat is om tegenwicht te bieden tegen de autoritaire tendensen binnen de Duitse staat, maar deze juist bevestigde. De Duitse traditie van het wetspositivisme faciliteerde de traditie waarvan het totalitaire Derde Rijk in het verlengde ligt eerder dan dat zij die verhinderde.

Kelsen trok het rechtspositivistische karakter van het wetspositivisme tot in den extreme door en ontwikkelde een *Reine Rechtslehre* waarin geen enkele vorm van niet-juridische elementen of interpretatie een rol diende te krijgen. Hij betoogde dat *Sein* en *Sollen* volledig van elkaar gescheiden dienden te blijven. Een belangrijke consequentie van dit denken is dat soevereiniteit als categorie van macht van het recht wordt uitgesloten – de rechtsorde zelf wordt, als geheel, als soeverein beschouwd. Hiermee staat vooral de *legaliteit* van het recht centraal. Zijn theorie was hiermee tevens niet in staat om een tegenwicht te bieden aan autoritaire, totalitaire of anderszins antidemocratische tendensen binnen de Duitse staat.

Schmitt uitte eveneens kritiek op het wetspositivisme, maar richtte zich juist tegen het weren van niet-juridische elementen uit het recht. Hij bracht een anti-positivistische theorie tot ontwikkeling waarmee hij zowel kritiek uitte op het wetspositivisme uit het Tweede Keizerrijk als op de theorie van Kelsen. Schmitt benadrukte dat de legitimerende beslissing die ten grondslag ligt aan de rechtsorde een belangrijke rol speelt in het recht – hij legde, met andere woorden, juist de nadruk op de

[1151] Smend 2010, p. 85.

legitimiteit van de Staat. Deze legitimiteit heeft voor Schmitt een transcendent karakter: de soeverein, die boven de rechtsorde staat, en de rechtsorde fundeert en gestalte geeft, staat *boven* de rechtsorde zelf. Door de nadruk te leggen op de almacht van de soeverein en het recht hieraan ondergeschikt te maken, was de rechtstheorie van Schmitt eveneens niet in staat om een werkelijk tegenwicht te bieden aan de vijandige tendensen binnen de Duitse staat. Sterker nog, zijn theorie kan worden gezien als een manier om de almacht van de staat verder te versterken.

Hoewel beide theorieën aldus erg van elkaar verschillen, bieden zij beide geen aanknopingspunten voor een rechtstheoretische verdedigingslinie van de democratie. Dit komt tot uiting in het feit dat zijn, zoals de Amerikaanse filosoof Peter Caldwell stelt, binnen het Hobsiaanse staatsmodel bleven. Met andere woorden, zij onderscheidden de soevereiniteit van de staat van het leven van de burgers[1152] en bevestigen hiermee de autoriteit van de staat, die van oudsher een belangrijke rol speelde binnen het Duitse wetspositivisme. Bij Kelsen is dit duidelijk te zien wanneer hij de soevereiniteit van de Staat volledig gelijkstelt aan de rechtsorde; een sfeer van autoriteit die boven de burgers verheven is. Tevens wordt het zichtbaar in zijn opvattingen wat betreft de legaliteit van de rechtsorde, Kelsen besteedt in het geheel geen aandacht aan de rechtvaardiging van de rechtsorde vanuit de samenleving. Hierboven noemde ik al dat de legitimiteit van de rechtsorde bij Schmitt een transcendent karakter heeft – de funderende beslissing, die de rechtsorde gestalte geeft, komt van boven (van de soeverein).[1153] Bij Schmitt is tevens een ander element uit het Hobsiaanse staatsmodel terug te zien. Voor Thomas Hobbes (1588-1679) is het belangrijkste doel van de Staat het waarborgen van veiligheid.[1154] Schmitt hecht hier eveneens veel belang aan en betoogt om deze reden dat de beslissing die genomen wordt in een noodtoestand bevrijd dient te worden van elk wettelijk kader en dat degene die de beslissing neemt bevrijd dient te worden van elke wettelijke verplichting.

De vraag rijst of er in de rechtstheorie ten tijde van de Weimardemocratie aanknopingspunten te vinden zijn voor een reële verdedigingslinie. In het verlengde daarvan rijst de vraag hoe het recht kan worden verbonden met staat en samenleving, in plaats van hier los van te staan (Kelsen) of volledig in het teken te staan van de soevereine staatsmacht (Schmitt). Deze vraag staat in de volgende hoofdstukken centraal en is bij uitstek van belang in een democratische samenleving, waar de macht in de staat van het volk uitgaat. Zo ook in de Weimarrepubliek, waar in artikel 1 van de Grondwet het democratie-principe is neergelegd. Hoe kan ervoor worden gezorgd dat democratie niet alleen op papier, maar ook in de praktijk een legitimerende werking heeft voor de rechtsorde? In de nadagen van de Weimarrepubliek, waarbij verschillende groepen zich tegen de Staat keerden, wordt deze vraag bij uitstek relevant. Paul von Hindenburg vroeg zich aan het eind van 1932 niet voor niets af hoe lang er

---

[1152] Peter Caldwell, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law. The Theory & Practice of Weimar Constitutionalism,* Durham/Londen: Duke University Press 1997, p. 120.
[1153] Hobbes vindt de eenheid binnen de Staat van groot belang, hij haalt om dit te benadrukken een Bijbels citaat aan: “Een koninkrijk dat in zichzelf verdeeld is houdt geen stand” (Hobbes 2010, p. 139).
[1154] Thomas Hobbes, *Leviathan* (Wessel Krul vert.), Amsterdam: Boom 2010, p. 129, 132.

nog geregeerd kon worden op basis van nooddecreten, die een directe democratische legitimatie missen.[1155]

Om de voornoemde vragen te beantwoorden, staan in dit hoofdstuk de rechtsfilosofische en politiek filosofische opvattingen van Rudolf Smend (1882-1975). In het volgende hoofdstuk komt vervolgens de rechtstheorie van Hermann Heller (1891-1933) aan de orde. Net als Schmitt en Kelsen zetten ook zij zich beiden af tegen het dominante wetspositivisme van het Tweede Keizerrijk.[1156] Zij richtten zich echter tevens tegen de opvattingen van zowel Schmitt als Kelsen en beschrijven dat de Staat voornamelijk moet worden beschouwd als een *sociaal proces*. De nadruk komt hiermee te liggen op de rol van de Staat in het maatschappelijk leven en de betrokkenheid van burgers bij de politiek – een interpretatie van recht en Staat die rekening houdt met het funderen van een waardengemeenschap en de sociale context van beslissingen.[1157] Het doorslaggevende moment van de finale beslissing, een van de centrale discussiepunten van Kelsen en Schmitt, wordt hiermee vermeden[1158] en vervangen door een theorie van *immanente* legitimatie van de Staat. De vraag die rest is in hoeverre de rechtsfilosofische opvattingen van Rudolf Smend en Hermann Heller, die zich richten tegen het Duitse wetspositivisme maar tevens tegen de opvattingen van Kelsen en Schmitt, aanknopingspunten bieden om de Weimardemocratie te verdedigen tegen haar vijandige tendensen. Deze vraag staat centraal in dit hoofdstuk (Smend) en het volgende hoofdstuk (Heller).

§ 7.2. Democratische integratie

Smend werd geboren in een familie van theologen en juristen. Zijn protestantse achtergrond is terug te zien in de werken die hij schreef ten tijde van de Weimarrepubliek, maar speelde voornamelijk een rol van betekenis in de werken die hij na de Tweede Wereldoorlog schreef.[1159] In 1911 werd hij benoemd tot hoogleraar en vanaf 1922 had hij een academische positie in Berlijn, dichtbij het centrum van de macht. Hij behoorde dan ook – in tegenstelling tot Heller, Kelsen en Schmitt – tot het *establishment*.[1160] Tot 1930 behoorde Smend tot de conservatieve *Deutschnationale Volkspartei* (DNVP) (zie paragraaf 2.5.2),[1161] die hij verliet toen Alfred Hugenberg (1865-1951) de partij

[1155] Deze vraag is tevens relevant in het licht van de hedendaagse corona-crisis, waarbij besluiten worden genomen die diep ingrijpen in het leven van de burgers. Hoe kan gezorgd worden dan de burgers deze besluiten accepteren?
[1156] Emmanuel Richter, 'The critici of liberalism: Carl Schmitt: the defective guidance for the critique of political liberalism', *Cardozo L. Rev.,* vo. 21, 2000, p. 1619. Zie tevens Chris Thornhill, *German Political Philosophy. The metaphysics of law,* Londen/New York: Routledge 2007, p. 261.
[1157] Caldwell 1997, p. 133.
[1158] Caldwell 1997, p. 137.
[1159] Stefan Korioth, 'Seven. Rudolf Smend, Introduction', in: *Weimar. A jurisprudence of crisis* (Belinda Cooper vert.), Berkeley/Los Angeles/Londen: University of California Press 2002, p. 207.
[1160] Donald Cloyd, *Weimar Republicanism: Political sociology and constitutional law in Weimar Germany, 1919-1933,* ProQuest Dissertations & Theses 1991, p. 275.
[1161] Caldwell 1997, p. 123.

overnam.[1162] Zijn conservatisme is terug te zien in zijn politieke theorie en dan voornamelijk in het idee dat de constitutionele regering zelf een vorm van cultuur is, die een antwoord diende te bieden op het verlies van gemeenschap – een gevolg van de moderniteit.[1163]

Gedurende de Eerste Wereldoorlog verdedigde Smend de status quo,[1164] dit wordt bijzonder duidelijk in enkele teksten die hij schreef voor de Duitse Revolutie, zoals *Ungeschrieben Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat* (1916), maar ook in *Die Verschriebung der konstitutionellen Ordnung durch die Verhältniswahl* (1919) waarin hij zich een fel tegenstander betoonde van het nieuwe systeem van proportionele vertegenwoordiging, dat volgens hem zou leiden tot een verminderde betrokkenheid van de burger bij de politiek. Na de jaren '20 van de vorige eeuw begon hij zich echter langzaam te verzoenen met het nieuwe democratische systeem, zowel met de proportionele vertegenwoordiging waar hij zich eerder zo kritisch over had uitgelaten als met de Weimardemocratie in het algemeen. In tegenstelling tot veel conservatieven verdedigde hij de Weimarrepubliek tot in haar nadagen.[1165]

Het hoogtepunt van Smends verzoening met de democratische staatsvorm is zijn in 1928 gepubliceerde *Verfassung und Verfassungsrecht* dat tevens geldt als zijn belangrijkste werk. In dit werk gaf Smend aan dat de belangrijkste taak van de constitutie het integreren van de burgers in de staat is. Dit was, zoals hij eerder had betoogd, bij uitstek van belang in een staat die arm en verslagen uit de oorlog was gekomen (zoals Duitsland van dat moment).[1166] De integratie en eenheid binnen de Weimarrepubliek, die voor hem vanuit de burgers – dus van *onder,* uit de samenleving – diende te komen, was het belangrijkste doel. Deze eenheid wordt door een dynamisch proces van integratie gevormd en staat hiermee nooit definitief vast. Zoals de Britse rechtsgeleerde Chris Thornhill (geb. 1984) beschrijft:

> [..] Smend allowed a high degree of latitude in his interpretation of which values might obtain broader social recognition and contribute to the legitimacy of the state. One central implication of his theory is that the content of the integrative values cannot be stipulated, but is derived and tested through ongoing processes of common interpretation.[1167]

De opvattingen van Smend liggen in het verlengde van de organische staatstheorieën van Otto von Gierke (1841-1921) en Hugo Preuβ (1860-1925). In paragraaf 3.2.1 kwam aan de orde dat Gierke uitgroeide tot de belangrijkste tegenstander van het wetspositivisme ten tijde van het Tweede Keizerrijk.[1168] Als sociologisch rechtspositivist stelde hij de Staat voor als biologisch, welhaast

[1162] Caldwell 1997, p. 142.
[1163] Cloyd 1991, p. 279, 298.
[1164] Caldwell 1997, p. 122.
[1165] Cloyd 1991, p. 275.
[1166] Caldwell 1997, p. 142.
[1167] Thornhill 2007, p. 275.
[1168] Martin Otto, 'Germanischer Staat und Genossenschaft: Otto von Gierke als Staatsrechtler', *Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte,* 2017, Vol.18(1), p. 321.

menselijk wezen, dat objectief kan worden waargenomen in de werkelijkheid. Door het observeren van deze statelijke organisatie – en dan vooral het observeren van de handelingen die deze verricht – ontstaat een beeld van wat het recht is. Het recht wordt hiermee een 'feit' in de werkelijkheid.[1169] Preuβ zocht aansluiting bij deze staatstheorie van Gierke, hetgeen duidelijk terug te zien is in zijn opvatting van democratie. Democratie is volgens hem een organisch geheel van het volk [*Einheit in Vielheit*].[1170] Deze eenheid is tevens van groot belang voor Smend. Hij beschrijft dat de eenheid in de Staat tot stand dient te komen door een continu proces van integratie en re-integratie van burgers in de gemeenschap [*geistige Lebensgemeinschaft*] – een proces waardoor de gemeenschap tevens als geheel gevormd wordt. Deze integratie is volgens Smend de essentie van de constitutie, die de organische wilsvereniging van individuen, die uiteindelijk de gemeenschap vormen, tot stand laat komen.[1171]

Smends theorie van integratie, die in de volgende paragrafen centraal staat, verschilt op belangrijke punten van de tot nu toe besproken opvattingen. In de zuivere rechtsleer van Kelsen mocht integratie in het geheel geen rol spelen: Kelsen probeert juist op radicale wijze het onderscheid tussen 'sein'/'is' en 'sollen'/'ought' te maken.[1172] Terwijl Smend bij uitstek het sociologische element in de staatstheorie wil duiden, wil Kelsen dit element radicaal uit het recht weren. Kelsen beschrijft de staat als geheel van normen [*Sollen*], die met de werkelijkheid [*Sein*] niets van doen hebben. Volgens Smend is dit een verkeerde voorstelling van zaken en doet Kelsen het voorkomen alsof de Staat in het geheel geen onderdeel van de werkelijkheid is.[1173] De vraag hoe de burgers zich tot de rechtsorde dienen te verhouden, wordt door Kelsen dan ook niet beantwoord. Dat terwijl hun wederzijdse verhouding volgens Smend juist kan leiden tot de voor hem zo belangrijke integratie.

De integratie-theorie van Smend en de zuivere rechtsleer van Kelsen hebben wel met elkaar gemeen dat beiden de tegenstellingen die door de wetspositivistiche traditie in de hand werden gewerkt – zoals de tegenstelling tussen individu en burger, privaatrecht en publiekrecht, objectief en subjectief recht en dergelijke – poogden te overkomen. Met andere woorden, beiden legden de nadruk op de eenheid binnen de Staat.[1174] Het belangrijkste verschil is het karakter van deze eenheid: een statisch geheel van normen (Kelsen) of een dynamisch geheel van integrerende elementen – burger en constitutie – die elkaar wederzijds vormen (Smend). In de inleiding van dit hoofdstuk kwam al aan de orde dat dit ook te maken heeft met de beantwoording van de vraag waar de eenheid vandaan komt:

[1169] Jo Eric Khushal Murkens, *From Empire to Union. Conceptions of German Constitutional Law Since 1871,* Oxford: Oxford University Press 2013, p. 12-13.
[1170] Zie hiervoor Voβkuhle 2011, p. 257. Dit werd in 1928 in vrijwel gelijke bewoordingen herhaald door Hermann Heller. Zie Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Weimarer Republik und Nationalsozialismus,* München: Verlag C.H. Beck 2002, p. 102.
[1171] Caldwell 1997, p. 123.
[1172] Zie Korioth 2002, p. 207. Smend richt zich tegen het positivisme van Laband, Gerber, Jellinek en Kelsen.
[1173] Smend 2010, p. 131.
[1174] Caldwell 1997, p. 124.

komt deze eenheid uit een vooraf geponeerde norm (van bovenaf) of komt deze eenheid uit een niet vaststaande interactie (van onderaf)?

Schmitt komt tevens in het geweer tegen de verdeling van de Staat in verschillende delen of staatsmachten en benadrukt eveneens de eenheid in de Staat. Daarnaast is Schmitt, net als Smend, een tegenstander van het wetspositivisme. Hiermee lijkt de theorie van Smend op het eerste gezicht meer overeenkomsten te hebben met de theorie van Schmitt dan met die van Kelsen. Het belangrijkste verschil is er echter in gelegen dat zij het fundament van de Staat op geheel andere wijze duiden. Schmitt zoekt de fundering van de Staat in een transcendent moment van beslissing – een funderend element dat van *buiten* de rechtsorde komt.[1175] Volgens Smend miskent deze benadering het dynamische karakter van de politieke orde en daarom dient de focus verlegd te worden naar een *immanente* benadering die het funderende aspect zoekt *binnen* de rechtsorde zelf.

Volgens Smend is deze immanente benadering bij uitstek noodzakelijk vanwege de crisis waar Europese democratieën in terecht waren gekomen vanwege de afwezigheid van een immanent en integrerend proces – een proces dat bij uitstek bijdraagt aan een gevoel van 'behoren tot'.[1176] De Amerikaanse historicus Stefen Cloyd (geb. 1954) beschrijft dat de wijze van integratie die Smend voorstaat in verband staat met het protestantse karakter van de Duitse Staat:

> [Smend] argued that it is a peculiar feature of Protestant states that they rely on *positive* processes of integration. Such states are forced to provide positivized accounts of their legitimacy and legal integrity, and – unlike Roman Catholic states – they cannot presuppose unshakable foundations for the exercise of power.[1177]

Waar rooms-katholieke staten zich dus verlaten op *representatie*, dienen protestantse staten, zoals Duitsland, zich te verlaten op *integratie*. Het is interessant om dit in verband te brengen met de verschillende religieuze achtergronden van Schmitt en Smend. Waar Schmitt, als katholieke denker, de nadruk legt op de representatieve, transcendente fundering van de Staat legt Smend, als protestantse denker, de nadruk op de integrerende, immanente fundering van de Staat. Dit is niet verwonderlijk gezien de verschillen tussen protestantisme en katholicisme: waar binnen het katholicisme een meer hiërarchische structuur geldt, interpreteren en lezen de gelovigen zelf binnen het protestantisme in meerdere mate.

De Britse rechtsgeleerde Jo Eric Murkens verbindt deze verschillende opvattingen van Schmitt en Smend met de vormen van interpretatie van het Duits constitutioneel recht van na de Tweede Wereldoorlog: het staatsrecht [*Staatsrecht*] en het constitutioneel recht [*Verfassungsrecht*]. Het eerstgenoemde *Staatsrecht* kan in verband worden gebracht met de theorie van Schmitt, die de nadruk legt op een 'pre-constitutional and state-centered interpretation of constitutional law'.[1178] Het

[1175] Voor een weerlegging hiervan, zie Smend 2010, p. 186.
[1176] Cloyd 1991, p. 277-278.
[1177] Thornhill 2007, p. 274.
[1178] Murkens 2013, p. 71.

Verfassungsrecht daarentegen 'embraces the totality of written and unwritten legal norms on the foundation, organization, and competences of the state, and the role of the citizen in the state'.[1179] Met dit verschil wordt tevens het onderscheid tussen beide theorieën duidelijk: dient het te gaan om een pre-statelijke eenheid of om een eenheid die zich vormt door de interactie tussen constitutionele normen en burgers? Het Schmittiaanse denken verdedigt de Staat tegenover uitdagingen, terwijl Smend juist uitgaat van een pluralistische rechtsorde die meer gericht is op de politieke gemeenschap.[1180]

Wat Schmitt en Smend met elkaar gemeen hebben – los van hun verzet tegen het wetspositivisme in het Tweede Keizerrijk – is dat zij zich beiden verzetten tegen de liberale constitutionele orde en het pluralisme. De liberale constitutionele orde is volgens beiden wezenlijk apolitiek, terwijl het pluralisme te veel nadruk legt op het onderscheid en de verdeeldheid binnen de Staat. Hoewel zij het wat betreft kritiek met elkaar eens zijn, verschilt hun diagnose. Zoals in hoofdstuk 5 aan de orde kwam, komt de kritiek op Schmitt op de Weimarrepubliek voort uit zijn opvatting dat deze gedomineerd wordt door het liberalisme. Smend is daarentegen van mening dat de Weimarconstitutie in het geheel geen liberalisme of pluralisme voorstond, maar gezien moest worden in het licht van de Duitse burgerlijke traditie van het protestantisme.[1181]

Hierboven noemde ik al dat protestantse staten volgens Smend vooral gericht zijn op integratie van burgers in de Staat – een belangrijk onderdeel van zijn rechtstheorie. De constitutie, die deze integratie van burgers mogelijk maakt, was volgens Smend zelf een vorm van protestantse cultuur. Een dergelijke cultuur was volgens Smend het beste in staat een antwoord te bieden op de problemen van de moderniteit en het hiermee samenhangende verlies aan gemeenschap.[1182] De constitutie van de Weimarrepubliek werkte dit verlies dan ook niet in de hand (zoals Schmitt zou betogen), maar was juist een middel om dit verlies tegen te gaan. Indien de Weimarconstitutie op een liberale wijze geïnterpreteerd zou worden, zou dit volgens Smend uiteindelijk leiden tot de destructie van de gehele rechtsorde van de Weimarrepubliek.[1183] De vraag of een liberale interpretatie van de Weimarconstitutie de destructie van de Weimarrepubliek kan worden verweten, wordt voor nu nog buiten beschouwing gelaten. Wel wil ik hier benadrukken dat het verlies van binding met de Weimarrepubliek en bijbehorende democratie het verval van de democratie vanaf 1929 in de hand heeft gewerkt. De staat die door Schmitt en de wetspositivisten werd bewonderd, bleek niet in staat een adequaat antwoord te bieden op de verschillende crises. Zie voor een beschrijving van dit verval verder vanaf paragraaf 2.7.

[1179] Murkens 2013, p. 71.
[1180] Murkens 2013, p. 72.
[1181] Cloyd 1991, p. 278.
[1182] Cloyd 1991, p. 279, 298.
[1183] Cloyd 1991, p. 328.

Duidelijk is dus dat de liberale, rationele interpretatie van de constitutie moet worden verworpen en dat deze moet worden vervangen door een perceptie van gemeenschap, gestoeld op protestantse culturele waarden en gevormd door een irrationele politieke strijd. Deze vorm van politieke cultuur was voor Smend de enige hoop op eenheid.[1184] Het liberalisme legt daarentegen de nadruk op het individu en ondermijnt hiermee deze eenheid: "[..] it reduced political power relations between individuals holding power and individuals in the representative body, and these relations were judged by rationalistic-individualistic standards of 'good' and 'bad' and 'true' and 'false'."[1185]

Zoals gezegd, zijn de eenheid en de hiermee samenhangende gemeenschap de belangrijkste doelen in de theorie van Smend. De Duitse rechtsgeleerde Stefan Korioth (geb. 1960) is van mening dat Smend hiermee de belangrijkste crisis in de Weimarrepubliek identificeerde, maar dat hij onvoldoende aandacht besteedde aan 'the conditions for and difficulties of creating that unity'.[1186] Hij had, met andere woorden, voornamelijk oog voor het belang van eenheid, maar vergat hiermee dat de eenheid in de Weimarrepubliek ver te zoeken was.[1187] Volgens Caldwell is de voorwaarde voor het functioneren van het systeem van Smend dat er een stabiel constitutioneel systeem bestaat, waarbij de burgers de legitimiteit van de statelijke organisatie aanvaarden.[1188] Een dergelijk systeem lijkt op 'wishful thinking' gezien de situatie in de Weimarrepubliek.[1189]

Hoewel ik het eens ben met Korioth en Caldwell wat betreft hun oordeel dat Smend wellicht meer oog had kunnen hebben voor de concrete situatie in de Weimarrepubliek, heeft hij wel degelijk oog voor het gebrekkige vermogen van de massademocratie tot integratie. Hij lijkt zich wel degelijk bewust van het feit dat de Weimardemocratie onvoldoende nadruk legt op integratie, zoals bijvoorbeeld blijkt uit het feit dat de persoon van de leider als symbool voor de Staat of de kleuren van de vlag in de constitutionele theorie vaak weinig aandacht krijgen. Volgens Smend is het fascisme dan ook beter in staat de eenheid in de staat tot stand te brengen.[1190] De vergelijking met fascisme legt echter geen 'verborgen agenda' bloot, Smend refereert in zijn teksten louter aan het Italiaanse fascisme ter verbetering van de massademocratie in de Weimarrepubliek en raakte nooit 'besmet' met het nazisme. Ten tijde van het Derde Rijk publiceerde Smend vrijwel geen teksten en de teksten die hij wel publiceerde geven op geen enkele manier blijk van enige onderschrijving van het nationaalsocialisme. Smend is vooral een conservatieve denker, die zich in januari 1933 nog (toen de

[1184] Cloyd 1991, p. 298.
[1185] Cloyd 1991, p. 281.
[1186] Korioth 2002, p. 212.
[1187] Korioth 2002, p. 209-211.
[1188] Caldwell 1997, p. 142.
[1189] Caldwell 1997, p. 136.
[1190] Zie bijvoorbeeld Cloyd 1991, p. 313. Smend vindt dat het fascisme de nadruk legt op delen van politiek gedrag die door de wetgevers van de Weimarrepubliek over het hoofd werden gezien.

universiteiten al grotendeels genazificeerd waren), in een rede ter ere van een nationale feestdag uitsprak voor het *Bürgertum*.[1191]

§ 7.3. Smends democratieopvatting

Smend beschouwde zichzelf na het uitbreken van de Eerste Wereldoorlog als republikein.[1192] Hij was een voorstander van een federalistisch systeem, zoals dat werd ingevoerd in de nieuwe Weimargrondwet. Hij was echter een tegenstander van het systeem van proportionele vertegenwoordiging [*Verhältniswahl*], dat in artikel 20 van de Weimargrondwet was neergelegd (zie paragraaf 4.5). Smend was van mening dat het systeem van proportionele vertegenwoordiging de vorming van een verenigde volkswil – die als rode draad door zijn teksten loopt – in de weg zou staan.[1193] In de tekst *Die Verschiebung der konstitutionellen Ordnung durch die Verhältniswahl* (1919) maakt hij zijn belangrijkste kritiekpunten op het systeem van proportionele vertegenwoordiging duidelijk. Deze kritiekpunten staan in deze paragraaf centraal.

Volgens Smend is het belangrijkste idee, dat als fundament voor het systeem van proportionele vertegenwoordiging dient, dat het parlement als een spiegel wordt voorgesteld van de maatschappelijke verhoudingen. Met andere woorden, het parlement geeft precies aan hoe de politieke opvattingen binnen de Staat er op het moment van stemmen uitzien en geeft deze vrijwel letterlijk weer. Smend noemt dit de spiegelende werking van de proportionele vertegenwoordiging, maar naar mijn mening is het meer een fotografische werking: een letterlijke afdruk van de politieke verhoudingen in het land. Smend vindt dat de focus hierbij te veel ligt op de *weergave* van de maatschappelijke en politieke verhoudingen, maar te weinig op de *functie* van het parlement.[1194]

Volgens Smend is de belangrijkste functie van het parlement het mogelijk maken van een dialectische vereniging van verschillende politieke opvattingen.[1195] Een uitgebreide bespreking van dialectiek valt buiten de reikwijdte van dit proefschrift, maar over het algemeen wordt dialectiek beschouwd als het proces waarbij uit tegengestelde opvattingen de waarheid tot stand komt. Dialectiek is bijvoorbeeld terug te zien in de filosofie van de Duitse filosoof Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831). In Hegels dialectiek bestaat verwerkelijking van een begrip altijd uit drie onderdelen. Ten eerste is er de these, iets op zichzelf [*an sich*]; de algemeenheid. Daarnaast is er de antithese, iets voor zichzelf [*für sich*]; het bijzondere. Tot slot is er de synthese van algemeen en bijzonder [*and und*

[1191] Smend 2010, p. 314. Cloyd 1991, p. 322.
[1192] Cloyd 1991, p. 283. Zie voornamelijk *Ungeschriebes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat* (1916).
[1193] Cloyd 1991, p. 289.
[1194] Smend 2010, p. 60.
[1195] Smend 2010, p. 61.

für sich] die leidt tot de voornoemde verwerkelijking van het begrip.[1196] Een andere dialectische denker is de Duitse filosoof Karl Marx (1818-1883), de grondlegger van het marxisme.

Smend beschrijft de dialectiek van het parlement en stelt dat het parlement ertoe dient om vanuit verschillende individuele belangen één gezamenlijk belang tot stand te brengen. Het parlement heeft hiermee geen spiegelende, maar juist een verenigende functie: het is geen letterlijke weergave van de politieke verhoudingen, maar dient een verenigde politieke verhouding tot stand te brengen – die uiteindelijk de wil van de gehele gemeenschap vertegenwoordigt.[1197] Een voorbeeld maakt dit duidelijk: stel dat er twee politieke partijen in een land aanwezig zijn en een van deze partijen wordt gekenmerkt door de kleur wit en de andere door de kleur rood. Smend geeft aan dat het systeem van proportionele vertegenwoordiging ertoe leidt dat de individuele kleuren worden weergegeven (ergo: wit en rood). Echter, wat er in het parlement dient te gebeuren, is het mengen van de kleuren, zodat er een nieuwe eenheid tot stand kan komen (in dit geval: roze). Dit laatste element is volgens Smend niet mogelijk middels het systeem van proportionele vertegenwoordiging.

De vraag rijst dan hoe de eenheid binnen het parlement wel tot stand kan komen. Smend geeft in de onderhavige tekst het belang van het dialectische integratieproces al kort aan en brengt dit in *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928) volledig tot ontwikkeling (zie verder paragraaf 7.5). Het dialectische proces van de vorming van de politieke wil in het parlement kan volgens Smend tot stand komen door de openbare strijd die in het parlement wordt gevoerd – de belangrijkste procedure waarop het parlement steunt: "[i]n einem Vorgang der Auseinandersetzung von Gegegnsätzen wird die Resultante der allgemeine staatlichen Richtung und Wesenart immer wieder neu gewonnen; durch Kämpfe der öffentliche Meinung und Wahlen, durch parlamentarische Erörterung und Abstimmung".[1198]

Door het systeem van proportionele vertegenwoordiging is deze productieve strijd in het parlement echter steeds verder naar de achtergrond verdwenen en hiermee is het parlement veranderd in een 'façade'.[1199] Deze façade is het gevolg van het feit dat de verschillende partijfracties in het parlement enkel hun eigen standpunten vertegenwoordigen en hiermee deelname aan een integrerend debat uit de weg gaan.[1200] Om terug te komen op de eerder genoemde metafoor: door de nadruk op de standpunten van de individuele politieke partijen te leggen (het wit en rood), die eigenlijk voorafgaand aan het debat al vaststaan, wordt de creatieve strijd waardoor de gezamenlijke wil van het volk (het roze) gevormd kan worden onmogelijk. Hiermee komt de oorspronkelijke betekenis van het parlement steeds meer op de tweede plaats te staan. De parlementaire democratie was volgens Smend

[1196] Zoals beschreven in Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *De Filosofie van de Objectieve Geest. Over recht, moraal en politiek* (Bart Labuschagne vert.), Amsterdam: Boom 2005, § 488.
[1197] Smend 2010, p. 61.
[1198] Smend 2010, p. 85.
[1199] Smend 2010, p. 62.
[1200] Zie Cloyd 1991, p. 290.

oorspronkelijk bedoeld als 'eine Regierungsart [..] die sich Mittels der Rede als Motors und als wesentlicher Form ihrer Tätigkeit bedient'.[1201] Dit is echter niet meer het geval: 'der Rede' die dient als 'motor' en 'wezenlijke vorm' van de staatsvorm is niet langer in staat om een productieve strijd en dientengevolge om de politieke eenheid tot stand te brengen.

Het primaire doel van het parlement is volgens Smend dus het mogelijk maken van een goed gereguleerde dialectiek, die uiteindelijk op zijn beurt leidt tot de vorming van een gezamenlijke wil binnen de staat. Met andere woorden, het proces (de gereguleerde dialectiek) vormt de garantie voor een goede en juiste uitkomst (de gezamenlijke wil). In tegenstelling tot hoe Smend dit proces voor zich ziet, was de uitkomst van de parlementaire discussie van oudsher een rationalistisch doel waarbij de nadruk werd gelegd op de technische procedure – het bereiken van de meerderheid van een standpunt, niet het komen tot een gezamenlijk standpunt.[1202] Een dergelijk standpunt werd tevens ingenomen door Schmitt die in zijn kritiek op Kelsen duidelijk maakte dat de uitkomst van een stemprocedure (de helft plus één van de stemmen) nooit de kern kan zijn van democratie (zie paragraaf 6.5).[1203]

Waar Schmitt de nadruk legt op de gezamenlijke wil die voorafgaand aan de verkiezingen al bestaat, legt Smend echter de nadruk op het politieke conflict – de irrationele natuur van het politieke conflict leidt op creatieve wijze tot de vorming van de eenheid binnen de Staat.[1204] Het gaat Smend dan ook niet om de uitkomst, maar om het *middel*. Waar Schmitt kritiek heeft op de uitkomst (de helft plus één na een verkiezing), heeft Smend kritiek op het middel: het creatieve conflict, dat de eenheid binnen de Staat dient te vormen, komt onder druk te staan.[1205] Volgens Smend werkt het systeem van proportionele vertegenwoordiging dit op twee manieren in de hand: ten eerste verdwijnt het creatieve debat uit het parlement, maar ten tweede wordt het ook steeds minder onderdeel van de verkiezingen.

Volgens Smend dient het uitoefenen van het kiesrecht een dialectisch doel, namelijk de politieke wil van de kiezers als geheel tot uitdrukking brengen. Dit proces wordt verstoord door politieke partijen die, zoals ik hierboven al aangaf, volgens Smend een te grote rol krijgen toebedeeld in het systeem van proportionele vertegenwoordiging: het zwaartepunt verschuift van de vorming van de gemeenschappelijke wil van het electoraat naar de politieke partij, die de keuze voor de burger in grote mate bepaalt. De persoonlijkheid van de gekozene wordt hiermee ook minder belangrijk – de kiezer stemt immers grotendeels op een partij in plaats van op de individuele vertegenwoordiger. Juist de persoonlijkheid van de vertegenwoordiger kan volgens Smend een integrerende waarde hebben (zie paragraaf 7.5). Volgens Smend is het dan ook voornamelijk middels lokale vertegenwoordiging –

[1201] Smend 2010, p. 63.
[1202] Smend 2010, p. 85.
[1203] Carl Schmitt, *Legality and Legitimacy* (Jeffrey Seitzer vert.), Durham/Londen: Duke University Press 2004, p. 30, 42, 44-45.
[1204] Cloyd 1991, p. 291.
[1205] Cloyd 1991, p. 292.

zoals in een districtenstelsel – dat beter recht kan worden gedaan aan het proces van dynamische wilsvorming.[1206]

Verkiezingen zijn aldus een belangrijk moment in de democratie voor Smend; een moment van integratie bij uitstek. Verkiezingen dienen dan ook niet beschouwd te worden als procedures die 'rationeel' de wil van de gemeenschap weergeven of die dienen om de beste politieke leiders te kiezen (cf. Weber, zie paragraaf 3.3), maar 'should rest upon such struggles, and under healthy political conditions the tensions were relieved by a healthy catharsis at the end [..]. *Participation*, not substantive outcome, was the constitutional purpose of the election'.[1207] Deze vorm van integratie, die Smend later functionele integratie zou noemen (zie paragraaf 7.5), kwam maar moeizaam tot stand in de massademocratie.[1208] Functionele integratie vindt namelijk grotendeels plaats via participatie en deze participatie had in de massademocratie een indirect karakter – de burger stemt op kleinere groepen en organisaties, die ook nog eens al een standpunt hebben ingenomen, voorafgaand aan de verkiezingen zelf.[1209] Met andere woorden, door het vormen van een spiegel van de samenleving werd de politieke participatie van burgers verkleind.[1210]

De nadruk die Smend hier legt op het belang van politieke participatie van de burgers, vertoont grote overeenkomsten met de opvattingen van de Franse filosoof Jean-Jacques Rousseau (1712-1778). Rouseau kan volgens de Britse politicoloog Carole Pateman (geb. 1940) ook wel 'the theorist *par excellence* of participation' worden genoemd.[1211] In paragraaf 5.4 kwam al aan de orde dat de staatsinstellingen, om rechtvaardig te zijn, volgens Rousseau gebaseerd dienen te zijn op de algemene wil.[1212] Om ervoor te zorgen dat de staatsinstellingen gebaseerd zijn op de algemene wil en niet op de 'wil van allen' [*volonté de tous*] – de optelsom van particuliere belangen – is participatie belangrijk.[1213] Pateman verduidelijkt dit als volgt:

> [..] participation is that men are to be ruled by the logic of the operation of the political situation that they had themselves created and that this situation was such that the possibility of the rule of individual men was automatically preluded.[1214]

Dit citaat illustreert dat participatie ervoor zorgt dat de burger geregeerd wordt door zichzelf (de algemene wil) en niet geregeerd wordt door een ander (de wil van allen). De participatie van burgers diende bij te dragen aan het ontwikkelen van bepaalde karaktereigenschappen die dit mogelijk

[1206] Cloyd 1991, p. 290.
[1207] Cloyd 1991, p. 315. Mijn cursivering.
[1208] Cloyd 1991, p. 316.
[1209] Cloyd 1991, p. 317.
[1210] Cloyd 1991, p. 293.
[1211] Carole Pateman, *Participation and Democratic Theory*, Cambridge: Cambridge University Press 1970, p. 22.
[1212] Jean-Jacques Rousseau, *Het maatschappelijk verdrag* (Bert van Roermund vert.), Amsterdam: Boom 2015, p. 73.
[1213] Rousseau 2015, p. 76-77.
[1214] Pateman 1970, p. 23.

maken.[1215] Hierdoor zit er uiteindelijk een 'onderwijzend' element in de participatie. Dit onderwijzende element is ook terug te zien bij de Engelse filosoof John Stuart Mill (1806-1873). Hoewel Mill, in tegenstelling tot Rousseau, geen voorstander is van een directe democratie,[1216] ziet hij het onderwijzende element ('its operation as an agengy of national education')[1217] in deelneming aan democratische besluitvorming als belangrijkste onderdeel hiervan.[1218] Hij acht dit van belang, omdat er zonder een bepaald gemeenschapsgevoel geen goede regering tot stand kan komen:

> Whenever the general disposition of the people is such, that each individual regards only of his interests which are selfish, and does not dwell on, or concern himself for, his share of the general interests, in such a state of things good government is impossible.[1219]

Net als Rousseau, ziet Mill het belang van participatie in het ontwikkelen van een 'sense of community' waardoor het individu niet enkel zijn eigen wensen nastreeft.[1220] Ook de Franse aristocraat Alexis de Tocqueville (1805-1859) beschrijft een soortgelijke 'sense of community'. Hij stelt dat de burger door actieve deelname aan het bestuur van de samenleving, in eigen kring, het belang stelt in zaken van zijn gemeente.[1221] Hierdoor komt het gevoel tot stand dat, indien iemand het land aanvalt, het is, zoals Tocqueville beschrijft, alsof iemand de burger zelf aanvalt.[1222] Hierdoor komt aldus een belangrijke vorm van eenheid tussen de Staat en burger tot stand – een soort gezamenlijke identiteit. Deze vormende identiteit is ook voor Smend van belang en net als Mill, Rousseau en Tocqueville komt deze identiteit volgens Smend bij uitstek tot stand door participatie.[1223]

Duidelijk is in ieder geval dat het systeem van proportionele vertegenwoordiging de mogelijkheden tot dynamische integratie van de burger heeft bemoeilijkt. Smend gaat echter niet zo ver om te stellen dat het dialectische proces van wilsvorming volledig onmogelijk is geworden: er blijft volgens hem middels proportionele vertegenwoordiging wel een bepaalde vorm van dialectische integratie gewaarborgd. Het belangrijkste verschil tussen de oorspronkelijke bedoeling van het parlementaire systeem en de proportionele vertegenwoordiging in de Weimarrepubliek is dat het oorspronkelijk de bedoeling was dat er een gezamenlijk standpunt [*Gesamtergebnis*] van de kiezersgemeenschap tot stand zou komen, terwijl het nu voornamelijk gaat om het formuleren van een individueel standpunt. In Smends eigen woorden: "[z]war kämpfen die Parteien auch bei der Verhältniswahl um die Wählerstimmen, aber nur um die einzelnen Stimmen, nicht um ein

---

[1215] Zie hiervoor Pateman 1970, p. 24-25.
[1216] John Stuart Mill, 'Considerations on Representative Government', in: John Stuart Mill, *On Liberty, Utilitarianism and Other Essays*, Oxford: Oxford University Press 2015, p. 238.
[1217] Mill 2015, p. 202.
[1218] Mill 2015, p. 247-248.
[1219] Mill 2015, p. 199.
[1220] Zie ook Mill 2015, p. 201, 203.
[1221] Alexis de Tocqueville, *Over de democratie in Amerika* (Hessel Daalder & Steven van Luchene vert.), Rotterdam: Lemniscaat 2014, p. 258.
[1222] Zie tevens Tocqueville 2014, p. 83-84.
[1223] Dit natuurlijk los van de verschillen tussen de voornoemde denkers, die buiten de bespreking van dit proefschrift vallen.

Gesamtergebnis der Merheitswillensbildung der Wählerschaft. Und damit geht ein Moment eigentümlicher schöpferischer politischer Dialektik verloren [..]."[1224] Wederom is het belangrijk op te merken dat het voor Smend dus gaat om de vorming van het gemeenschappelijk belang van de gemeenschap, niet om het vormen van een individuele stem die wordt bijgeteld bij de verkiezingsuitslag van een politieke partij[1225] – waarbij de doelen al grotendeels vaststaan en de dialectische integratie aldus opnieuw wordt bemoeilijkt.

Duidelijk wordt dat de parlementaire democratie op twee manieren een bijdrage aan het integratieproces levert: door de verkiezingen zelf en daarna middels de strijd in het parlement.[1226] Beide worden door het systeem van proportionele vertegenwoordiging onvoldoende erkend. Ten eerste is de productieve strijd in het parlement grotendeels onmogelijk geworden door het bestaan van partijfracties. Daarnaast wordt door het systeem van proportionele vertegenwoordiging de nadruk op het individu gelegd en niet op de gemeenschap. Volgens Smend komt dit alles voort uit de statische benadering die wordt gekozen in de Weimargrondwet: er wordt vanuit gegaan dat er een politieke wil *is* en dat deze als zodanig kan worden weergegeven (met behulp van de spiegel-functie), niet dat de politieke wil *dynamisch* gevormd moet worden door het politieke spel.[1227] Het politieke aspect bij uitstek, het creatieve conflict, is volledig geïsoleerd van de verkiezingen – de burgers spelen geen rol in het creatieve conflict.[1228] Smend betoogt dan ook dat er behoefte is aan een sociologisch georiënteerde staatstheorie – een dergelijke staatstheorie zou meer recht doen aan het irrationele, subjectieve karakter van een werkende constitutie.[1229]

Deze nadruk op een sociologisch georiënteerde staatstheorie, die zich bezighoudt met het werkelijke leven en het dynamische politieke conflict staat in schil contrast met de theorie van Kelsen. Kelsen richt zich bij uitstek tegen dit sociologische onderdeel van de Staat: de Staat is volgens hem een geheel van normen [*Sollen*], die met de (sociologische) werkelijkheid [*Sein*] niets van doen hebben. Er is tevens een verschil te zien met de theorie van Schmitt. Schmitt gaat ervan uit dat er een pre-statelijke wil bestaat, die direct vertegenwoordigd kan worden. Volgens Smend is er geen pre-statelijke wil, maar kan de statelijke wil enkel gevormd worden door de deelname van burgers aan het politieke spel. Hier kan opnieuw de nadruk van Smend op de soevereiniteit van *onder* worden waargenomen. Duidelijk wordt dat voor Smend participatie binnen de democratie een belangrijke rol speelt.

[1224] Smend 2002, p. 64.
[1225] Smend 2020, p. 65.
[1226] Smend 2002, p. 66.
[1227] Cloyd 1991, p. 290.
[1228] Cloyd 1991, p. 294.
[1229] Smend 2002, p. 67.

§ 7.4. Smend over de regering en grondrechten

In de vorige paragraaf werd duidelijk dat Smend de nadruk legt op de rol van burgers in een democratie, door middel van participatie in het democratisch proces. Hierdoor wordt een dialectisch proces van integratie mogelijk waardoor de burger en de statelijke identiteit zich beide vormen. Zoals gezegd, komt dit proces onder druk te staan wanneer het irrationele, subjectieve karakter van de constitutie onvoldoende wordt erkend. Dit laatste draagt er volgens Smend tevens aan bij dat er afbreuk wordt gedaan aan de betekenis van de uitvoerende macht. Dit probleem stelt hij aan de orde in de tekst *Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform* (1923).

Hij beschrijft dat de neiging bestaat om de 'sociale', 'meta-juridische' of 'politieke' betekenis van statelijke functies aan de kant te schuiven en deze tot formele criteria te reduceren. Ik benadrukte in de vorige paragraaf dat dit iets is dat Kelsen zou toejuichen. Volgens Smend is het echter problematisch: op basis van deze formele definities wordt een (abstract) beeld geschetst van wat (bijvoorbeeld) een regering is, maar wordt er onvoldoende gekeken naar de *politieke* betekenis. Dit is het gevolg van de rationalistische benaderingswijze, die is ontstaan in de negentiende eeuw.[1230] Juist bij de regering – de uitvoerende macht – is het van belang om ook de politieke functie in ogenschouw te nemen, aangezien deze bij uitstek dient ter vorming van de statelijke individualiteit (met andere woorden, de specifieke kenmerken van de Staat).

Smend vergelijkt de vorming van de specifieke kenmerken van de Staat met de ontwikkeling van het karakter van een individu:[1231]

> Die Einheit der Persönlichtkeit wird aus dem natürlichen Menschen heraus einerseits dadurch entwickelt, daβ das isolierte Handeln und geistige Leben, bewuβt oder unbewuβt, in Akten der Wirklichkeits- oder der bloβen Selbstgestaltung, fortdauerend diese Einheit herstellt, betätigt, bewuβt macht, forbildet, anderseits dadurch, daβ die Einzelpersönlichtkeit ihre Aufgabe, ihre Eigenart, ihren Lebenssinn in der Auseinandersetzung mit der Umwelt findet und behauptet.[1232]

Met andere woorden, het individu ontwikkelt door zijn handelen, waardoor het in contact komt en staat met de werkelijkheid, zijn karakter. Dit geldt ook voor de staat, deze verkrijgt zijn individualiteit en identiteit door zijn bewuste handelen in de politiek.[1233] Verkiezingen, debatten in het parlement (zie de vorige paragraaf), maar ook het vaststellen van het regeringsprogramma en de verhouding tot andere staten zijn bij uitstek handelingen waarin het karakter van de staat tot stand komt.[1234] Louter formele criteria – zonder politieke en inhoudelijke betekenis – kunnen deze functies niet tot stand brengen en doen afbreuk aan het karakter van de staat.[1235]

[1230] Smend 2010, p. 78.
[1231] Smend 2010, p. 80.
[1232] Smend 2010, p. 80-81.
[1233] Zie Thornhill 2007, p. 275.
[1234] Smend 2010, p. 81.
[1235] Zie Smend 2010, p. 81-83.

Behalve de formalistische interpretatie van de functie van de regering worden volgens Smend ook verschillende individuele artikelen in de Grondwet op formalistische wijze geïnterpreteerd. In de tekst *Das Recht der freien Meinungsaußerung* (1928) bespreekt Smend de consequenties van een dergelijke denkwijze: het leidt ertoe dat de schijnbare tegenstelling tussen verschillende grondrechten wordt overbrugd door deze grondrechten te beschouwen als zowel de som als de uitkomst van talrijke regels en wetten.[1236] Ten eerste kan er volgens Smend geen tegenstelling bestaan tussen verschillende grondrechten, aangezien de interpretatie van deze grondrechten leidt tot de totale eenheid van de constitutie. Ten tweede kan er nooit een definitieve interpretatie van een grondrecht bestaan, aangezien hiermee afbreuk wordt gedaan aan het dynamische karakter van interpretatie. Smend betoogt dat deze manier van kijken naar de constitutie wederom een wijze van statische interpretatie is: de Grondwet als vaststaande identiteit – hetgeen geen recht doet aan de voortdurende integratie, die juist leidt tot het beeld van de Grondwet als substantie die zich steeds hernieuwt en er op deze manier voor zorgt dat de Duitse Staat zich kan ontwikkelen als levende entiteit.[1237]

Zoals een Grondwet niet bestaat uit de simpele optelsom van Grondrechten, die op hun beurt niet worden gevormd door een optelsom van regels en wetten, wordt democratie tevens niet gevormd door de optelsom van individuele belangen. In de vorige paragraaf kwam al aan de orde dat het karakter van de democratie gelegen is in de waarden van de volksgemeenschap en de eenheid die binnen de volksgemeenschap bestaat.[1238] Deze eenheid wordt versterkt door het integrerende proces, dat bijvoorbeeld door participatie wordt gevormd. Dit karakter van de volksgemeenschap krijgt mede vorm door de Grondwet en de verschillende grondrechten.[1239] Grondrechten dienen dan ook beschouwd te worden als hulpmiddelen om een collectieve identiteit te vormen. Hiermee zijn grondrechten, in de woorden van Cloyd, 'socially constructive'.[1240] Smend zelf legt dit uit met de voorbeelden van de artikelen 118 (vrijheid van meningsuiting) en artikel 142 (academische vrijheid).[1241]

Volgens Smend zijn een aantal grondrechten voor de vorming van de statelijke identiteit en eenheid van de volksgemeenschap extra van belang. Dit geldt bijvoorbeeld voor artikel 3 van de Weimargrondwet. In dit artikel zijn de kleuren van de Weimarrepubliek opgenomen. Dit artikel is volgens Smend specifiek van belang vanwege zijn integrerende functie: de kleuren van de vlag maken dat het individu zich kan identificeren met de Staat.[1242] In de Weimarrepubliek wordt onvoldoende nadruk gelegd op het belang van dit artikel – hetgeen merkwaardig is aangezien dit, volgens Smend niet voor niets, aan het begin van de Grondwet is opgenomen. In de Weimarrepubliek bestond een

[1236] Smend 2010, p. 90.
[1237] Smend 2010, p. 91.
[1238] Smend 2010, p. 93.
[1239] Smend 2010, p. 94.
[1240] Cloyd 1991, p. 303.
[1241] Cloyd 1991, p. 304. Zie tevens Smend 2010, p. 95 e.v.
[1242] Smend 2010, p. 94.

groot gebrek aan de integrerende werking van de vlag: onder invloed van de crises keerden de tegenstanders van de Republiek zich juist steeds verder van de Weimardemocratie af en gebruikten zij bijvoorbeeld de vlag van het Tweede Keizerrijk als symbool voor de wens van een conservatieve revolutie (zie bijvoorbeeld paragraaf 2.5.1).

§ 7.5. Integratie als belangrijk aspect van politieke theorie

De integratietheorie van Smend, waar ik al in de eerder besproken teksten aan refereerde, komt volledig tot ontwikkeling in *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928): zijn belangrijkste werk uit de Weimarrepubliek. Hij brengt hier een organische staatstheorie tot stand, waarin individuen middels een dialectisch proces tot statelijke eenheid – tot een gemeenschap – worden en waarbij deze statelijke gemeenschap op zijn beurt bijdraagt aan de vorming van de individuen. In de woorden van Korioth: "'[i]ntegration' means the continuous, unifying joinder of citizens in a state, not in the sense of a hypothetical or historical social contract, but in that of the citizens' spiritual experience of belonging and spiritual union".[1243] *Verfassung und Verfassungsrecht* bestaat uit drie delen. In het eerste deel zet Smend zijn filosofische theorie betreffende de Staat uiteen, in het tweede deel gaat hij in op de betekenis en de functie van de constitutie en in het derde deel beschrijft hij de concrete gevolgen van zijn theorie voor de interpretatie van de Weimargrondwet.[1244] In deze paragraaf staan deze tekst en de integratieleer van Smend centraal.

In het eerste deel van het boek wordt duidelijk dat Smend in de eerste plaats kritiek heeft op de opvatting dat de Staat geen onderdeel van de werkelijkheid is.[1245] In hoofdstuk 5 werd duidelijk dat dit een verwijzing is naar de opvatting van Kelsen, die de staat beschouwt als een geheel van normen dat hiermee enkel behoort tot de wereld van het *Sollen*. De staat, als normatief geheel, dient strikt te worden onderscheiden van de werkelijkheid; het *Sein.*[1246] Volgens Smend is dit onjuist en is de staat bij uitstek een onderdeel van de werkelijkheid. De staat is een onderdeel van de sociale werkelijkheid dat ervoor zorgt dat zowel het individu als de staat zijn identiteit kan vormen. Smend is het echter wel eens met het betoog van Kelsen over de eenheid binnen de staat: waar het wetspositivisme uitging van tegenstellingen tussen individu en gemeenschap, individu en staat en individu en collectief, gaat zowel Kelsen[1247] als Smend ervan uit dat deze categorieën een geheel vormen. Volgens Smend staan deze categorieën in een dialectische relatie tot elkaar, die uiteindelijk gericht is op het vormen van eenheid.[1248] Zoals duidelijk werd in het vorige hoofdstuk, is de eenheid binnen de staat voor Schmitt eveneens belangrijk. Echter, deze eenheid binnen de staat kan niet gebaseerd worden op een

[1243] Korioth 2002, p. 210.
[1244] Korioth 2002, p. 208-209.
[1245] Smend 2010, p. 122.
[1246] Zie bijvoorbeeld 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. 22.
[1247] Zie voor deze opvatting Kelsen 2002, p. 37-38, 94.
[1248] Smend 2010, p. 126, 128.

transcendent fundament[1249] – essentieel is voor Smend de vorming van substantiële steunpunten [*substantiellen Stützpunkte*] voor het geestelijke en sociale leven, die voortkomen uit dit geestelijke en sociale leven zelf (ergo, op immanente wijze).[1250]

De hiervoor genoemde substantiële steunpunten zijn zowel voor de staat als voor het individu van belang. Voor het individu betekent het bestaan van de staat namelijk de mogelijkheid tot zelfbepaling en zelfontwerp – met andere woorden, het betekent de mogelijkheid tot de vorming van zijn identiteit.[1251] De staat heeft, zoals hierboven al kort aan de orde kwam, volgens Smend veel overeenkomsten met het individu.[1252] Net als het individu, maakt de Staat deel uit van de geestelijke werkelijkheid: een werkelijkheid die wordt gekenmerkt door voortdurende actualisering en reproductie. Met andere woorden, een werkelijkheid die wordt gevormd door (dialectische) integratie.[1253] Volgens Smend is deze integratie een doorlopend proces dat nooit volledig ten einde komt en nooit volledig is afgerond.[1254] De wederzijdse vorming van individu en staat leidt tot de conclusie dat de staat het karakter van een soeverein wilsverband heeft: de wil van de staat wordt aldus gevormd door de individuen die hier deel van uitmaken en op zijn beurt wordt de individuele wil gevormd door de interactie met de gemeenschap. De vraag rijst hoe deze wederzijdse vorming mogelijk wordt. Volgens Smend door drie verschillende vormen van integratie: persoonlijke integratie, functionele integratie en zakelijke integratie.[1255]

De eerste categorie, persoonlijke integratie, wordt bij uitstek mogelijk door de persoon van de leider [*Führer*]. Ik beschreef in paragraaf 7.2 al dat Smend kritiek heeft op het liberalisme. Deze kritiek komt naar voren in zijn bespreking van de persoonlijke integratie. Een dergelijke vorm van integratie kan volgens Smend niet tot stand komen middels de mechanische opvatting van het liberalisme, waarbij degenen die worden geleid enkel worden beschouwd als massa, waarop van buiten kracht kan worden uitgeoefend: hierdoor wordt geen ruimte geboden aan productiviteit en spontaniteit van de individuen die deel uitmaken van de massa. Deze productiviteit en spontaniteit is juist kenmerkend voor het geestelijk leven en wordt gestimuleerd door de leider.[1256]

Daarbij is de leider essentieel voor de vertegenwoordiging of belichaming van het volk als geheel – hetgeen bijdraagt aan de vorming van de gezamenlijke identiteit van het volk.[1257] Smend beschrijft dat dit vooral in de monarchische staatsvorm duidelijk wordt, waar het staatshoofd een belangrijkere rol vervult dan in de democratische staatsvorm. Volgens Smend zijn de daden van

---

[1249] Zie bijvoorbeeld Carl Schmitt, *Political Theology. Four chapters on the concept of sovereignty* (George Schwab vert.), Chicago/Londen: The University of Chicago Press 2005, p. 15, 30.
[1250] Smend 2010, p. 129.
[1251] Smend 2010, p. 131.
[1252] Smend 2010, p. 138.
[1253] Smend 2010, p. 136.
[1254] Smend 2010, p. 136.
[1255] Smend 2010, p. 142.
[1256] Smend 2010, p. 143.
[1257] Smend 2010, p. 144.

verering van het staatshoofd niet per se een verering van deze persoon alleen, maar ook een daad van zelfbewustzijn van het volk; van actualisering en vernieuwing van dit zelfbewustzijn.[1258] Bovenstaande toont bij uitstek het dynamische karakter van integratie aan: de wederzijdse beïnvloeding van symbolen van de Staat – in dit geval het staatshoofd ofwel de leider van het land – op het volk waardoor de spontaniteit en productiviteit van het geestelijk leven wordt gestimuleerd.

Het is niet enkel het staatshoofd dat bijdraagt aan de integrerende werking. De ambtenaren van de bureaucratie en de rechterlijke macht behoren ook tot de cirkel van personen met een integrerende werking. Smend wijst het oordeel van Weber dat zij als technische functionarissen enkel onderdeel zijn van een rationele machine af. Zij zijn tevens geen zielloze wezens. Het zijn juist bezielde wezens wiens 'tätigkeit eine Funktion [ist] innerhalb eines geistigen Gansen, werd von dem Ganzen her bestimmt, orientiert sich danach und wirkt wesensbestimmend auf das Ganze zurück'.[1259] Uit deze opvatting van Smend over de rechter blijkt dat hij een zuiver formalistische opvatting van het recht afwijst. De rechter dient niet enkel te kijken naar de tekst van de wet, maar ook naar de functie van de wet binnen 'eines geistigen Gansen', oftewel binnen de Staat als geheel. Hiermee draagt de rechter als persoon bij aan de (persoonlijke) integratie. Zoals in paragraaf 5.5 aan de orde kwam, is het beeld van de rechter als 'onbezield wezen' of 'willoos wezen'[1260] waar Smend aan refereert een gevolg van het legisme van Montesquieu. Dit legisme, dat kenmerkend is voor de ideale republikeinse staatsvorm van Montesquieu, is een gevolg van een strenge scheiding van de verschillende staatsmachten – een opvatting die volgens Montesquieu de vrijheid zo veel mogelijk waarborgt aangezien willekeur wordt voorkomen.[1261] Volgens Smend doet dit afbreuk aan de integrerende functie die de ambtenaren van de Staat (en dus ook rechters!) hebben.

Naast deze persoonlijke vorm van integratie, is er de functionele integratie die wordt gevormd door het geheel van collectieve levensvormen.[1262] Een collectieve levensvorm is volgens Smend hetgeen dat burgers gezamenlijk doen of iets dat zij gezamenlijk uitoefenen en waardoor zij zich onderdeel voelen van de Staat als geheel. Het krijgt voornamelijk gestalte door bepaalde bewegingen [*Vorgänge*] van het volk die functioneren als 'Produktions-, Aktualisierungs-, Erneuerungs-, Weiterbildungprozesse des Sinnsgehalt'.[1263] Smend noemt als voorbeelden marcheren of demonstreren.[1264] Volgens Smend is de massademocratie maar in beperkte mate in staat om deze vorm van integratie tot stand te brengen. Hij vergelijkt de massademocratie dan ook met het fascisme, dat

---

[1258] Smend 2010, p. 145.
[1259] Smend 2010, p. 146.
[1260] De Nederlandse vertaling van Montequieu spreekt van 'willoos wezen' in plaats van 'onbezield wezen'. De vertaling onbezield wezen komt dichterbij het Franse 'être inanimé'.
[1261] Zie Charles Louis de Montesquieu, *Over de geest van de wetten* (J. Holierhoek vert.), Amsterdam: Boom Amsterdam 2006, p. 220, 227.
[1262] Smend 2010, p. 148.
[1263] Smend 2010, p. 150. Zie tevens p. 154.
[1264] Zie tevens Caldwell 1997, p. 125.

volgens hem veel beter in staat is een dergelijke vorm van functionele integratie tot stand te brengen.[1265] In een fascistische staat wordt het individu door directe actie betrokken bij het politieke leven – door corporatisme, militarisme, mythen en andere technieken.[1266] De Engelse journalist Nicholas Farrell (geb. x) onderschrijft dit betoog van Smend in het voorwoord van zijn boek *Mussolini. A New Life* (2003)*:*

> He [Mussolini] and Fascism had mass appeal because unlike democracy, especially Italian democracy, they got things done and unlike democracy they transformed politics into a form of religion – from an isolated act involving the ballot box to a daily act of religious faith.[1267]

Smends idee dat proportionele vertegenwoordiging leidt tot isolering van het individu en afbreuk doet aan de integrerende eenheid (zie paragraaf 7.2) en dat het fascisme beter in staat is dit proces van functionele integratie te bewerkstelligen, komt hier duidelijk naar voren. De persoonlijkheidscultus rondom Mussolini[1268] en het belang van symbolen[1269] waar de Britse historicus Peter Neville op wijst zijn belangrijke voorbeelden van persoonlijke en zakelijke integratie.

Toch kent ook de massademocratie momenten van functionele integratie, zoals het sluiten van verdragen, het meerderheidsprincipe of het houden van verkiezingen (het belang van verkiezingen kwam al aan de orde in paragraaf 7.3).[1270] Smend beschrijft dat het meerderheidsprincipe binnen de democratie vaak verkeerd wordt begrepen en wordt uitgelegd als de rationele uitwerking van de wil van de gemeenschap of een verloren geloof in de juistheid van een besluit. Dit is terug te zien in de kritiek van Schmitt op het meerderheidsprincipe zoals dit door Kelsen wordt vertegenwoordigd. Dit leidt volgens hem tot de mogelijkheid van de 'tirannie van de 51%-meerderheid', een meerderheid die het volk als geheel niet meer vertegenwoordigt.[1271]

Smend is het hier niet mee eens. Hij is van mening dat de politieke strijd voorafgaand aan de vorming van de meerderheid juist betekent dat de minderheid de spanning verliest en zich daarna kan schikken in het oordeel van de meerderheid: "[d]as Erlebnis beim Austrage innerpolitischen Kämpf ist bei gesunden politischen Verhältnissen das einer wolthuenden Entladung von Spannungen, einer Katharsis, ähnlich wie beim Ausgang eines Spieles".[1272] De diepere grond is de overtuiging van de juiste uitkomst van de catharsis.[1273] Het zorgt ervoor dat het individu beseft dat hij tot de gemeenschap behoort, of hij nu voor de meerderheid of minderheid heeft gestemd. Het gaat uiteindelijk dus om de participatie van het individu in de verkiezingen en de politieke strijd (zie tevens paragraaf 7.3).[1274]

[1265] Smend 2010, p. 149. Zie teven Cloyd 1991, p. 316.
[1266] Smend 2010, p. 159.
[1267] Nicholas Farrell, *Mussolini. A New Life*, New York: Sharpe Books 2018, p. 2.
[1268] Peter Neville, *Mussolini* (Rob Hartmans vert.), Amsterdam: Uitgeverij Veen Media 2015, p. 152.
[1269] Neville 2015, p. 169.
[1270] Smend 2010, p. 150. Zie tevens p. 154.
[1271] Schmitt 2004, p. 30.
[1272] Smend 2010, p. 151.
[1273] Smend 2010, p. 151.
[1274] Cloyd 1991, p. 316.

Hiermee wordt de integrerende werking van het parlement bij uitstek duidelijk: het individu dat wellicht behoorde tot een politieke minderheid krijgt middels deelname aan verkiezingen (de politieke strijd) de mogelijkheid tot integratie met de meerderheid.

Smend gaat ook in op de discussie die zich heeft afgespeeld tussen Schmitt en de Duitse rechtsgeleerde Richard Thoma (1874-1957) over het wezen van de parlementaire staatsvorm. In paragraaf 6.4 kwam aan de orde dat het parlement volgens Schmitt zijn oorspronkelijke intellectuele grondslagen van openheid en discussie is verloren. Hiermee is tevens de politieke strijd om tot waarheid en gerechtigheid te komen verloren gegaan.[1275] Volgens Smend schetst Schmitt hiermee een verkeerd beeld van wat de parlementaire staatsvorm wezenlijk is: het gaat niet om het komen tot de waarheid of gerechtigheid, maar om de integrerende functie die het parlement heeft. Net als Smend, verwijt Thoma Schmitt dat hij te veel waarde hecht aan de ideologische grondslagen, die hij bovendien bekijkt zonder rekening te houden met hun ontwikkeling door de tijd.[1276] Smend en Thoma zijn beiden van mening dat de waarde van een statelijke instantie niet te maken heeft met de ideologie waar deze op gebaseerd is, maar beoordeeld dient te worden op haar vitaliteit en kracht.[1277]

Naast verkiezingen en participatie van het individu in de politieke staat, zijn ook parlementaire debatten, het formeren van een kabinet of het formuleren van een regeringsbeleid integrerende delen van de Staat. Echter draait het Smend, in tegenstelling tot Max Weber, niet om het nemen van goede besluiten of het worden tot goede leiders, maar om de dialectische functie die zij vervullen.[1278] Het doel is 'integrieren, d.h. schaffen zu ihrem Teile die jeweilige politische Individualität des Volksganzen und damit die Voraussetzung für sein rechtlich faβbares, inhaltlich gutes oder schlechtes Tätigwerden'.[1279] Deze dialectische functie hangt samen met de rol van de meerderheid, die hierboven aan de orde kwam: indien deze integrerende kracht heeft, komt dit uiteindelijk ten goede aan de gehele gemeenschap. De integrerende kracht van de meerderheid kan worden afgemeten aan de vorming van een waardengemeenschap.[1280]

Tot slot is er de derde categorie van integratie: de zakelijke integratie. Deze vorm van integratie heeft betrekking op de opvatting dat de staat er is om gemeenschappelijke doelen te behartigen of dat het bestaan van de staat door het bestaan van gemeenschappelijke doelen wordt gerechtvaardigd.[1281] Door deze doelen wordt de staat gevormd als totaliteit of eenheid. Smend beschrijft dit als volgt: "[..] das Staatsleben als Ganzes nicht eine Summe, sondern eine individuelle Einheit, eine Totalität ist, bestimmt durch die Konkretisierung objectiver Wertgesetzlichkeiten in

[1275] Schmitt 1985, p. 34, 49-50.
[1276] Richard Thoma, 'Appendix: On the Ideology of Parliamentarism (1925)', in: Carl Schmitt, *The crisis of parliamentary democracy* (Ellen Kennedy vert.), Cambridge/MA: The MIT Press 1985, p. 77.
[1277] Smend 2010, p. 152.
[1278] Smend 2010, p. 154.
[1279] Smend 2010, p. 154.
[1280] Smend 2010, p. 155.
[1281] Smend 2010, p. 160.

diesen konkreten geschichtlichen Verhältnissen".[1282] Om op deze manier integrerend te werken, dienen de individuen als eenheid te worden gerepresenteerd door politieke symbolen zoals vlaggen, wapens, staatshoofden en nationale feestdagen. In tegenstelling tot de persoonlijke integratie, waarbij het bij het staatshoofd gaat om de verbinding door het geven van leiding en de functionele integratie, waarbij het bij een nationaal feest gaat om de deelname aan dit feest, gaat het hier om de directe representatie van de staat door het bestaan van het symbool. Deze symbolen geven het gezamenlijke verleden en de toekomst van het land tegelijk weer en hebben daarom een integrerende werking.[1283] Het belang van deze symbolen wordt in het bijzonder duidelijk in de tegenstelling tot andere landen.[1284]

Deze vorm van integratie hangt volgens Smend ook bij uitstek samen met het leefgebied [*Lebensraum*][1285] waarop het statelijke leven plaatsvindt: het staatsgebied, de grenzen en de kenmerken van het landschap – de geografische kenmerken van de staat.[1286] Deze geografische kenmerken zorgen op meerdere manieren voor integratie: ten eerste door de verdediging en bewerking van het land. Daarnaast is het grondgebied het totale bezit van een staat en volk en staat hiermee symbool voor de Staat als geheel als *Vaterland* en *Heimat*:[1287] "[m]it dieser Funktion tritt das Gebiet in die Reihe der integrierenden Symbolisierungen einer unformulierbaren Wertfülle, einer Werttotalität, und zwar an die ersten Stelle dieser Reihe".[1288] Tot slot is de Grondwet volgens Smend nog van belang in het kader van zakelijke integratie indien zij de volgende zaken vastlegt: gebied, kleuren en wapens, staatsvorm en staatskarakter.[1289]

Volgens Smend hangen alle drie de vormen van integratie met elkaar samen: de werkelijkheid van het statelijke leven is de steeds voortdurende productie van zijn werkelijkheid als soeverein wilsverband en deze werkelijkheid draagt bij aan de integratie.[1290] Volgens Smend wordt de integratie in de moderne tijd wel bemoeilijkt door het verval van de onproblematische en natuurlijke waardengemeenschap die in de middeleeuwen bestond. De moderne mens is volgens Smend geen mens zonder waarde of substantie, maar een mens zonder gemeenschappelijke en traditionele waarden, die noodzakelijk zijn voor een statelijke culturele en sociale orde. Daarom is integratie in de moderne massastaat juist zo belangrijk.[1291] Het doel van Smends teksten is dan ook voornamelijk het

[1282] Smend 2010, p. 162.
[1283] Smend 2010, p. 167.
[1284] Smend 2010, p. 163.
[1285] Hoewel deze term later, onder invloed van de nazi's een negatieve connotatie verwierf, heeft Smend hier enkel het geografische territoir op het oog.
[1286] Smend 2010, p. 168.
[1287] Smend 2010, p. 169.
[1288] Smend 2010, p. 170.
[1289] Smend 2010, p. 170.
[1290] Smend 2010, p. 171.
[1291] Smend 2010, p. 172.

benadrukken van het belang van een gemeenschappelijke waardencultuur (en de integratie die hiervoor nodig is).

§ 7.6. Het wezen van de constitutie

Volgens Smend is het bestaan van de Grondwet en de uitleg van deze Grondwet van groot belang voor de integratie. De Grondwet is een belangrijk onderdeel voor de rechtsorde dat zich van andere wetten onderscheidt vanwege haar politieke karakter.[1292] De uitleg van deze Grondwet, die volgens Smend wordt gevormd door het gezamenlijke politieke leven in de Staat,[1293] staat centraal in de voorliggende paragraaf.

In tegenstelling tot het positivisme of formalisme dat zich wat betreft de Grondwet van de staat enkel op wetten baseert, gaat het volgens Smend bij de interpretatie van de Grondwet om het weergeven van politieke krachten die onafhankelijk van wetsartikelen bestaan. De belangrijkste vraag die centraal staat wat betreft de Grondwet is de vraag naar het *wezen* van de Staat.[1294] Dit wezen van de Staat wordt gevormd door zowel wetsartikelen als politieke krachten en daarnaast door hun onderlinge verhouding: "[h]ier handelt es sich um die Einheit der Staatsverfassung als ideelles Sinnsystem, für dessen Erassung mit Recht die Einbeziehung auch jener 'soziologische Kräfte' neben dem geschrieben Verfassungstext gefordert wird – also um ein Sonderproblem dieses geisteswissenschaftliche Sondergebiets".[1295] Hier wordt opnieuw het contrast met Kelsen duidelijk, aangezien Smend refereert aan sociologische krachten – krachten die volgens Kelsen juist moeten worden geweerd wanneer het gaat om de interpretatie van wetten.

In de vorige paragraaf besprak ik al dat het gezamenlijke politieke leven het belangrijkste doel is van de integratietheorie van Smend. Dit gezamenlijke politieke leven krijgt bij uitstek vorm middels de Grondwet waarin de Staat zijn levenswerkelijkheid heeft.[1296] Deze levenswerkelijkheid maakt het integratieproces mogelijk – een integratieproces dat zich niet alleen op de enkeling, maar op de gemeenschap als geheel richt (op de totaliteit van de Staat).[1297] De Grondwet zorgt er bij uitstek voor dat de wisselwerking tussen het individu en de gemeenschap kan plaatsvinden en maakt daarom integratie mogelijk.[1298] Deze integratie zorgt er mede voor dat de Grondwet volgens Smend een elastisch en geen statisch karakter heeft: door het constitutionele leven en de interactie tussen individu

[1292] Smend 2010, p. 238.
[1293] Smend 2010, p. 187.
[1294] Smend 2010, p. 188.
[1295] Smend 2010, p. 188-189.
[1296] Smend 2010, p. 189.
[1297] Smend 2010, p. 190.
[1298] Smend 2010, p. 191.

en gemeenschap vindt de constitutie zich steeds opnieuw uit.[1299] Hierover kom ik verderop in deze paragraaf uitgebreider te spreken.

Aangezien de totaliteit van de staat voor Smend zo belangrijk is, richt hij zich tegen de opvatting – die wordt voorgestaan door onder andere Schmitt[1300] en Gerhard Anschütz[1301] – dat de verschillende delen van de Grondwet met elkaar in tegenspraak zijn. Volgens Smend is de Grondwet één geheel, dat er juist als geheel voor kan zorgen dat de voor hem zo belangrijke integratie kan plaatsvinden.[1302] De vergelijking met Schmitt op dit punt is interessant. In paragraaf 6.5 kwam aan de orde dat Schmitt ervan uit gaat dat er een politieke wil bestaat *voorafgaand* aan de Grondwet.[1303] Met andere woorden, er bestaat al een politieke wil voordat de Grondwet als document tot stand komt. Volgens Schmitt komt deze politieke wil bij uitstek tot stand in de artikelen in de Weimargrondwet die de democratie, de republikeinse staatsvorm, de (burgerlijke) rechtsstaat en de parlementaire vertegenwoordiging regelen.[1304] Deze artikelen regelen de existentiële beslissingen en dienen volgens Schmitt extra beschermd te worden. Hieruit blijkt tevens het statische karakter van de Grondwet volgens Schmitt: de beslissingen zijn eenmaal genomen en dienen als zodanig gehandhaafd te worden.

Voor Smend is de politieke wil binnen de Staat tevens van belang. Echter, deze politieke wil is niet iets dat voorafgaat aan de Grondwet ('jede Auffassung ablehnen [muss], die den Staat als eine irgendwie (meist völlig unklar) gegeben Substanz'),[1305] maar iets dat gevormd wordt *gedurende* het constitutionele leven zelf. Met andere woorden, de artikelen in de Grondwet maken het mogelijk dat de politieke wil van het volk gevormd worden in plaats van dat de politieke wil aan de basis ligt van de Constitutie. Smend is dus juist een tegenstander van het bestaan van een statische politieke wil en ziet de constitutie hiermee juist als middel om de politieke wil te vormen. Het immanente karakter van integratie wordt in deze vergelijking duidelijk.

Waar Schmitt de nadruk legt op bepaalde existentiële beslissingen in de Grondwet, dient de Grondwet voor Smend te worden gezien als een geheel – in dit geheel zijn bepaalde (existentiële) artikelen niet belangrijker dan andere, maar maakt juist het geheel de integratie mogelijk. Dat betekent niet dat bepaalde artikelen niet in meerdere mate bijdragen aan integratie dan andere. Het eerste deel van de Grondwet, waarin de verschillende staatsorganen worden beschreven, is bijvoorbeeld juist belangrijk voor de persoonlijke integratie van de Staat.[1306] Dit eerste deel van de Grondwet geeft bij uitstek het politieke karakter van de Staat aan, omdat 'es sich um Lebensgesetz einer Konkretheit

[1299] Smend 2010, p. 192. Smend beschrijft dat hij zich bij uitstek verzet tegen de constitutionele theorie van Max Weber die de constitutie voorstelt als mechanisch, geobjectiveerd en technisch apparaat dat erop toeziet om bepaalde doelen te verwezenlijken (zie Smend 2010, p. 196).
[1300] Schmitt 2008, p. 83-84.
[1301] Cloyd 1991, p. 304.
[1302] Smend 2010, p. 198.
[1303] Carl Schmitt, *Constitutional Theory* (Jeffrey Seitzer vert.), Durham: Duke University Press 2008, p. 76, 78.
[1304] Schmitt 2008, p. 77-78.
[1305] Smend 2010, p. 205.
[1306] Smend 2010, p. 198.

handelt und zwar, da diese Konkretheit nicht eine Statue, sondern ein einheitlicher, diese Wirklichkeit immer von neuem herstellender Lebensprozeβ ist, um das Gesetz ihrer Integration'.[1307] Hoewel Smend er dus vanuit gaat dat de verschillende artikelen van de Grondwet een eenheid vormen, is het wel noodzakelijk om vast te stellen dat deze artikelen niet voor niets vooraan in de Grondwet zijn opgenomen: deze artikelen vestigen en bepalen het politieke karakter van de Staat en maken integratie – middels de andere artikelen – bij uitstek mogelijk.[1308] In de rechtstheorie van de Weimarrepubliek heeft dit deel van de Grondwet weinig aandacht gekregen, juristen gaan ervan uit dat het een 'deel' van de Constitutie is zonder duidelijke of belangrijke betekenis.[1309] Dat is volgens Smend niet het geval. Artikel 1 en 3 van de Weimargrondwet werken 'als Festlegung des Legitimitätstypus des Staats in sein Leben über, wollen insbesondere als Auslegungsregeln für den Geist seines Rechts, sogar unter Bindung des Gesetzgebers, gelten'.[1310]

Dit betekent, zoals gezegd, niet dat de andere onderdelen van de Constitutie niet belangrijk zijn. Zo heeft het geheel van grondrechten voor Smend twee functies:

> [..] er will eine sachliche Reihe von einer gewissen Geschlossenheit, d.h. ein Wert- order Güter-, ein Kultursystem normieren, und er normiert es als nationales, als das System gerade der Deutschen, das allgemeinere Werte national positiviert, eben dadurch aber den Angehörigen dieser Staatsnation etwas gibt, einen materialen Status, durch den sie sachlich ein Volk, untereinander und im Gegensatz gegen andere, sein sollen.[1311]

Met andere woorden: de grondrechten geven het geheel van een cultuursysteem weer en daarnaast geven zij de staat een materiële status als volk, waardoor de staat zich ten opzichte van andere staten kan verhouden. De Grondwet ziet aldus toe op het systeem van de cultuur en een positieve oriëntatie op grondrechten draagt bij aan de integratie van het volk.[1312] Hiermee wordt duidelijk dat de Grondrechten voor Smend niet alleen juridische status of betekenis in positiefrechtelijke zin hebben, maar dat deze tevens een bepaalde cultuur of een bepaald waardensysteem vestigen waar de Staat op gebaseerd is.[1313]

Naast de Grondrechten die in de Constitutie zijn opgenomen en de belangrijke artikelen aan het begin van de Constitutie, is het systeem van de federale staat een belangrijk kenmerk van de Weimarrepubliek. Smend contrasteert dit met de Grondwet van Bismarck uit 1871: in de Grondwet van Bismarck wordt de nadruk gelegd op de individuele *Länder* en in de Weimargrondwet gaat het om de rechtsmacht van de federale staat. Deze eenheid van de federale staat is ook in de deelstaten het

[1307] Smend 2010, p. 239.
[1308] Smend 2010, p. 239, 260.
[1309] Smend 2010, p. 261.
[1310] Smend 2010, p. 262.
[1311] Smend 2010, p. 264.
[1312] Smend 2010, p. 264.
[1313] Smend 2010, p. 265.

belangrijkste moment van statelijke integratie.[1314] Smend beschrijft dan ook dat het onjuist is om de verschillende deelstaten als rivalen en vijanden voor te stellen, zoals de Amerikaanse staatsman James Madison (1751-1836) ook aangaf.[1315]

Smend betoogt dat ieder staatsorgaan zijn eigen specifieke functie heeft en bijdraagt aan de integratie. Het parlement wordt bijvoorbeeld gekenmerkt door de integrerende functies van verkiezingen, openbare debatten, stemmingen, debatten tussen parlement en regering of tussen parlement en andere staatsorganen (dit kwam reeds aan de orde in paragraaf 7.2). Het succes van de integrerende functie van het parlement hangt volgens Smend af van het bestaan van verschillende tegenstanders,[1316] het bestaan van gezamenlijke opvattingen en de mogelijkheid van een gezamenlijke, overkoepelende opvatting van het volk die tot stand kan worden gebracht. Wanneer hieraan wordt voldaan, maakt het volgens Smend niet uit dat niet *iedereen* bij de verkiezingen op de regeringspartijen heeft gestemd – de meerderheid is dan de optimale verwerkelijking van de vrijheid.[1317]

Als deze opvatting van Smend wordt vergeleken met die van Kelsen (zie paragraaf 5.4), valt op dat beiden het meerderheidsprincipe in de democratie verdedigen. Kelsen doet dit echter op grond van de overtuiging dat de meerderheid de minderheidsopvatting uiteindelijk ook dient te verdedigen. Zoals ik beschreef in hoofdstuk 4, is Kelsen – contra Rousseau – geen voorstander van een meta-individuele identiteit; een politieke identiteit die losstaat van de particuliere wil van de burger. Deze meta-individuele identiteit is voor Smend wel belangrijk, uiteindelijk dient de burger – of deze nu behoort tot de meerderheid of de minderheid – door middel van integratie te worden betrokken bij de collectieve gemeenschap, die de staat vormt. Net als Rousseau[1318] lijkt Smend ervan uit te gaan dat er een overstijgende, collectieve identiteit binnen de democratie bestaat. Echter verschillen beiden van mening over het antwoord op de vraag hoe deze overstijgende, collectieve identiteit gevormd wordt. Is het een identiteit die vooraf vaststaat (Rousseau) of het resultaat van integratie (Smend)? Daarnaast kan de algemene wil (de meta-individuele identiteit) volgens Rousseau niet dwalen[1319] – indien het individu een andere wil heeft, dient deze wil desnoods met lichte dwang te worden aangepast.[1320] Dit is niet het standpunt van Smend: volgens hem dient er op basis van integratie uiteindelijk een collectief standpunt gevormd te worden.

De vraag die zich aandient, is hoe nu de uiteindelijke wil binnen de Staat wordt vastgesteld, aangezien er dus volgens Smend niet een objectief vast te stellen algemene wil (cf. Rousseau) bestaat.

[1314] Smend 2010, p. 269.
[1315] Smend 2010, p. 271.
[1316] Smend 2010, p. 201.
[1317] Smend 2010, p. 202.
[1318] Zie bijvoorbeeld Rousseau 2015, p. 65, 72, 111.
[1319] Zie Pateman 1970, p. 23.
[1320] Zie Rousseau 2015, p. 76-77.

Smend beschrijft dat er uiteindelijk een orgaan is binnen de staat dat de definitieve wil vaststelt.[1321] Dit hoogste orgaan is het eindpunt van de integratie.[1322] Volgens Smend kan het per staat verschillen welk orgaan hiervoor wordt aangewezen. Het kan bijvoorbeeld het constitutioneel hof zijn, zoals het Amerikaanse *Supreme Court*, maar het kan ook – zoals in Europa gebruikelijker is – aan de wetgever worden overgelaten. 'Heute mag der Parlamentarismus die elastischen letztinstanzlichen Ausgleichsmöglichkeiten liefern', aldus Smend.[1323]

Naast de persoonlijke integratie van de Staat zelf, is een andere functie van de organen van de Staat dat zij de integrerende strijd mogelijk maken en hiermee ook bijdragen aan de functionele integratie. In de moderne constituties wordt deze functionele integratie mogelijk gemaakt door een systeem van machtenscheiding (zie hiervoor paragraaf 6.5).[1324] Waar het volgens Schmitt kenmerkend is voor de burgerlijke rechtsstaat dat deze middels machtenscheiding een bepaalde mate van verdeling, in plaats van de voor hem zo noodzakelijke eenheid, in de constitutie teweeg brengt, is het voor Smend juist een onderdeel van de Constitutie dat kan bijdragen aan de vormende strijd binnen het constitutionele leven.[1325] Er zijn drie van deze systemen waar te nemen in de constitutie: het politieke samenspel van de wetgever en de uitvoerende macht, de regering en de mogelijkheid tot dictatuur op basis van artikel 48 van de Grondwet als onmiddellijk politieke en integrerende functie en tot slot de wetgever en de rechterlijke macht als dragers van het rechtssysteem.[1326] Al deze elementen dragen bij een de dialectische werking binnen de staat – de afbakening van de verschillende onderdelen van de staatsmacht is dan ook belangrijk, maar de samenwerking – of wellicht beter gezegd, het samenspel – tussen de staatsmachten is eveneens van belang.[1327] In dit samenspel van de hogere staatsorganen wordt de integratie binnen de Staat mogelijk.[1328]

Smend gaat tot slot in *Verfassung und Verfassungsrecht* in op het probleem van de legitimatie van de staat, dat door Schmitt aan de orde werd gesteld. Smend is van mening dat er zonder legitimiteit geen positieve constitutie of rechtsorde mogelijk is.[1329] Volgens hem zijn er verschillende onderdelen van de Constitutie die bijdragen aan de mogelijkheid van deze legitimiteit, zoals grondrechten, de preambule, het staatsgebied, de staatsvorm en haar dragende principe, maar ook de vlag die de staat vertegenwoordigt.[1330] Zoals ik al meermaals benadrukte, is de grondslag van deze legitimiteit volgens Smend echter niet te vinden in een transcendent moment van legitimering – het moment van de beslissing van de politieke wil voorafgaand aan de constitutie (cf. Schmitt) – maar in

[1321] Smend 2010, p. 202.
[1322] Smend 2010, p. 203.
[1323] Smend 2010, p. 203.
[1324] Smend 2010, p. 205.
[1325] Smend 2010, p. 207.
[1326] Smend 2010, p. 213. Zie tevens Smend 2010, p. 259.
[1327] Smend 2010, p. 214-215.
[1328] Smend 2010, p. 246.
[1329] Smend 2010, p. 215.
[1330] Smend 2010, p. 217.

een immanent moment van integratie; een steeds vernieuwende integratie die middels handelingen van zowel de burger als de gemeenschap als geheel gestalte krijgt. Deze immanente integratie kan worden bevorderd door bepaalde rituelen, zoals dansen of door een vertegenwoordigend symbool. Dit vertegenwoordigend symbool kan ook een persoon zijn, zoals een monarch – dit is volgens Smend de reden dat de legitimiteit in een monarchie gemakkelijker benadrukt kan worden dan in een democratie.[1331]

Het onderscheidende element van de democratie is echter dat deze gedragen dient te worden door actief burgerschap, dat als bezit voortleeft en doorgezet wordt.[1332] Dit kwam in paragraaf 7.3 al aan de orde waar ik het belang van politieke participatie voor Smend beschreef. De democratische constitutie wordt verzwakt indien de burgers zich niet beschouwen als effectieve politieke actoren.[1333] Hoewel Smend, zoals Korioth terecht opmerkt (zie paragraaf 7.2), zich weinig lijkt aan te trekken van de daadwerkelijke politieke situatie in de Weimarrepubliek, legt hij hier wel de vinger op de zere plek: in de Weimarrepubliek bestond een groot gebrek aan een actief volk van democraten. Dit werd bij uitstek duidelijk in de latere jaren van de Republiek (na de *Beurskrach*, zie paragraaf 2.7.1) wanneer een steeds kleinere groep personen bereid bleek om te vechten voor het voortbestaan van de Republiek. Hiermee onderschrijft Smend feitelijk het betoog van de Franse filosoof Charles de Montesquieu (1689-1755), die pleit voor een bezield volk van democraten. Dit bezielde volk van democraten kan zich echter alleen vormen door het *leven* in de democratie zelf.[1334] Smend betoogde dat de Europese democratieën in een crisis terecht waren gekomen omdat ze de behoefte van burgers aan een integrerend proces in de staat uit het oog waren verloren – dit integrerend proces draagt immers bij aan een collectief gevoel van 'behoren tot'.[1335]

§ 7.7. Dworkin en Smend: waarden in interpretatie

Een van de belangrijkste kenmerken van de theorie van Smend is dat waarden dienen te worden meegenomen in de interpretatie van wetsartikelen. Hiermee komt de theorie van Smend dichtbij de theorie van de Amerikaanse filosoof Ronald Dworkin (1931-2013), die tevens beschrijft dat rechters mensenrechten moeten behandelen als afgeleid van principes en dat rechters hierbij worden gedwongen hier rekening mee te houden in hun interpretatie. In de voorliggende paragraaf sta ik stil bij de opvattingen van Dworkin wat betreft de interpretatie van rechterlijke principes om hiermee de theorie van Smend tevens te verduidelijken.

[1331] Smend 2010, p. 220.
[1332] Smend 2010, p. 222.
[1333] Cloyd 1991, p. 276.
[1334] Montesquieu 2006, p. 87; Afshin Ellian & Raisa Blommestijn, '100 jaar Weimar. Reflectie op democratie', *NJB* afl. 40, 2019, p. 3024. Zie voor verdere uitleg Afshin Ellian, '*L'amour de la démocratie* versus de dictatuur van de rechtsstaat. De weerbaarheid van de democratie zelf', in: Afshin Ellian, Gelijn Molier & Bastiaan Rijpkema (red.), *De strijd om de democratie. Essays over democratische zelfverdediging*, p. 190-191.
[1335] Cloyd 1991, p. 277-278.

In hoofdstuk 3 kwam aan de orde dat de scheidingsthese een belangrijk onderdeel is van het Angelsaksische, statisch rechtspositivisme (te onderscheiden van het Duitse wetspositivisme). In het boek *Taking Rights Seriously* (1977) betoogt Dworkin dat er in het Engelse rechtspositivisme, onder anderen door H.L.A. Hart, te veel nadruk is gelegd op de betekenis van wetten en hun verhouding tot moraal, maar te weinig aandacht is besteed aan de vraag hoe rechters in een rechtszaak tot hun oordeel komen.[1336] Dit hangt tevens samen met de vraag wanneer de rechter nu 'recht maakt' in zijn uitspraak.[1337] Volgens Dworkin is er te weinig aandacht besteed aan de relatie tot moraal, morele principes horen volgens hem ook bij het recht. In zaken waar de beslissing niet direct voor de hand ligt, maken rechters gebruik van deze principes om tot een beslissing te komen.[1338] Hij noemt onder andere het voorbeeld van de zaak *Riggs v. Palmer* (1889).[1339] In deze zaak had een kleinzoon zijn opa vermoord met het doel zo snel mogelijk het geld van zijn erfenis te ontvangen. De wet schreef voor dat deze jongen inderdaad de erfenis diende te krijgen. Volgens Dworkin kan iedereen aanvoelen dat dit onbevredigend is en biedt de wet daarom in dit geval geen uitkomst. De rechters in deze zaak voelden dit ook aan en oordeelden dat 'no one shall be permitted to profit by his own fraud, or take advantage of his own wrong, or to found any claim upon his own iniquity, or to acquire property by his own crime'.[1340]

In deze zaak, maar ook in de zaak *Henningsen v. Bloom field Motors, Inc.* (1960), konden de rechters zich bij hun oordeel niet louter verlaten op de wet – deze bood in beide gevallen geen uitkomst. In het geval *Riggs v. Palmer* zou dit geresulteerd hebben in het feit dat de moordende kleinzoon 'gewoon' zijn erfenis had ontvangen.[1341] De uitspraak van de rechter is in dit geval – en in soortgelijke gevallen – dan ook niet gebaseerd op een rechts*regel*, maar op een rechts*principe*. Het kenmerk van een rechtsregel is dat 'rules are applicable in an all-or-nothing fashion'.[1342] Met andere woorden, nuance is niet mogelijk. In tegenstelling tot wat H.L.A. Hart betoogt, bestaat het recht volgens Dworkin dan ook niet enkel uit rechts*regels*. Rechtsprincipes zijn eveneens een belangrijk onderdeel van het recht, die in 'hard cases' uitkomst kunnen bieden voor de rechter.[1343]

Het samenspel van principes als onderdeel van het recht en de interpretatie van de rechter van de wet in het licht van deze principes, vertoont grote overeenkomsten met de theorie van Smend. Net als Dworkin, gaat Smend ervan uit dat er bepaalde funderende beginselen van de gemeenschap zijn. Deze beginselen zijn belangrijk in de toepassing van het recht – het samenspel van deze funderende beginselen en de toepassing van het recht, noemt Smend integratie. Dworkin geeft dit samenspel weer

[1336] Ronald Dworkin, *Taking rights seriously,* Londen: Bloomsbury 1997, p. 15.
[1337] Dworkin 1997, p. 17.
[1338] Dworkin 1997, p. 38.
[1339] Dworkin 1997, p. 39.
[1340] Zie Dworkin 1997, p. 39 voor een beschrijving van deze zaak en het oordeel van de rechters.
[1341] Dworkin 1997, p. 39-40.
[1342] Dworkin 1997, p. 40.
[1343] Dworkin 1997, p. 41-43.

in zijn uitleg over de *moral reading* van de Amerikaanse Constitutie – abstracte rechten in de Constitutie dienen te worden uitgelegd en toegepast volgens morele principes van politieke betamelijkheid en rechtvaardigheid. Deze morele principes vormen de funderende beginselen van de Amerikaanse Constitutie zelf.[1344] Zoals in paragraaf 7.2 en 7.3 aan de orde kwam, wijst Smend een zuiver formalistische opvatting van rechtspraak af. Een dergelijke opvatting van recht en rechtspraak doet afbreuk aan de integrerende functie die de ambtenaren van de Staat (en dus ook rechters) volgens Smend hebben – zij hebben de taak om de individuele wet te integreren in de Staat als geheel als 'eines geistigen Gansen'. Thornhill beschrijft dit treffend: "[w]here the constitution expresses a set of objectively held values, citizens feel themselves personally and objectively bound to the state, and the constitution integrates the citizens in support of the state".[1345]

§ 7.8. Conclusie

In dit hoofdstuk stond het denken van Smend centraal en is speciaal aandacht besteed aan de vraag naar de aanknopingspunten wat betreft mogelijkheden tot verdediging van de Weimardemocratie tegen vijandige tendensen. In eerdere hoofdstukken kwam naar voren dat Kelsen de vraag naar de legitimiteit van de rechtsorde geheel vermijdt en legaliteit en legitimiteit volledig aan elkaar gelijkstelt, terwijl Schmitt komt tot een *transcendente* fundering van de legitimiteit. Hun beider theorieën blijven echter in een discours dat de staat en het recht niet alleen van elkaar onderscheidt, maar dat tevens weerloos blijft tegenover autoritaire, totalitaire en antidemocratische tendensen binnen de rechtsorde.

Smend had kritiek op zowel de opvattingen van Schmitt als die van Kelsen. Duidelijk werd dat Smend voornamelijk de nadruk legt op de wederzijdse beïnvloeding van burger en de staat; een proces dat hij integratie noemt. Deze integratie kan tot stand komen door een dialectische relatie tussen de burger en bepaalde symbolen van de staat – hierdoor kan, als het ware, een eenheid tussen beide tot stand komen. Het parlement is voor Smend belangrijk als instrument voor de burger om te integreren in de democratie – in de Weimarrepubliek, met het systeem van proportionele vertegenwoordiging, wordt geen recht gedaan aan deze integrerende functie. Er wordt enkel gekeken naar de politieke verhoudingen in het land, maar niet naar de *functie* van het parlement. Het parlement is er om de dialectische vereniging tussen verschillende politieke opvattingen tot stand te brengen. Het parlement is voor Smend bij uitstek van belang omdat het ervoor zorgt dat vanuit verschillende individuele belangen één gezamenlijk belang tot stand komt. Het gaat er dus om dat het parlement uiteindelijk de gehele gemeenschap vertegenwoordigt en dat er middels een politieke strijd tot een eenduidige wil kan worden gekomen.

[1344] Ronald Dworkin, 'The Moral Reading of the Constitution', *The New York Review of Books*, 1996.
[1345] Thornhill 2007, p. 275.

Smend legt in zijn theorie nadruk op politieke participatie – door participatie in de statelijke instituties komt niet alleen de wil van deze instituties tot stand, maar wordt de burger ook actief betrokken bij de vorming van deze wil. De burger wordt, met andere woorden, een onderdeel van de Staat die hij tegelijkertijd zelf vormgeeft. Smend ziet democratie uiteindelijk als een creatief conflict, dat ervoor zorgt dat er een eenduidige wil tot stand komt. De Staat is voor Smend een individu, dat zich door zijn handelen en door het in contact komen met de werkelijkheid ontwikkelt. Louter formele criteria, zonder politieke en inhoudelijke betekenis (cf. Kelsen), kunnen deze functies niet tot stand brengen en doen afbreuk aan het karakter van de Staat.

Om de eenheid binnen de Staat te vormen en de dialectische relatie tussen burger en Staat tot stand te brengen, onderscheidt Smend drie vormen van integratie. De eerste categorie is de persoonlijke integratie die bij uitstek mogelijk wordt door de persoon van de leider. Daarnaast is er de functionele integratie, die wordt gevormd door het geheel van collectieve levensvormen zoals marcheren of demonstreren. In een massademocratie is deze vorm van integratie lastig te waarborgen, maar Smend is van mening dat deelname aan de democratische strijd gezien kan worden als een vorm van functionele integratie. Tenslotte is er de zakelijke integratie – die betrekking heeft op politieke symbolen, zoals vlaggen, wapens, staatshoofden of nationale feesten. Mede om deze reden is Smend van mening dat de kleuren van de vlag van de Weimarrepubliek van belang zijn (artikel 3 van de Grondwet). Alle drie deze vormen van integratie hangen met elkaar samen: het statelijke leven is de continue ontwikkeling van deze vormen van integratie – het proces van eenheid tussen de burger en de Staat.

De vraag die rest is of de theorie van Smend een betere waarborg zou kunnen bieden tegen autoritaire, totalitaire of anderszins antidemocratische tendensen binnen de staat dan die Kelsen enerzijds en Schmitt anderzijds. Om deze vraag goed te kunnen beantwoorden, is het belang te beseffen dat voor Smend de samenleving (bestaande uit burgers), het recht en de staat in een dialectische verhouding tot elkaar staan. Met andere woorden, statelijke autoriteit dient gedragen te worden door de burgers en de burgers dienen deze statelijke autoriteit, middels participatie in de samenleving, te dragen. Voor het recht, tevens gedragen door (de uitgangspunten van) burgers, geldt hetzelfde.

De leemte in de theorie van Smend is echter dat het onduidelijk blijft welke waarden ten grondslag liggen aan deze integratie. Met andere woorden, welke waarden zijn zo fundamenteel dat deze niet in het dialectisch proces verloren kunnen raken? Dit is een vraag die onbeantwoord blijft. Dit is in zekere zin een onvermijdelijk gevolg van Smends theorie: hij gaat er immers van uit dat deze waarden zich door het samenspel van burgers zullen vormen – hetzelfde geldt voor de interpretatie van belangrijke grondwetsartikelen.

Geconcludeerd dient dan ook te worden dat de theorie van Smend een eerste aanzet geeft tot een andere kijk op de rechtstheorie dan die door het wetspositivisme enerzijds en door Schmitt en Kelsen anderzijds wordt voorgesteld. Deze aanzet kan verder worden uitgewerkt met de theorie van

Hermann Heller, die zoals gezegd in zekere zin als complementair ten opzichte van die van Smend kan worden beschouwd. Zijn rechtsfilosofische opvattingen staan centraal in het volgende hoofdstuk.

Hoofdstuk 8

Hermann Heller: de vorming van een waardengemeenschap

Tatsächlich ist die geistesgeschichtliche Basis des Parlamentarismus nicht der Glaube an die öffentliche Diskussion als solche, sondern der Glaube an die Existenz einer gemeinsame Diskussionsgrundlage und damit die Möglichkeit eines fair play für den innerpolitischen Gegner, mit dem man sich unter Ausschaltung der nackten Gewalt einigen zu können meint.[1346]

Hermann Heller (1891-1933)

§ 8.1. Inleiding

In het vorige hoofdstuk stonden de denkbeelden van Rudolf Smend centraal. Duidelijk werd dat Smend het recht voornamelijk ziet als de uitdrukking van de waardencultuur die tot stand komt middels integratie. Zijn theorie biedt hiermee een betere waarborg tegenover de vijandige tendensen die zich binnen de Weimardemocratie bevonden dan die van Kelsen en Schmitt. Hij geeft hiermee een eerste aanzet tot een verdedigingslinie tegenover dergelijke tendensen. Hetzelfde geldt voor Hermann Heller, wiens denkbeelden in dit hoofdstuk centraal staan. De vraag die specifiek wordt beantwoord is hoe zijn theorie kan worden gezien als aanvulling van de verdedigingslinie die wordt opgebouwd door Smend.

Ik kies voor het bespreken van Heller, aangezien theorieën van Smend en Heller in zekere zin als complementair kunnen worden gezien.[1347] 'Complementair' betekent niet 'hetzelfde' en er bestaan dan ook duidelijke verschillen bestaan tussen beide denkers. Zo is Heller bijvoorbeeld van mening dat de funderende principes [*Rechtsgrundsätze*] in het recht zelf zijn gelegen. Voor Heller vormen deze funderende, ethische principes die enerzijds ten grondslag liggen aan het positieve recht en anderzijds bij de interpretatie ervan moeten worden betrokken, de belangrijkste basis voor de legitimatie van de Staat.[1348] Heller is dan ook – in tegenstelling tot Schmitt en net als Smend – een protagonist van een immanente vorm van legitimatie van de Staat. Deze immanente vorm van legitimatie biedt, zo kwam in het vorige hoofdstuk aan bod, een belangrijk aanknopingspunt in de verdedigingslinie tegenover de vijanden van de democratische staatsvorm.

Behalve dat hij de nadruk legde op funderende en ethische beginselen in het recht, speelde Heller tevens een belangrijke rol bij het tot stand brengen van een inclusieve vorm van democratie. Hij stelde zich ten doel een democratische staatsvorm te ontwikkelen die zich gemakkelijk zou kunnen

---

[1346] Heller 1971b, p. 427.
[1347] Caldwell 1997, p. 141. Zie tevens Caldwell 1997, p. 133.
[1348] David Dyzenhaus, 'Hermann Heller – an introduction', *Cardozo Law Review,* december 1996, vol. 18(3), p. 1134.

aanpassen aan sociale veranderingen. De Spaanse rechtsgeleerde Agustín José Menéndez benadrukt dat dit niet altijd gemakkelijk was:

> This implied reconciling normative institutions, sociological assumptions and legal theories that were far from obviously compatible. In particular, Heller struggled constantly to square his simultaneous commitment to a rather Hegelian conception of political community, a quasi-Hobbesian understanding of public power and a (strong) cognitivist normative theory, while keeping a vigilant eye on the evolving social, economic, cultural and political context.[1349]

De theorieën van Heller en Smend kunnen dus in zekere zin als complementair worden gezien, maar hun positie binnen de Weimarrepubliek was geenszins met elkaar te vergelijken. Heller was van Joodse afkomst – hoewel hij zelf terugtrad uit de Joodse cultuurfamilie[1350] – en daarnaast openlijk aanhanger van de *Sozialdemokratische Partei Deutschlands* (SPD) waar hij zich in 1920 bij aansloot.[1351] Zijn afkomst en politieke overtuigingen bemoeilijkten het verkrijgen van een universitaire aanstelling en ondanks zijn vele publicaties – hij groeide uit tot de meest prominente en invloedrijkste socialistische rechtsgeleerde van de Weimarperiode[1352] – werd Heller pas op 15 maart 1931 benoemd tot professor *Öffentliches Recht* aan de Universiteit van Frankfurt.[1353]

Heller studeerde rechts- en staatswetenschap in Wenen, Graz en Innsbruck en was voor het uitbreken van de Eerste Wereldoorlog actief in de jongerenbeweging *Wandervogel*.[1354] Hij onderbrak zijn studie om als vrijwilliger in het Oostenrijkse leger te dienen. Aan de ervaringen op het front hield hij een hartafwijking over, die ertoe leidde dat hij al op 42-jarige leeftijd kwam te overlijden.[1355] Na de Eerste Wereldoorlog hervatte hij zijn studie en habiliteerde hij bij de Duitse rechtsgeleerde Gustav Radbruch (1878-1949) op een werk over Hegel en nationalisme, getiteld 'Hegel und der nationale Machtsstaatsgedanke in Deutschland'.[1356] Hegels werk bleef ook na dit *Habilitationschrift* een belangrijke inspiratie voor Heller,[1357] hetgeen ook naar voren komt in het hiervoor aangehaalde citaat van Menéndez.

Ten tijde van de Weimarrepubliek was Heller, zoals Cloyd terecht opmerkt, een loyale interpreet van de Constitutie.[1358] Echter gold zijn loyaliteit niet alleen voor de interpretatie van de Constitutie, maar bleek Heller ook bereid om de Constitutie op andere wijzen te verdedigen. Zo nam

---

[1349] Agustín José Menéndez, 'Hermann Heller NOW', *European Law Journal,* mei 2015, vol. 21(3), p. 285. Zie tevens Rainer Wolf, 'Hermann Heller', *Kritische Justiz,* 1 januari 1993, vol. 26(4), p. 504.
[1350] Christoph Müller, 'Hermann Heller: Leben, Werk, Wirkung', in: Hermann Heller, *Gesammelte Schriften. Dritter Band,* Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1992, p. 435.
[1351] Müller 1992, p. 436.
[1352] Cloyd 1991, p. 341.
[1353] Müller 1992, p. 439.
[1354] Caldwell 1997, p. 127.
[1355] Müller 1992, p. 435; Dyzenhaus 1996, p. 1129.
[1356] Wolf 1993, p. 501.
[1357] Martin Drath & Christoph Müller, *Einleitung,* in: Hermann Heller, *Gesammelte Schriften. Erster Band,* Leiden: A.W. Sijthoff's Uitgeversmaatschappij n.v. 1971, p. x.
[1358] Cloyd 1991, p. 343. Zie ook Heller 1971b, p. 377.

hij samen met de Duitse rechtsgeleerde Gustav Radbruch deel aan het verzet tegen de Kapputsch in 1920 (zie paragraaf 2.5.1) en verdedigde hij in 1932 de Pruisische deelstaatregering tijdens de juridische procedure die volgde op de Pruisenslag (zie paragraaf 2.7.2).[1359] Heller was van mening dat de Pruisenslag door de regering-Papen en de nazi's was gepland. Daarnaast vond hij het inzetten van artikel 48 van de Constitutie onnodig, omdat er al vanaf 1914 continu onrust in Pruisen was geweest en, belangrijker nog, omdat de deelstaatregering voornemens was in te grijpen en de onrust te beëindigen.[1360] Er was dus in het geheel geen sprake van een dusdanige dreiging die het gebruik van noodbevoegdheden legitimeerde. Heller zag het nationaalsocialisme als grote bedreiging voor de Weimarrepubliek en was van mening dat de Weimargrondwet verdedigd diende te worden, desnoods met het wapen in de hand.[1361]

In maart 1933 – net voor de *Machtsgreiferung* van de nazi's (zie paragraaf 2.7.2) – ging Heller in op de uitnodiging van de Britse politieke wetenschapper en econoom Harold Laski (1893-1950) om naar Engeland te komen. Door de maatregelen die tijdens zijn verblijf in Engeland tegen de Joden waren uitgevaardigd – Heller werd op 17 april 1933 de toegang tot het ambt officieel ontzegd[1362] – door de NSDAP was het voor Heller onmogelijk om terug te keren naar Duitsland.[1363] Dientengevolge accepteerde hij een uitnodiging om naar Madrid te komen, maar zijn verbleef was van korte duur. In 1934 stief hij aan de hartafwijking die hij tijdens de Eerste Wereldoorlog had opgelopen.

§ 8.2. Socialisme en nationalisme

Heller was aanhanger van de SPD. Voor hem was het socialisme een manier om een nationale gemeenschap tot stand te brengen, die gebaseerd diende te zijn op een gevoel van saamhorigheid en wederzijds respect tussen nationale kameraden.[1364] Hij pleitte voor een nationaal georiënteerd socialisme,[1365] dat het best tot uiting zou kunnen komen in een sociale rechtsstaat en democratie om zo vrijheid en gelijkheid mogelijk te maken.[1366] De nationalistische opvattingen van Heller hingen samen met de negatieve voorwaarden van de Vrede van Versailles (zie paragraaf 2.4) en de bezetting van het Ruhrgebied (zie paragraaf 2.5.1).[1367] Deze zetten de Duitse Staat – onnodig – onder druk.

Heller achtte de natiestaat van belang. Het was de plaats waar de gemeenschap zich diende te vormen, omdat de gemeenschap voor een groot deel bestond uit kenmerken van natuurlijke origine:

[1359] Dyzenhaus 1996, p. 1129; David Dyzenhaus, 'Eight. Hermann Heller, Introduction', in: Arthur Jacobson & Bernhard Schlink, *Weimar. A jurisprudence of crisis* (Belinda Cooper vert.), Berkeley/Los Angeles/Londen: University of California Press 2002, p. 249.
[1360] Dyzenhaus 1999, p. 208-209.
[1361] Müller 1992, p. 440.
[1362] Müller 1992, p. 429.
[1363] Dyzenhaus 1996, p. 1130.
[1364] Caldwell 1997, p. 127.
[1365] Zie hiervoor Cloyd 1991, p. 356.
[1366] Wolf 1993, p. 504.
[1367] Menéndez 2015, p. 286.

het grondgebied van de Staat [*Boden*] en de 'bloedband' tussen de burgers [*Blut*].[1368] Door de interactie tussen beide, door middel van een proces dat hij *Blutverfestigung* noemde,[1369] kon een saamhorigheidsgevoel of politieke gemeenschap tot stand komen. Het socialisme was voor hem aldus meer dan economische vooruitgang of het opheffen van de klassenongelijkheid. Het was Heller vooral te doen om de vorming van een politieke cultuur.[1370] Zowel wat betreft dit standpunt als het eerdergenoemde standpunt over de vorming van een nationale (en niet internationale) gemeenschap ging hij in tegen de dominante lijn van het communisme en socialisme, voorgestaan door Marx.[1371]

De Duitse juristen Martin Drath (1902-1976) en Christoph Müller beschrijven in de inleiding bij *Gesammelte Schriften* (het gebundelde werk van Heller, voor het eerst uitgegeven in 1971 en heruitgegeven in 1992) dat Heller de Staat – in navolging van Hegel die ervan uit ging dat de *Weltgeist* zich verwerkelijkt in natiestaten – als onderdeel van de sociologische werkelijkheid beschouwde.[1372] Voor Heller was het voornaamste doel van de Staat de vorming van een natie ofwel gemeenschap.[1373] In deze natie diende socialisme en nationalisme beide een plaats te hebben. Enerzijds was nationalisme belangrijk voor de eerdergenoemde vorming van de gemeenschap, anderzijds diende iedere burger onderdeel te kunnen zijn en deel uit te kunnen maken van deze gemeenschap. Dit laatste werd volgens Heller mogelijk onder invloed van het socialisme. Heller beschouwde het parlement als de plaats om de verbinding tussen beide mogelijk te maken.[1374] Het parlement is een belangrijke plaats voor het vormen van de sociale rechtsstaat en democratie: het verschaft de sociale en politieke basis voor de arbeiders om hun doelen te bereiken. Op deze manier waren parlementarisme en de klassenstrijd niet alleen verenigbaar, maar maakte het parlementarisme het einde van de klassenstrijd juist mogelijk.[1375]

Heller schaarde zich achter Schmitt en Smend in de aanval op Kelsen, die als een rode draad door zijn werken loopt. Hij betoogt dat de ideeën van Kelsen de absolute vervolmaking en consequentie van de opvattingen van de Gerber/Laband-school; een staatrechtelijke theorie waarin de Staat zelf, volledig afgesloten van de sociologie, politiek en ethiek – kortom van de werkelijkheid –

[1368] Heller 1992b, p. 414; Caldwell 1997, p. 128-129. Belangrijk hierbij op te merken is dat *Blut* voor Heller geen zuiver biologisch kenmerk is, maar gelezen moet worden in de betekenis van een band die tot stand komt door het samenspel van de burgers en het grondgebied – met andere woorden, in de betekenis van een culturele bloedband. Termen als *Blut* en *Boden* zouden na 1933 een totaal andere lading krijgen wanneer de nazi's deze gebruikten voor hun misdadige ideologie. Tot 1933 was hiervan geen sprake; in dit licht moet het gebruik van deze termen door Heller dan ook worden begrepen.

[1369] Letterlijk vertaald uit het Duits 'bloedstolling'. Dit is op zich een interessante benaming voor het proces waar Heller op wijst: bloedstolling vindt plaats op basis van een interactie tussen het bloed (de wond) en de huid en vormt op deze manier een nieuwe werkelijkheid of een nieuw uiterlijk.

[1370] Cloyd 1991, p. 341.

[1371] Menéndez 2015, p. 286; Drath & Müller 1971, p. xviii.

[1372] Drath & Müller 1971, p. xi.

[1373] Drath & Müller 1971, p. xi.

[1374] Drath & Müller 1971, p. xiii-xiv.

[1375] Drath & Müller 1971, p. xv.

geen plaats meer heeft.[1376] Volgens Heller was het belangrijk de gevaarlijke kanten van het denken van Kelsen te laten zien, die geen oplossing voor de crises ten tijde van de Weimarrepubliek bood, maar juist bijdroeg aan deze crises en deze zelfs in zekere zin veroorzaakte.[1377] Heller weet de crisis in de Weimarrepubliek aan 'the failure to succeed in finding a way for so-called "liberal values" (those that invoke individual reason) and necessary illiberal ones (those that sustain community) to complement and support one-another'.[1378]

De kritiek op Kelsens *Reine Rechtslehre* ging vanaf 1928, nadat Heller Italië had bezocht, gepaard met kritiek op het fascisme.[1379] Heller was een van de weinige socialisten die het fascisme (en de dreiging die ervan uit ging) serieus nam. Ondanks de onwenselijke gevolgen, was Heller van mening dat het enkele fundamentele zwaktes in het democratisch systeem blootlegde.[1380] Deze zwaktes dienden volgens Heller te worden verholpen om ervoor te zorgen dat de democratische staatsvorm in staat was een krachtig weerwoord te bieden aan het fascisme. In tegenstelling tot Smend, die vond dat de democratie in zekere zin een voorbeeld kon nemen aan bepaalde kenmerken van het fascisme (zie pararaaf 7.5) was Heller van mening dat het fascisme in het geheel onwenselijk was en fel bestreden diende te worden.

Waar Kelsen zijn belangrijkste ideologische tegenstander was, was Schmitt zijn belangrijkste politieke tegenstander. Dat betekent echter niet dat Heller op geen enkele manier inspiratie vond in Schmitts werk, deze vond hij wel – voornamelijk wat betreft zijn idee dat zowel de vorming als de toepassing van het recht gebonden waren aan een menselijk oordeel.[1381] Het belangrijkste verschil tussen beide denkers is dat dit oordeel voor Schmitt altijd van buiten de rechtsorde kwam, hetgeen vooral gereflecteerd wordt in zijn theorie over soevereiniteit (zie paragraaf 6.5). Heller was van mening dat zowel de beslissing als soevereiniteit een essentieel onderdeel van het recht zelf uitmaken – recht en soevereiniteit waren volgens Heller veel meer met elkaar verbonden dan Schmitt deed voorkomen; het recht speelt een ondersteunende rol in de vorming en het behoud van soevereiniteit van de Staat.[1382] De soevereiniteit is essentieel voor de Staat zelf, die Heller beschouwde als een soevereine organisatie: een eenheid die samenwerking tussen verschillende groepen en individuen mogelijk maakte, die met andere woorden de politieke gemeenschap mogelijk maakte, maar zelf uiteindelijk in staat was de doorslaggevende en finale beslissing te nemen.[1383]

[1376] Caldwell 1997, p. 128; Dyzenhaus 2002, p. 251.
[1377] Dyzenhaus 2002, p. 251.
[1378] Cloyd 1991, p. 363.
[1379] Caldwell 1997, p. 130.
[1380] David Dyzenhaus, *Legality and legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar,* Oxford: Oxford University Press 1999, p. 187.
[1381] Cloyd 1991, p. 383.
[1382] Cloyd 1991, p. 384; Caldwell 1997, p. 131; Wolf 1993, p. 504.
[1383] Caldwell 1997, p. 131.

De politieke gemeenschap is voor Heller een immanente realiteit. Hij vertegenwoordigt dan ook, net als Smend, een immanente staatsopvatting. Dit in tegenstelling tot Schmitt, die – zoals in de paragrafen over Smend al uitgebreid aan de orde is gekomen – een transcendente staatsopvatting voorstaat en Kelsen, die het recht ziet als het geheel van wetten.[1384] Hoewel in dit opzicht overeenstemming bestaat met de theorie van Smend, was Heller ten tijde van de Weimarrepubliek een buitenbeentje. Dit bleef hij na de Tweede Wereldoorlog, hetgeen voornamelijk te maken heeft met het feit dat zijn werk grotendeels verbonden is met de concrete situatie in de Weimarrepubliek. Echter kan zijn denken dienen als model wat betreft de vraag hoe om te gaan met crisissituaties, iets dat het belang toont van het denken in het interbellum in het algemeen.[1385] In de volgende paragrafen staan achtereenvolgens zijn opvattingen over de crisis van de Weimarrepubliek, de Staat, de democratie en het fascisme centraal.

§ 8.3. De crisis van de staatstheorie in de Weimarrepubliek

In de voorgaande paragraaf kwam al aan de orde dat een belangrijk thema in het werk van Heller wordt gevormd door de crisis in de staatstheorie van de Weimarrepubliek en de hiermee samenhangende vraag naar de legitimatie van de staatsmacht.[1386] Deze thematiek staat onder meer centraal in de teksten *Die Krisis der Staatslehre* (1926) en *Die Souveränität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts* (1927) waarin hij de crisis van de staatstheorie koppelt aan de crisis van soevereiniteit en middels een analyse van de gebreken van de huidige staatstheorieën tracht te komen tot een diagnose van het ontstaan van de crisis. Deze thematiek staat in de voorliggende paragraaf centraal.

De crisis in de staatstheorie ten tijde van de Weimarrepubliek is volgens Heller het gevolg van twee oorzaken, die hun oorsprong vinden in de periode na de Franse Revolutie (1789-1799). Ten eerste het wegvallen van het natuurrechtelijk fundament van legitimiteit en daarnaast de opkomst van het rationalisme en het daarmee samenhangende liberalisme, dat wordt gekenmerkt door de ontwikkeling van de gedepersonaliseerde rechtsstaat. Hoewel de crises in de periode na de Franse Revolutie tot uiting komen, wordt de basis ervan volgens Heller al gelegd na afloop van de middeleeuwen – waarna het transcendente fundament van de Staat in toenemende mate onder druk kwam te staan. Dit transcendente fundament van de Staat was gebaseerd op goddelijke macht. Zowel de Koning (wereldlijke macht) als de Paus (goddelijke macht) ontleenden hun macht direct aan God en waren in het zogenaamde *Corpus Mysticus* met elkaar verenigd. Toen het onwankelbare geloof in dit transcendente fundament wegviel, begon de zoektocht naar een nieuwe legitimatie van de staatsmacht – een legitimatie die voortaan niet meer van *boven* (van God), maar van *onder* (van het

[1384] Caldwell 1997, p. 130.
[1385] Müller 1992, p. 431.
[1386] Dyzenhaus 1999, p. 168.

volk) diende te komen.[1387] Hobbes is volgens Heller de eerste die de staatsmacht op dergelijke wijze poogt te funderen in zijn *Leviathan* (1651).[1388]

Bij Hobbes spelen natuurrechtelijke principes echter nog een belangrijke rol. Dit veranderde in het denken na de Franse Revolutie, toen empirische en positivistische theorieën steeds meer de boventoon begonnen te voeren.[1389] Voor Heller markeert dit het begin van de crisis van de staatstheorie, omdat het recht en de staatsmacht vanaf dat moment steeds verder af komen te staan van ethiek en sociologie. Recht en staatsmacht komen, met andere woorden steeds verder af te staan van de werkelijkheid.[1390] Het belangrijkste element dat onder druk komt te staan, is volgens Heller de verbinding tussen staat en macht. Macht wordt, als sociologische categorie, in toenemende mate uitgesloten van staatstheorieën. Dit hangt volgens Heller samen met de ontwikkeling van het rechtsstaatidee: macht wordt hierdoor steeds minder relevant in de Staat en de rechtsorde, aangezien het idee van de Staat steeds meer gedepersonaliseerd [*Entpersönlichung*] raakt.[1391]

Door deze depersonalisering komen zakelijkheid en objectiviteit als structurerende principes van staat en recht steeds meer op de voorgrond te staan en verdwijnt macht steeds verder naar de achtergrond. Het achterliggende idee van de rechtsstaat is immers dat vrijheid wordt gewaarborgd wanneer de burger onderworpen is aan een objectieve en eenduidige wet, die elke vorm van willekeur uitsluit.[1392] Deze willekeur wordt daarentegen juist geassocieerd met het element van macht waarop het absolutisme van voor de Franse Revolutie was gebaseerd.[1393] Naast de ontwikkeling van de rechtsstaat, draagt aldus ook de secularisering, waardoor het natuurrechtsdenken onder druk komt te staan, hieraan bij.[1394]

Samengevat constateert Heller dat het wegvallen van het natuurrechtelijk fundament, de transcendente vorm van soevereiniteit enerzijds en de ontwikkeling van het rechtsstaatidee anderzijds ertoe leiden dat de vraag naar de legitimiteit van de Staat steeds verder door een formalistische legaliteit wordt verdrongen.[1395] De kern van de crisis in de staatstheorie van de Weimarrepubliek is voor Heller dan ook gelegen in het liberale rationalisme van de rechtsstaat, dat het begrip van staat, volk, vertegenwoordiging en soevereiniteit aldus heeft geabstraheerd en gedepersonaliseerd.[1396] Dit denken is niet in staat te dienen als fundament voor een waardencultuur of gemeenschap en is tevens niet in staat om de macht van de staat adequaat in beeld te brengen en te beschrijven. De consequentie

---

[1387] Heller 1971b, p. 38; Heller 1992c, p. 394. Zie hiervoor ook Paul Cliteur & Afshin Ellian, *Legaliteit en legitimiteit. De grondslagen van het recht,* Leiden: Leiden University Press 2017, p. 247-248.
[1388] Heller 1971b, p. 6. Zie tevens Heller 1992c, p. 63.
[1389] Heller 1971b, p. 8; Heller 1992c, p. 5; Dyzenhaus 1999, p. 170.
[1390] Waar het gaat om sociologie wordt door Heller voornamelijk gedoeld op de maatschappelijke verhoudingen.
[1391] Heller 1971b, p. 38.
[1392] Heller 1971b, p. 39. Zie tevens Cliteur & Ellian 2017, p. 53-54.
[1393] Heller 1971b, p. 285.
[1394] Heller verbindt dit aan het rationalisme. Zie hiervoor tevens Heller 1971b, p. 214.
[1395] Heller 1971b, p. 40-41.
[1396] Heller 1971b, p. 95.

hiervan is volgens Heller duidelijk zichtbaar in de opvattingen van Gerber en Laband (zie paragraaf 3.2.1)[1397] en wordt onder invloed van Georg Jellinek (zie paragraaf 3.3)[1398] en Kelsen verder doorgezet.[1399] Zoals duidelijk werd in paragraaf 4.2, zijn de Staat en het positieve recht voor Kelsen volledig identiek.[1400] Heller is van mening dat het een logische consequentie is van Kelsens denken dat er geen autoriteit meer *buiten* het recht gelegen kan zijn – met andere woorden, enkel de rechtsorde zelf kan soeverein zijn.[1401] Deze laatste stap is de vervolmaking van de depersonalisering van de Staat.

Volgens Heller is dit niet zonder gevaar. Het probleem is dat de staatstheorie en de rechtswetenschap volledig hulpeloos tegenover de werkelijke problemen waar de Staat mee wordt geconfronteerd komen te staan.[1402] Zij zijn immers niet in staat een verbinding met de werkelijkheid aan te gaan of deze werkelijkheid in beeld te brengen. Een volledig rationele staatstheorie is enkel in staat om positieve wetgeving te analyseren en te systematiseren,[1403] terwijl de werkelijk belangrijke vragen – naar de eenheid van de Staat, de legitimatie van de staat, het doel van de staat maar vooral de vraag naar de verhouding tussen recht en macht – niet beantwoord kunnen worden.[1404] Dit leidt volgens Heller onherroepelijk tot problemen: het is onmogelijk om een juridische norm (een *Sollen*) geheel los te zien van de sociologische context (het *Sein*).[1405] Kelsen vereenzelvigt staat en recht volledig met elkaar, terwijl de staat voor Heller veel meer is dan het recht alleen en dus ook niet louter met behulp van een juridische methode geduid kan worden.[1406] De staat dient voor Heller te worden gezien als een verbinding tussen *Sein* en *Sollen*, die enkel in beeld kan worden gebracht middels een sociologische methode: “Denn nur auf der soziologischen Ebene sind Staat und Recht in Verbindung zu setzen, indem beide als sozialpsychologisch wirksame gesellschaftlichte Seinsgebilde, selbstverständlich aber nicht als Naturphänomene betrachtet werden”.[1407] De staatsopvatting van Heller blijft voor hier verder buiten beschouwing, deze komt in paragraaf 8.4 aan de orde.

Een belangrijk probleem in de theorie van Kelsen is voor Heller het ontbreken van de inhoud of de ‘substantie’ van de soevereiniteit.[1408] Van origine was het rechtsstaatsideaal materieel, georiënteerd op een ethisch-politiek ideaal van vrijheid en gelijkheid. Dit ethisch-politieke ideaal is steeds verder naar de achtergrond verdwenen. Heller wil hier weer naar terug: naar een rechtsstaat met substantie, waardoor vrijheid en gelijkheid voor alle burgers mogelijk wordt.[1409] Dit ideaal noemt hij,

[1397] Heller 1971b, p. 9. Zie tevens Heller 1971b, p. 199; Heller 1992c, p. 8.
[1398] Niemeyer 1992, p. 82.
[1399] Heller 1971b, p. 41.
[1400] Heller 1971b, p. 42.
[1401] Heller 1971b, p. 43.
[1402] Dyzenhaus 1999, p. 166-167.
[1403] Heller 1971b, p. 9.
[1404] Zie tevens Dyzenhaus 1999, p. 167.
[1405] Heller 1971b, p. 10. Zie tevens Heller 1992c, p. 127.
[1406] Heller 1971b, p. 25. Zie tevens Heller 1971b, p. 28.
[1407] Heller 1971b, p. 28, 185. Zie tevens Heller 1992c, p. 9, 21-22, p. 287-288, 290-291 en Niemeyer 1992, p. 84.
[1408] Heller 1971b, p. 81.
[1409] Heller 1971b, p. 211.

zoals verder in dit hoofdstuk duidelijk zal worden, de sociale rechtsstaat [*Soziale Rechtsstaat*]. Het ontbreken van deze substantie betekent echter dat nu enkel het 'uiterlijk' van de soevereiniteit kan worden beschreven, maar dat aan de basis of inhoud van die soevereiniteit geen aandacht kan worden besteed. Aangezien de Staat bij uitstek berust op een interpretatie van soevereiniteit, heeft deze opvatting ertoe geleid dat het begrip van de Staat zelf verloren is gegaan.[1410] De crisis van de staatstheorie hangt volgens Heller dan ook nauw samen met de crisis wat betreft de betekenis van soevereiniteit.[1411]

Deze crisis wat betreft de betekenis van soevereiniteit hangt samen met de crisis in de democratie van de Weimarrepubliek. Heller beschrijft dat macht een inherent sociale functie heeft en hiermee een essentieel element van het politieke samenleven is.[1412] Deze sociale functie is erin gelegen dat de Staat ervoor zorgt dat er, ondanks de diversiteit die er altijd in de samenleving bestaat, een gezamenlijke *status vivendi* tot stand komt.[1413] Deze gezamenlijke *status vivendi* is voor Heller een essentiële voorwaarde voor de democratie en wordt ondermijnd door de opvattingen over het recht en de Staat die in deze paragraaf aan de orde kwamen.[1414] Voordat ik in ga op de essentie van democratie volgens Heller (paragraaf 8.6), komt nu eerst zijn staatsopvatting aan bod.

§ 8.4. De staatstheorie en de Staat volgens Heller

In paragraaf 4.2 kwam aan de orde dat Kelsen zich ten doel stelt om een staatswetenschap en rechtswetenschap te ontwikkelen die aan de natuurwetenschappen kan worden gespiegeld – een rechtswetenschap die leidt tot absolute objectiviteit en voorspelbaarheid. Volgens Heller is er, ondanks de overeenkomst dat beide pogen hun wetenschapsgebied te doordenken en te ordenen,[1415] wel een belangrijk verschil tussen deze wetenschapsgebieden. Dit verschil komt bijvoorbeeld aan de orde in de tekst *Bemerkungen zur Staats- und Rechtstheoretischen Problematik der Gegenwart* (1929). In deze paragraaf ga ik in op de specifieke aard van de staatswetenschap en, in het verlengde daarvan, zijn opvatting over de Staat.

Heller beschrijft dat geesteswetenschappen – waar de staatstheorie en rechtstheorie volgens hem onderdeel van uitmaken – sociaal vormend [*gesellschaftgestaltlich*] en politiek van aard zijn. Dit geldt niet voor natuurwetenschappen, deze *beschrijven* de natuur enkel, zonder hierbij ook een *vormend* element in zich te dragen. Tevens zijn geesteswetenschappen gericht op de toekomst: zij houden zich bijvoorbeeld bezig met de inrichting van de staat en hoe deze in de toekomst verbeterd kan worden. Het belangrijkste verschil tussen geesteswetenschap en natuurwetenschap is volgens

[1410] Heller 1971b, p. 30.
[1411] Heller 1971b, p. 56.
[1412] Heller 1992c, p. 39.
[1413] Heller 1992c, p. 37.
[1414] Heller 1992c, p. 40.
[1415] Heller 1971b, p. 269.

Heller de mate van zekerheid of berekenbaarheid wat betreft de toekomst. Vaak wordt – met Kelsen – geprobeerd om de geesteswetenschappen van dezelfde mate van zekerheid te voorzien als de natuurwetenschappen, waarbij wordt vergeten dat aan het specifieke karakter van de eerstgenoemde wetenschappen (die altijd een subjectief element bevatten) geen recht kan worden gedaan. Volledige objectiviteit kan enkel bestaan wanneer er op geen enkele wijze een beslissing hoeft te worden genomen.[1416] Deze beslissing is juist van essentieel belang voor Heller (zie ook paragraaf 8.3).

Heller bekritiseert hiermee nogmaals het dominante positivisme van zijn tijd, dat juist bijdraagt aan deze verwarring door de geesteswetenschappen naar een vorm van schijnobjectiviteit te laten streven. Een dergelijke vorm van staatstheorie, die streeft naar absolute objectiviteit en berekenbaarheid, is volgens hem een staatstheorie waarin de staat zelf geen plek meer heeft. In het verlengde daarvan leidt een dusdanige opvatting van het recht tot een rechtstheorie waarin het recht zelf geen plek meer heeft (over het recht zie paragraaf 8.3).[1417] Hiermee hangt samen dat de problemen in de Weimarrepubliek niet kunnen worden opgelost en niet in kaart kunnen worden gebracht, aangezien deze überhaupt niet worden aangesneden of in het geheel niet worden gemaakt blootgelegd.[1418] Met andere woorden, Heller onderschrijft hier de eerdere analyse die in dit proefschrift aan de orde kwam: de rechtstheorie is weerloos geworden ten overstaan van haar vijanden.

In de voorgaande paragraaf werd duidelijk dat de Staat voor Heller niet gelijkgesteld kan worden aan het positieve recht alleen.[1419] Hij wijst, met andere woorden, de vereenzelviging van recht en staat, zoals deze wordt voorgestaan door Kelsen, af.[1420] Volgens Heller voert Kelsen de droom van een volledig waardevrije en gedepolitiseerde staatstheorie en politiek door tot in den extreme, met het gevolg dat hij de werkelijkheid ontkent.[1421] Heller betoogt, zoals gezegd, dat de interactie tussen juridische en sociologische elementen – voornamelijk het element van macht – essentieel is voor het begrip van de staat. Wat betreft dit samenspel tussen zedelijke natuur, wetten en cultuur is de Staat voor Heller bij uitstek van belang.

De staat dient volgens Heller begrepen te worden als de uitkomst van de interactie die de mens met de natuur aangaat – de interactie tussen natuur (normaliteit) en cultuur (normativiteit).[1422] Natuur en cultuur[1423] staan in een dialectische relatie (zie voor dit begrip paragraaf 7.2) tot elkaar,[1424] hetgeen betekent dat de uitkomst nooit van tevoren vaststaat en steeds aan verandering onderhevig is.[1425] De

[1416] Heller 1971b, p. 251. Zie tevens Heller 1992c, p. 58.
[1417] Heller 1971b, p. 252.
[1418] Heller 1992c, p. 116, 118.
[1419] Heller 1971b, p. 101.
[1420] Zie bijvoorbeeld Heller 1992c, p. 124; Heller 1992c, p. 146-147.
[1421] Heller 1992c, p. 149, 156.
[1422] Heller 1971b, p. 106. Zie bijvoorbeeld Heller 1971b, p. 103.
[1423] Zie voor dit onderscheid Heller 1992c, p. 364-366; Niemeyer 1992, p. 86.
[1424] Heller 1992c, p. 167, 174, 127, 177; Niemeyer 1992, p. 85, 92.
[1425] Heller 1992b p. 237, 148.

belangrijkste natuurlijke omstandigheden van de staat zijn het grondgebied [*Boden*] en de aanwezige bevolking [*Blut*].[1426] Het proces van interactie tussen beide (de eerder genoemde *Blutverfestigung*)[1427] is samen met sociologische, technologische en economische omstandigheden van belang in de vorming van de Staat.[1428] Volgens Heller kan dit samenspel tussen natuurlijke en culturele omstandigheden enkel worden geduid door de staat op 'immanente' wijze te begrijpen.[1429] Dit betekent dat de Staat enkel geduid kan worden door deze te beschouwen als onderdeel van de sociale werkelijkheid. De Staat is, met andere woorden, een *Sozialgebilde*[1430] dat zich enerzijds niet laat omschrijven als een geheel subjectieve ervaringswereld, maar anderzijds niet geheel buiten de burger en de samenleving is gelegen.[1431]

De Staat komt tot stand middels alle sociale verhoudingen op haar grondgebied. De eenheid in de staat wordt volgens Heller gewaarborgd wanneer de beslissingen die de staat neemt door de burgers als legitiem worden gezien.[1432] Zoals Heller het beschrijft: "[t]ätsachlich ist aber der Staatswille nur als ein durch die Gesamtheit der natürlichen und gesellschaftlichen Ordnungen und zuletzt durch staatliche Organe individualisierte, wirksame Entscheidungseinheit zu verstehen".[1433] Het doel van de staat is het vormen van een waardengemeenschap, het verenigen van natuur en cultuur. De staat is voor Heller de gehele wezenstotaliteit, die alle verhoudingen op haar grondgebied omvat.[1434]

Hoewel voor alsnog voornamelijk de kritiek op het denken van Kelsen aan bod is gekomen, betekent dit niet dat Heller geen waarde hecht aan de normen die deel uitmaken van het recht. Deze normen vormen het statische element binnen de staat, dat in het vormen van de wezenstotaliteit onontbeerlijk is – zonder dit element is er überhaupt geen stabiele toestand van de samenleving mogelijk. Heller vindt dat Kelsen echter geen aandacht besteedt aan de vereniging van deze statische normen met de dynamische werkelijkheid.[1435] Deze vereniging is essentieel voor Heller, het geheel van normen is nooit een gesloten systeem dat geheel afstaat van de werkelijkheid. Het is juist

[1426] Zie tevens Heller 1992b, p. 414. De termen *Blut* en *Boden* kregen onder invloed van de nazi's een negatieve connotatie. Heller beschouwt *Blut* echter als de mensen die met elkaar samenleven op het grondgebied van de Staat – zonder te kijken naar raciale kenmerken. Wederom is het belangrijk hier op te merken dat dergelijke termen tot 1933 een totaal andere (onschuldige) betekenis hadden in vergelijking tot de latere betekenis die hier door de nazi's aan werd gegeven.
[1427] Letterlijk vertaald uit het Duits 'bloedstolling'. Dit is op zich een interessante benaming voor het proces waar Heller op wijst: bloedstolling vindt plaats op basis van een interactie tussen het bloed (de wond) en de huid en vormt op deze manier een nieuwe werkelijkheid of een nieuw uiterlijk.
[1428] Heller 1992c, p. 101; 123.
[1429] Heller 1992c, p. 125.
[1430] Heller 1992c, p. 139, 160.
[1431] Heller 1992c, p. 162.
[1432] Heller 1992c, p. 16.
[1433] Heller 1971b, p. 105.
[1434] Heller 1992c, p. 163.
[1435] Heller 1992c, p. 368.

mensenwerk, dat naar zijn aard altijd onvolledig en onvolkomen is[1436] en pas betekenis krijgt in zijn verhouding tot de werkelijkheid.

Het voorgaande leidt tot de constatering dat het Heller uiteindelijk gaat om de eenheid binnen de staat en binnen het rechtssysteem. Deze eenheid is echter niet, zoals Kelsen aanneemt, een boven elke twijfel verheven vanzelfsprekendheid, maar berust op een eenheid binnen de staat die tot stand komt door een zich steeds herhalende interactie tussen de statische normen en het dynamische leven – hetgeen leidt tot een immanente eenheid van de soevereine wil.[1437] Deze immanente eenheid is aldus niet uit de loutere wettekst af te leiden, maar is het resultaat van het samenspel van natuurlijke en culturele omstandigheden.[1438] De staat is dan ook geen complex van normen, maar van sociale verbinding. Deze sociale verbinding is bij uitstek van belang voor het recht en het voortbestaan van de democratie,[1439] die in de volgende paragrafen centraal staan.

§ 8.5. De staat en het recht

In de vorige paragrafen stipte ik kort aan dat de eenheid en de vorming van de waardengemeenschap voor Heller belangrijk zijn. Het recht speelt een essentiële rol in deze vorming. In de voorliggende paragraaf licht ik Hellers rechtstheorie en het belang van het recht in de Staat toe en wordt duidelijk dat de legaliteit en de legitimiteit van de rechtsorde voor Heller bij uitstek met elkaar verbonden zijn.[1440]

Een van de belangrijkste aspecten van Hellers rechtstheorie is de rol die hij toedicht aan de funderende principes of beginselen [*Rechtsgrundsätze*] die volgens hem aan het recht ten grondslag liggen. Deze funderende principes spelen zowel een rol bij de rechtsontwikkeling als bij de rechtstoepassing.[1441] De funderende principes van het recht dragen de cultuur, de gemeenschap van waarden, waar het recht op gebaseerd is. Het recht en deze gemeenschap van waarden staan in een dialectische, elkaar wederzijds vormende, relatie. Enerzijds is het recht afhankelijk van de waardengemeenschap, omdat de funderende principes waarop het recht gebaseerd is hieruit voortkomen. Anderzijds geeft het recht de gemeenschap ook vorm, door de (normatieve) ordening van de funderende principes en het systeem dat hieruit voortkomt. Met andere woorden, door het rechtssysteem worden de funderende principes getransformeerd in rechtsnormen.[1442]

Deze opvatting van het recht lijkt op het eerste gezicht overeenkomsten te hebben met die van Smend. Heller en Smend vinden het vormen van een waardencultuur belangrijk en gaan ervan uit dat

[1436] Heller 1992c, p. 381.
[1437] Heller 1971, p. 111.
[1438] Heller 1971, p. 117.
[1439] Drath & Müller 1971, p. xix.
[1440] Heller 1992b, p. 355.
[1441] Gerhart Niemeyer, 'Einleitung', in: Hermann Heller, 'Staatslehre', in: Hermann Heller, *Gesammelte Schriften. Dritter Band*, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), p. 88.
[1442] Caldwell 1997, p. 132.

deze waardencultuur een essentiële rol vervult in het recht en de interpretatie van het recht. Een belangrijk verschil tussen beiden is echter dat Heller de funderende principes van het recht ziet als beginselen die ten grondslag liggen aan het rechtssysteem zelf en die hiermee – zij het niet absoluut – *voorafgaan* aan de vorming van de rechtsorde. Dit is bij Smend niet het geval, voor hem is de waardengemeenschap het *gevolg* van integratie en is de waardengemeenschap dan ook meer het resultaat van de interactie tussen burger en rechtsorde. Ik beschreef in paragraaf 8.1 al dat Caldwell de opvattingen van beiden in zekere zin als complementair beschouwt.[1443] Ik ben van mening dat zij, inderdaad, in zekere zin als complementair kunnen worden beschouwd: Heller wijst op de funderende beginselen die ten grondslag liggen aan het recht en deze beginselen zouden 'verwerkelijkt' kunnen worden door de integratie waar Smend de nadruk op legt. Deze vereniging is echter niet iets dat een van beide denkers zelf aan de orde stelt, maar het resultaat van een interpretatie van hun denken.

Waar Smend als Heller het over eens zijn, is hun opvatting dat de vraag naar legitimiteit van de rechtsorde niet enkel kan worden beantwoord door te wijzen op de positieve wetgeving. Heller betoogt dat om te kunnen spreken van een legitieme rechtsorde de positieve wetgeving gerechtvaardigd dient te worden door de funderende, ethische principes in het recht die ten grondslag liggen van de rechtsorde en waardoor de rechtsorde wordt gedragen.[1444] Deze funderende principes vormen de uiteindelijke grondslag van de legitimiteit van de rechtsorde:

> Die Legitimität der staatlichen Normsetzungsinstanz ist dann gegeben, wenn und soweit die Normadressaten daran glauben, daß bestimmte, den Staat und sein Recht transzendierende und sie eben damit fundierende, ethisch verpflichtende Rechtsgrundsätze es sind, welche der Rechtssetzer zu Rechtssätzen positiviert.[1445]

De burger dient deze funderende beginselen als geldig te erkennen en op deze manier te vertrouwen op de legitimiteit van de rechtsorde. Indien dit niet het geval is, blijft er enkel sprake van 'naakte' machtsuitoefening door de Staat.[1446]

Het recht en de legitimiteit van de rechtsorde berusten volgens Heller dus grotendeels op de *Rechtsgrundsätze.* Deze funderende beginselen schrijven echter geen definitieve of finale beslissing voor in een individueel geval.[1447] Hoewel Heller rechtszekerheid een belangrijk beginsel vindt, ziet hij dit niet als een technische of mechanische rechtszekerheid – zoals het legisme (zie paragraaf 5.5) voorstaat – waardoor op wiskundige wijze de uitkomst kan worden voorspeld. Hij beschouwt rechtszekerheid als de waarborg dat de funderende beginselen van het recht worden toegepast en dat iedere beslissing in het licht van deze funderende beginselen wordt genomen.[1448] Op deze manier wordt de legitimatie van de funderende beginselen, en hiermee van de rechtsorde als geheel, met

[1443] Caldwell 1997, p. 141. Zie tevens Caldwell 1997, p. 133.
[1444] Heller 2002, p. 278.
[1445] Heller 1992c, p. 297.
[1446] Heller 1992c, p. 298. Zie tevens Heller 2002, p. 266; Dyzenhaus 1999, p. 202.
[1447] Heller 1992c, p. 332.
[1448] Heller 1992c, p. 333. Zie tevens Heller 1971b, p. 288; Dyzenhaus 1999, p. 204.

iedere beslissing opnieuw bekrachtigt. De rol van de funderende beginselen is terug te zien in de taak van de jurist: deze dient het recht te interpreteren alsof het een volkomen, autonome orde is. Dit wordt mogelijk door de fundamentele principes van de rechtsorde: deze verschaffen duidelijkheid en hebben daarom een stabiliserende werking.[1449]

De *Rechtsgrundsätze* zijn volgens Heller ethische denkbeelden, die door de rechtsorde als geheel worden uitgedragen en deze tevens funderen. Voor Heller – in tegenstelling tot Kelsen, zie paragraaf 5.2 – is de juridische sfeer nauw verbonden met zowel de sociologische of maatschappelijke sfeer als met de ethisch-politieke sfeer.[1450] Wat betreft de sociologische of maatschappelijke sfeer is het recht verbonden met de maatschappelijke orde, die een tweeledig karakter heeft. Aan de ene kant kan dit gaan om een bepaalde, in de werkelijkheid bestaande, verhouding tussen mensen. Aan de andere kant kan het gaan om een normatieve orde, waarin het recht een rol speelt.[1451] Ethiek, macht en recht zijn alle met elkaar verbonden in het rechtssysteem. Aan de ene kant waarborgt het recht de macht, aan de andere kant wordt de macht beperkt door het recht. Beide staan in een dialectische verhouding tot elkaar, die vorm krijgt door de funderende beginselen.[1452]

Op het eerste gezicht lijkt deze opvatting van het recht wellicht op het natuurrecht, maar een belangrijk verschil tussen het natuurrecht enerzijds en Hellers opvatting van de *Rechtsgrundsätze* anderzijds is dat de inhoud van de funderende principes noch van tevoren noch definitief vaststaat. Deze zijn dynamisch van aard en steeds afhankelijk van de dialectische relatie tussen natuur en cultuur (zie paragraaf 8.3).[1453] Daarnaast zijn de funderende principes – hetgeen ook al uit het voorafgaande bleek – niet onafhankelijk van tijd en plaats, maar gegrond in de specifieke cultuurgemeenschap: "[d]er materiell-sittliche Gehalt des Rechts ist aber im wesentlichen in den Fluβ der Geschichte gestellt und underliegt den Bedingungen der ihn tragenden und verwirklichenden Kulturgemeinschaft".[1454] Met andere woorden, de funderende principes van het recht verschillen per samenleving en zijn niet onveranderlijk, maar juist veranderlijk en afhankelijk van het samenspel tussen normativiteit en normaliteit, tussen natuur en cultuur, binnen een bepaalde samenleving.[1455] Geconcludeerd kan worden dat Heller zowel de absolute moralisering van het recht, zoals deze gestalte krijgt in het natuurrecht, als de demoralisering van het recht (de liberale, rationale opvatting van de rechtsstaat die in paragraaf 5.2 aan de orde kwam) afwijst.[1456] Zijn theorie vormt het midden tussen beide: aan de ene kant krijgen ethiek en moraal een belangrijke plaats, maar kunnen deze niet

[1449] Dyzenhaus 1999, p. 204.
[1450] Heller 1971b, p. 57.
[1451] Heller 1971b, p. 58, 88.
[1452] Dyzenhaus 1999, p. 202.
[1453] Zie bijvoorbeeld Caldwell 1997, p. 138.
[1454] Niemeyer 1992, p. 89.
[1455] Niemeyer 1992, p. 89.
[1456] Heller 1992c, p. 303. Zie hiervoor Müller 1992, p. 433.

absoluut zijn. Aan de andere kant speelt de positieve wetgeving een belangrijke rol, maar dient deze altijd in het licht van de – veranderlijke – morele principes te worden geïnterpreteerd.

Hierboven kwam al aan de orde dat het gezien de waarborg van de legitimiteit van de rechtsorde, van belang is dat de burgers de funderende beginselen van het recht en de hieruit voortvloeiende individuele wetten als geldig erkennen. Indien de burgers zich in de funderende principes van de Staat herkennen, kan er een gevoel van saamhorigheid [*Wir-Bewußtsein*] tot stand komen.[1457] Dit saamhorigheidsgevoel is het resultaat van de dialectische relatie tussen het individu en de gemeenschap en wordt bijvoorbeeld tot uitdrukking gebracht door de vertegenwoordigers van de staat zoals rechters en parlementariërs.[1458] De burger hoeft het niet eens te zijn met alles wat door de staat wordt besloten, maar om de eenheid van de staat te waarborgen dient deze wel de structuur van de staat als geheel te steunen en zich dientengevolge te herkennen in de funderende beginselen van de staat.[1459] Met andere woorden, er is een bepaalde mate van bewustzijn en bestaan van homogeniteit noodzakelijk voor zowel de vorming als het voortbestaan van de eenheid binnen de staat.[1460]

Door het bestaan van de homogeniteit is het vormen van een natie mogelijk: "[j]e stärker ein Volk das Bewußtein von seiner Eigenart und damit von seiner Verscheidenheit andern Völkern gegenüber zu einem gemeinschaftlichen Gefühl und Bewußtsein des 'Wir' entwickelt, in desto höherem Maße kann es 'Volksgemeinschaft' und, im Gebiet des Politischen, Nation werden".[1461] Het vormen van de natie is voor Heller essentieel in verband met de legitimatie van de Staat en de rechtsorde – beide worden door de natie gedragen. Ik noemde hierboven al dat Heller zich afkeert van het idee van de volksgemeenschap die van tevoren bestaat. Hij richt zich bijvoorbeeld ook tegen het idee van de algemene wil van Rousseau (zie hiervoor paragraaf 5.3).[1462] Daarnaast berust de volksgemeenschap ook niet, zoals Schmitt betoogt, op een door de soeverein genomen beslissing over vriend en vijand (zie paragraaf 6.6).[1463] Beide opvattingen zouden door Heller als 'statisch' omschreven worden en doen volgens hem te weinig recht aan het veranderlijke aspect van de natie: hij gaat uit van een dialectische relatie tussen de gemeenschap en het individu, die steeds aan verandering onderhevig is.[1464] Deze relatie tussen gemeenschap en individu – en de eenheid die hiermee tot stand komt – kan alleen tot stand komen middels de staat. Deze kan niet enkel in normen – of zelfs in een

[1457] Heller 1971b, p. 428.
[1458] Heller 1992c, p. 18; Heller 1971b, p. 428.
[1459] Heller 1992c, p. 19; Heller 1971b, p. 428. Zie bijvoorbeeld ook Caldwell 1997, p. 132.
[1460] Heller 1971b, p. 427; Dyzenhaus 1999, p. 189.
[1461] Heller 1992c, p. 262.
[1462] Heller 1992c, p. 265.
[1463] Dyzenhaus 1999, p. 189-190.
[1464] Zie Cloyd 1991, p. 283-385.

enkele *Grundnorm* – worden uitgedrukt.[1465] Dit leidt tot de conclusie dat staat, gemeenschap en recht alle met elkaar samenhangen:[1466]

> Eine Einheit der staatlichen Rechtsordnung gibt es nur, weil und soweit es eine reale staatliche Herrschaftseinheit gibt, ein Normensystem des Rechts gibt es nur, weil und soweit Widersprüche der Rechtsordnung eine die Herrschaftseinheit bedrohende tatsächliche Unordnung bedeuten würden, und eine 'spezifische juristisch-normative Einheit' des Staates gibt es nur, wil es eine wirkliche soziologische Staatseinheit gibt.[1467]

Heller keert zich tegen eenheidsvorming in de Staat middels juridische decreten, zoals die in de nadagen van de Weimarrepubliek werden uitgevaardigd (zie paragraaf 2.7.2) – op dergelijke wijze kan een waardengemeenschap niet tot stand komen.[1468] De besluitvorming wordt immers van bovenaf opgelegd in plaats van dat deze vanuit de gemeenschap zelf komt.

Dit betekent niet dat de waardengemeenschap niet af en toe verdedigd dient te worden of verdedigd kan worden volgens Heller. Wat betreft de verdediging van de Constitutie, is Hellers interpretatie van artikel 48 van de Weimargrondwet interessant. Als het gaat om het tweede lid van het voornoemde artikel, betoogt hij dat dit in samenhang met artikel 1 lid 2 van de Weimargrondwet moet worden gelezen.[1469] In dit artikel is neergelegd dat de Weimarrepubliek een democratie is waarbij alle macht van het volk uit gaat ('die Staatsgewalt geht vom Volke aus', zie paragraaf 4.5). Dit betekent dat Heller hier duidelijk de nadruk legt op het democratisch element van de noodtoestand en op het feit dat democratische besluitvorming de basis dient te zijn waarop de noodtoestand gebaseerd is. Met andere woorden, hoewel de Rijkspresident degene is die beslist over de uitzonderingstoestand, dient dit wel te gebeuren in samenspraak met de Rijksdag – zoals bepaald in artikel 48 lid 3 van de Weimargrondwet. Heller is voornamelijk van mening dat het volk dient te beslissen over de noodtoestand indien deze langer aanhoudt. Volgens hem is dit niet enkel een kenmerk van democratische besluitvorming, maar ook van de rechtsstaat waarin de bevoegdheid om beslissingen te nemen zich niet concentreert in één enkel staatsorgaan.[1470]

Hier is wederom een duidelijk verschil te zien met Schmitt, die enerzijds juist de nadruk legt op het democratische karakter van de Rijkspresident (die door het gehele volk gezamenlijk wordt gekozen) en anderzijds benadrukt dat juist het liberale, rechtsstatelijke element – dat de staatsmacht verdeelt – de slagvaardigheid in de noodtoestand onmogelijk maakt. Schmitt is van mening dat in een noodtoestand de Rijkspresident de directe bevoegdheid dient te verkrijgen om beslissingen te nemen. Daarnaast is er ook een duidelijk verschil met de opvattingen van Kelsen. Heller beschrijft zelf dat het logisch is dat er in de Oostenrijkse Grondwet van die tijd geen regeling omtrent de noodtoestand is

[1465] Heller 1992c, p. 19, 20; Heller 1971b, p. 186.
[1466] Zie Cloyd 1991, p. 385.
[1467] Heller 1992c, p. 20.
[1468] Heller 1971b, p. 374.
[1469] Heller 1971b, p. 127.
[1470] Heller 1971b, p. 128.

opgenomen, aangezien Kelsen aan de wieg van deze Grondwet stond.[1471] Voor Kelsen bestaat de noodtoestand in het geheel niet, aangezien iedere beslissing direct afgeleid dient te zijn van wettelijke normen. Iets dat afwijkt van deze normen, kan geen juridische toestand zijn en hiermee is er dus in het gesloten systeem van Kelsen geen ruimte voor de noodtoestand.

De beschouwingen van Heller over juridische decreten en noodtoestand zijn nauw verbonden met de politieke situatie in Duitsland van dat moment. Op deze politieke situatie gaat hij verder in in de tekst *Autoritärer Liberalismus* (1933). Heller beschrijft dat sinds 1932 het woord 'autoritaire staat' van toepassing is op Duitsland, een ideaal van de regering-Papen (zie paragraaf 2.7.2). Gezien de feitelijke situatie heeft Heller hier mijns inziens geheel gelijk: *de facto* was er sprake van een regering die steeds meer macht naar zich toetrok door het regeren via decreten en die in steeds mindere mate door de bevolking werd ondersteund, terwijl er *de jure* nog steeds sprake was van een democratische staatsvorm. Volgens Heller is het regeren via decreten geenszins democratische te noemen.[1472] Hij wijst de besluitvorming op dergelijke wijze dan ook af. Voor Heller is democratische besluitvorming essentieel wat betreft de vorming van een waardengemeenschap en doet het regeren via decreten hier geen recht aan. Hellers democratie-opvatting staat in de volgende paragraaf centraal.

§ 8.6. Democratie aan de basis van homogeniteit

In de vorige paragraaf kwam werd duidelijk dat Heller van mening was dat homogeniteit en saamhorigheid binnen de Staat belangrijk zijn voor het recht. De aanname van een homogene gemeenschap – of in ieder geval de mogelijkheid om hiertoe te komen – ligt tevens aan de basis van Hellers democratietheorie.[1473] Dit saamhorigheidsgevoel is de eenheid waarop de democratie uiteindelijk dient te berusten: de democratische staatsvorm, de regering door het volk, vereist dat het volk onder alle omstandigheden een eenheid kan vormen door actie en beslissing.[1474] Belangrijk is hier het woord 'kan': de regering in een democratie is gebaseerd op inherente verdeeldheid en pluraliteit van mensen, maar moet wel in staat zijn deze te integreren tot een geheel wanneer dat nodig is.

De beslissende vraag is hoe deze eenheid tot stand kan komen. Politiek is voor Heller altijd de organisatie en het met elkaar verenigen van tegengestelde meningen op grond van een wilsgemeenschap. De democratie is bij uitstek van het bestaan van deze eenheid afhankelijk, omdat dwang en onderwerping een minder grote rol kunnen spelen dan in andere staatsvormen, zoals in de autocratische staat.[1475] Een belangrijk onderdeel in de vorming van de eenheid binnen de democratie is het kiezen en benoemen van volksvertegenwoordigers.[1476] Volgens Heller zijn politieke partijen hierbij

[1471] Heller 1971b, p. 132.
[1472] Heller 1992b, p. 645.
[1473] Caldwell 1997, p. 137.
[1474] Heller 1971b, p. 289.
[1475] Heller 1992b, p. 467.
[1476] Heller 2002, p. 259.

van essentieel belang – zij zijn onmisbaar aangezien het onmogelijk is om de wil van het volk direct af te leiden.[1477] Interessant is hier wederom het verschil met Schmitt, die ervan uit gaat dat de eenheid binnen de democratische regering niet gevormd kan worden uit een parlement dat bestaat uit meerdere politieke partijen (zie paragraaf 6.5). Heller is het niet met hem eens, voor hem zijn de politieke partijen juist van belang voor de immanente rechtvaardiging van de Staat en kan de inherente verdeeldheid en pluraliteit van het volk middels de vertegenwoordiging door politieke partijen worden omgebogen tot eenheid. Hij raakt hier aan de democratie-opvatting van Preuβ die aan de wieg stond van de Weimargrondwet en refereerde aan democratie als het komen tot eendracht uit verscheidenheid [*Einheit in Vielfalt*].[1478] Voor Heller is de mogelijkheid hiertoe, net als voor de acceptatie van het recht, wel afhankelijk van het bestaan van een bepaalde mate van sociale homogeniteit. Hij beschrijft:

> Democracy is supposed to be a continuous process of the formation of political unity from bottom to top; all representation is supposed to remain legally dependent of the community's will. The people as a plurality is supposed consciously to form itself into the people as a unity. For the formation of political unity to be possible at all, there must be a certain degree of social homogeneity.[1479]

Voor Heller is de parlementaire democratie gestoeld op de voornoemde sociale homogeniteit, die gebaseerd is op de gezamenlijke fundamenten van de discussie en de mogelijkheid tot 'eerlijk spel' [*fair play*]: het afzweren van geweld en de optie om iemand met geweld te onderwerpen aan jouw ideeën. Wanneer deze mogelijkheid verdwijnt, is er geen politieke eenheid meer mogelijk.[1480] Hiermee is de democratie-opvatting van Heller meer verwant aan die van Kelsen (zie paragraaf 5.4) dan aan die van Schmitt. Schmitt verklaarde dat de oorspronkelijke betekenis van het parlement, het komen tot de waarheid, niet meer mogelijk is (zie paragraaf 6.4). Vanzelfsprekend heeft hij volgens Heller gelijk als hij beschrijft dat discussie een belangrijk element is in de parlementaire democratie, maar het oorspronkelijke doel is niet het komen tot de waarheid, maar het bestaan van een gemeenschappelijke grond van discussie. Zonder deze basis verliest de democratie haar geldingskracht.[1481] Voor Heller gaat het proces van politiek vooraf aan deze beslissing en heeft Schmitt onvoldoende oog voor de vorming van de eenheid die voorafgaat aan deze beslissing en is hij enkel bezig met het politieke dat al tot stand is gebracht – dat terwijl juist het 'Prozeβ des Werdens und Sichbehauptens des Staates als Einheit in der Vielheit seiner Glieder' essentieel is voor de democratie.[1482] Net als voor Kelsen, is de democratie voor Heller gericht op compromis. Echter legt hij naast deze compromisvorming de nadruk, meer dan Kelsen, op het komen tot een overkoepelende eenheid. Cloyd beschrijft treffend:

[1477] Heller 2002, p. 260. Zie tevens Heller 1971b, p. 423.
[1478] Zie hiervoor Voβkuhle 2011, p. 257. Dit werd in 1928 in vrijwel gelijke bewoordingen herhaald door Herman Heller, zie Stolleis 2002, p. 102.
[1479] Heller 2002, p. 260.
[1480] Heller 2002, p. 260; Heller 1971b, p. 427.
[1481] Heller 1992b, p. 469; Heller 1971b, p. 427.
[1482] Heller 1971b, p. 425.

> Unification and sovereign will through democratic and representative government should be considered 'a technical means by which the people as a unity rules the people as a plurality'. The precondition of this was 'the real existence of a 'general will' capable of carrying the dissenting minority along.[1483]

Waar Heller dus, meer dan Kelsen, de nadruk legt op het komen tot een overkoepelende eenheid, legt hij tevens de focus op de funderende beginselen die ten grondslag liggen aan het proces van compromis- en eenheidsvorming. Dit neigt meer naar een materiële democratie-opvatting, waarbij er wordt uitgegaan van enkele waarden die ten grondslag liggen aan de democratie zelf, dan op de loutere formele democratie-opvatting van Kelsen (zie paragraaf 5.8). De conclusie dat Heller een voorstander is van een materiële democratie waarin de funderende beginselen vastliggen en nooit veranderd of afgeschaft kunnen worden, zou echter te ver gaan. Hoewel er volgens hem bepaalde waarden ten grondslag liggen aan het democratisch systeem is Heller niet van mening dat deze onveranderlijk zijn.

Eerder in dit hoofdstuk kwam aan de orde dat een van de belangrijkste elementen in het denken van Heller zijn opvatting over de sociale rechtsstaat is. Voor hem kan de voor een democratische staat essentiële sociale homogeniteit enkel worden bereikt in een sociale rechtsstaat waarin vrijheid en gelijkheid voor alle burgers het uitgangspunt zijn. Heller beschrijft dat de maatschappelijke homogeniteit zich in Duitsland steeds verder heeft ontwikkeld: er bestaan bijna geen groepen mensen meer die uitgesloten worden door de Staat. Dit geldt tevens voor de formeel-juridische homogeniteit: ieder mens heeft een gelijk aandeel in de eenheidsvorming binnen de democratie.[1484] Hij ziet echter ook een keerzijde: het bewustzijn van vrijheid kan ook bedreigend werken voor de eenheidszin.[1485] Indien iedereen zijn eigen wil kan nastreven en hierbij geen oog heeft voor de eenheid binnen de samenleving, zou dit desastreus zijn voor de vorming van eenheid binnen de democratie. Deze eenheid is, zoals ik al meermaals benadrukte, bij uitstek van belang voor Heller: een cultuurgemeenschap en een saamhorigheidsgevoel binnen de democratie zijn pas mogelijk wanneer er een bepaalde mate van homogeniteit bestaat.[1486] Juist deze homogeniteit stond in de Weimarrepubliek van zijn tijd onder druk.[1487] Hij weet dit vooral aan het verlies van de waardengemeenschap – dat volgens hem aan de wieg stond van de crisis in het Europa van zijn tijd.[1488] Een van de stromingen die een antwoord poogt te geven op deze problemen is het fascisme. Hellers opvattingen over het fascisme staan in de volgende paragraaf centraal.

[1483] Cloyd 1991, p. 385.
[1484] Heller 1971b, p. 429.
[1485] Heller 1971b, p. 430.
[1486] Heller 1971b, p. 432.
[1487] Heller 1992b, p. 470, 476.
[1488] Heller 1992b, p. 476.

§ 8.7. Heller: het fascisme als schijnoplossing

In paragraaf 8.2 kwamen al enkele problemen van de staatstheorie van de Weimarrepubliek die Heller identificeerde aan de orde. Hier voegde hij vanaf het einde van de jaren '20 van de vorige eeuw nog een analyse aan toe, die hij verbond met een verkenning van de aantrekkingskracht van het fascisme. De staatstheorie van zijn tijd was volgens Heller gebaseerd op tegengestelde ideeën: aan de ene kant op een begrip van de politieke leider, maar aan de andere kant op het automatisch functioneren van de massa. Dit laatste was voor hem gebaseerd op een liberaal idee, waarbij de regering als onafhankelijk van het politieke belang werd voorgesteld.[1489] Dit deed volgens Heller geen recht aan de realiteit en daarom ontstond er langzaam behoefte aan een politieke leider.[1490] Cloyd vat dit helder samen: "Heller described the two fatal political diseases of the Weimar Republic, the irresponsibility of the parliamentary factions and the worship of a politically disembodied 'leadership', as the consequences of the failure of political and legal theory to illuminate essential problems".[1491]

Heller nam het fascisme, in tegenstelling tot veel andere socialisten, uiterst serieus. Het legde volgens Heller een aantal essentiële zwaktes in de staatstheorie van zijn tijd bloot.[1492] Zo had de liberale politieke theorie de democratie verzwakt door de aanval op soevereiniteit en de hiermee samenhangende abstracte visie op het recht (zie paragraaf 8.3).[1493] Met dat eerste doelt hij voornamelijk op het gedepersonaliseerde soevereiniteitsbegrip van de rechtsstaat: de rechtsstaat deelt soevereiniteit op om het vervolgens te verdelen het over verschillende onderdelen van de Staat. In het verlengde daarvan ligt de abstracte visie op het recht, waarbij ervan uit wordt gegaan dat het recht zelfstandig functioneert – op een algemene wijze. Beide – volgens Heller rationele – elementen tezamen voeden de aantrekkingskracht van het fascisme.[1494]

Volgens Heller maakte het fascisme twee dingen duidelijk. Ten eerste dat de rationele politieke theorie had gefaald wat betreft het begrijpen van de essentie van autoriteit in de democratie. Zoals ik in paragraaf 8.3 noemde, was de autoriteit in de democratische rechtsstaat gebaseerd op een abstract begrip van het recht – recht dat 'als vanzelf' de burgers in de Staat beheerst. Democratie kon volgens Heller niet los worden gezien van autoriteit, maar ging om de vraag welke standaarden worden toegepast op de macht en autoriteit die democratisch tot stand zijn gekomen.[1495] Het fascisme legde de nadruk op het element van autoriteit en macht waar de dominante staatstheorie van de Weimarrepubliek geen plaats aan kon geven.

Daarnaast maakte de opkomst van het fascisme duidelijk dat er een crisis van waarden bestond en dat de democratie deze enkel te boven kon komen door het creëren van eigen, alternatieve

[1489] Cloyd 1991, p. 387-388.
[1490] Cloyd 1991, p. 391.
[1491] Cloyd 1991, p. 392.
[1492] Heller 1992b, p. 465.
[1493] Cloyd 1991, p. 386.
[1494] Cloyd 1991, p. 387.
[1495] Cloyd 1991, p. 394.

waarden.[1496] De Constitutie dient gedragen te worden door deze alternatieve waarden.[1497] De ratio van het parlement ligt in het behoud van de openheid wat betreft het opnieuw tot stand brengen van de eenheid. Het is gebaseerd op het idee dat er een – hoewel aan verandering onderhevige toch – gezamenlijke en stabiele basis voor discussie bestaat.[1498] Het probleem was dat in de nadagen van de Weimarrepubliek niet alleen deze basis, maar ook de sociale homogeniteit ontbrak.[1499]

De formele rechtsstaat – ontstaan uit liberale opvattingen – diende volgens Heller getransformeerd te worden tot een sociale rechtsstaat: indien de sociale homogeniteit en sociale gelijkheid die hiermee samenhing afwezig waren, waren de individuele waarden en vrijheden die het liberalisme voorstaat waardeloos.[1500] Cloyd vat dit als volgt samen: "[t]he liberal interpretation of the Rechtsstaat obscured the need for an effective political will grounded in a community of value. Democracy, as Heller saw it, very much depended on there being a community of value [..]".[1501] Met andere woorden, burgers kunnen wel individuele vrijheden hebben maar indien er aan deze algemene vrijheden geen fundament van saamhorigheid ten grondslag ligt, zullen deze eerder leiden tot verdeeldheid dan tot eenheid. Dit was precies wat waargenomen kon worden aan het einde van de Weimarrepubliek: onder invloed van verscheidene crises daalde het vertrouwen in de Weimardemocratie en diens uitgangspunten steeds verder. Hierdoor ontstond ook een vruchtbare voedingsbodem voor de democratie vijandig gezinde ideologieën, zoals het fascisme en communisme.

Het normatieve denken van Kelsen ziet in de rechtsstaat vooral het principe van *Führerlosigkeit* (het ontbreken van de leider). Dit draagt eraan bij dat burgers op zoek gaan naar de zedelijke grondslag van het rechtssysteem en de Staat. Hier is in het normatieve denken van Kelsen – en het liberale, formalistische denken in het algemeen – geen ruimte voor aangezien dergelijke elementen worden geweerd uit het recht. Burgers, die toch behoefte hebben aan een dergelijke rechtvaardiging, voelen zich hierdoor in toenemende mate aangetrokken tot de fascistische dictatuur.[1502] Het fascisme speelt dankbaar in op deze behoefte en misbruikt het idee van een volksheerschappij. Zij beschouwt zichzelf als de vertegenwoordiger van de 'ware' democratie; zij vertegenwoordigt dit volk immers *direct* en laat haar beslissingen ook door het volk bekrachtigen. Schmitt toont het democratische karakter van het fascisme op deze manier.[1503] In het voorwoord uit 1926 van de tweede druk van *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* beschrijft hij het als volgt:

[1496] Cloyd 1991, p. 393.
[1497] Cloyd 1991, p. 395.
[1498] Zie Cloyd 1991, p. 401.
[1499] Cloyd 1991, p. 403.
[1500] Dyzenhaus 2002, p. 250.
[1501] Cloyd 1991, p. 395.
[1502] Heller 1971b, p. 451.
[1503] Heller 1992b, p. 541.

> The stronger the power of democratic feeling, the more certain is the awareness that democracy is something other than a registration for secret ballots. Compared to democracy that is direct, not only in the technical sense but also in a vital sense, parliament appears an artificial machinery, produced by liberal reasoning, while dictatorial and Caesaristic methods not only can produce the acclamation of the people but can also be a direct expression of democratic substance and power.[1504]

Dit citaat drukt precies het problematische aspect van het fascisme uit volgens Heller: het fascisme doet voorkomen alsof het gebaseerd is op een directe acclamatie van de volkswil, maar in werkelijkheid berust het enkel op het misbruiken van de democratie aangezien er geen enkele mogelijkheid tot inspraak en controle van de macht mogelijk is door het volk.[1505] Tegelijkertijd zou Heller zich wel aansluiten bij de diagnose van Schmitt dat een verbinding van burgers die samenkomen in een homogene, sociale gemeenschap of een waardencultuur op basis van 'registration for secret ballots' niet tot stand kan komen. Deze optelsom van stemmen is volgens Schmitt bij uitstek een gevolg van het liberale denken waar ook Heller zich tegen keert (zie paragraaf 8.3).

Behalve het beroep op de directe acclamatie van de volkswil, draagt het fascisme nog op een andere manier bij aan het verhullen van haar despotische karakter door zich te beroepen op het idee van de coöperatieve staat [*berufsständische Staat*]. In een dergelijke Staat bestaan verschillende coöperaties, die gezamenlijk de Staat vormen. Volgens Heller is ook dit type Staat – ook al wordt het anders voorgedaan – niet gebaseerd op democratische uitgangspunten. Het wordt mogelijk gemaakt door een willoos gemaakte massa, die geen inspraak heeft in de besluitvorming.[1506] Het dictatoriale karakter van de coöperatieve staat wordt echter verbloemd doordat de macht niet in één persoon geconcentreerd lijkt te zijn. Dit berust volgens Heller op een onjuiste voorstelling van zaken: de verschillende coöperaties worden in toenemende mate afhankelijk gemaakt van de dictator en hiermee 'warm gemaakt' voor de dictatuur.[1507] Hij vat samen:

> Ohne die Gewißheit der gesetzmäßigen Freiheit der Meinungsäußerung, der Freiheit des Religionsbekenntnisses, der Wissenschaft, Kunst und Presse, ohne die rechtsstaatlichen Sicherungen gegen willkürliche Verhaftungen und gegen willkürliche Verurteilungen durch diktatorisch abhängige Richter, ohne das Prinzip der Gesetzmäßichkeit der Verwaltung kann das Bürgertum weder geistig noch ökonomisch leben.[1508]

Een ander belangrijk kenmerk van het fascisme dat de bevolking aantrekt, is dat het inspeelt op de behoefte aan een eenduidige realiteit.[1509] De mythe van de natie als een symbolisch geformuleerde en daardoor als geleefde intensieve totaliteit werkt als integrerende kracht beter dan een rationele

---

[1504] Carl Schmitt, *The crisis of parliamentary democracy* (Ellen Kennedy vert.), Cambridge/MA: The MIT Press 1985, p. 16-17.
[1505] Heller 1971b, p. 457.
[1506] Heller 1971b, p. 458.
[1507] Heller 1971b, p. 459.
[1508] Heller 1971b, p. 460.
[1509] Heller 1992b, p. 510.

benadering zoals die wordt voorgestaan door iemand als Kelsen.[1510] De opvatting van Heller wat betreft de eenduidige realiteit vertoont grote overeenkomsten met de opvatting van de Duitse politiek filosoof Hannah Arendt (1906-1975) wanneer zij schrijft over de aantrekkingskracht van de totalitaire ideologie op de massa:

> The masses' escape from reality is a verdict against the world in which they are forced to live and in which they cannot exist, since coincidence has become its supreme master and human beings need the constant transformation of chaotic and accidental conditions into a mad-made pattern of relative consistency[1511]

Volgens Arendt legt de ideologie de wereld op een begrijpelijke wijze uit en zorgt ervoor dat alle toevalligheden worden geëlimineerd.[1512] In de nadagen Weimarrepubliek, waarin onzekerheid steeds meer de overhand krijgt onder invloed van de economische en politieke crises (zie paragraaf 2.7.1 en 2.7.2), voelden dergelijke consistentie en duidelijkheid als een warm bad. Volgens Heller is dit exact wat de aantrekkingskracht van het fascisme verklaart.

Hij stelt aldus dat het begrijpelijk is dat het fascisme de oplossing *lijkt* te zijn voor de problemen van de Weimarrepubliek. Dit is echter een illusie, het is een dictatoriale staatsvorm, die anarchie en overheersing voorstaat.[1513] Waar Smend van mening is dat bepaalde kenmerken van het fascisme zouden kunnen dienen als voorbeeld voor de democratie om deze van binnenuit te versterken, keert Heller zich in het geheel tegen het fascisme.[1514] Geconcludeerd kan dan ook worden dat hoewel het fascisme enkele problemen inherent aan de democratische staatsvorm blootlegt, het voor Heller nooit een alternatief kan zijn voor democratie – de democratie dient, om de aantrekkingskracht van het fascisme te vermijden te streven naar de ontwikkeling van een sociale homogeniteit, van een cultuurgemeenschap die aan de basis ligt van Staat en recht en die door de burgers wordt gedragen.

§ 8.8. Conclusie

In de inleiding van dit hoofdstuk beschreef ik dat de theorieën van Smend en Heller aan elkaar verwant zijn en in zekere zin zelfs als complementair kunnen worden beschouwd. In het vorige hoofdstuk kwam aan de orde dat de theorie van Smend – in tegenstelling tot die van Schmitt en Kelsen – aanknopingspunten biedt voor een rechtstheoretische verdedigingslinie tegen bescherming van de vijanden van de Weimardemocratie. Hetzelfde kan worden gesteld wat betreft de theorie van Heller, wiens theorie in zekere zin een versteviging van deze verdedigingslinie biedt.

Waar Smend de nadruk legt op de integrerende werking tussen burger en instituties – waardoor de gemeenschappelijke wil aldus tot stand komt *na* de vorming van de Staat – legt Heller de

---

[1510] Heller 1992b, p. 506.
[1511] Hannah Arendt, *The Origins of Totalitarianism,* Londen: Penguin Classics 2017, p. 461.
[1512] Arendt 2017, p. 460.
[1513] Heller 1992b, p. 604-606.
[1514] Heller 1971b, p. 460.

nadruk op de gemeenschappelijke wil die ten grondslag ligt aan de instituties van de Staat. Duidelijk is dat beiden de verdeeldheid in de Staat zien als een inherent onderdeel van democratie, maar dat zij van mening zijn dat er uit die verdeeldheid een bepaalde vorm van eenheid tot stand moet komen. Hier verschillen zij van Schmitt, die verdeeldheid zo veel mogelijk wil voorkomen en hierin een onderdeel van zwakte van de staat ziet, en van Kelsen die ervan uitgaat dat de minderheid in de democratie zich uiteindelijk dient te schikken naar de wil van de meerderheid (zij het middels een compromis en geen dictatuur van de meerderheid).

Heller legt veel nadruk op de funderende principes van het recht, de *Rechtsgrundsätze*. Deze liggen volgens hem ten grondslag aan het recht zelf en vormen de belangrijkste vorm van legitimatie van de staat. Heller heeft kritiek op de theorie van Kelsen die hij ziet als de vervolmaking van het Duitse positivistische denken, dat na de Franse Revolutie steeds meer aan invloed won. Op basis van dit denken kan geen recht worden gedaan aan de sociologische betekenis van de staat. Het is voor Heller voornamelijk het element van macht dat tekort wordt gedaan. De soevereiniteit van de Staat wordt ontdaan van zijn substantie of inhoud. Tegelijkertijd is hij zich ervan bewust dat een te grote nadruk op het machtselement binnen de staat, zoals dit in Schmitts denken zichtbaar wordt, tevens onwenselijk is en zelfs een bedreiging kan opleveren voor de democratie wanneer deze macht in verkeerde handen valt.

Het doel is voor Heller dan ook een rechtsstaat met substantie, die volgens hem vorm kan krijgen in het ideaal van de sociale rechtsstaat dat gebaseerd is op het uitgangspunt van vrijheid van gelijkheid van iedere burger. De staat ontstaat voor Heller door het continue samenspel van cultuur en natuur, die in een dialectische relatie tot elkaar staan. De staat is een sociaal proces en berust op de eenheid van beslissingen die door de burgers als legitiem worden gezien. Dit kan door het tot stand brengen van gemeenschappelijke grondslag voor discussie, die gegrond is in de *Rechtsgrundsätze.* Het recht en de gemeenschap staan hierdoor in een elkaar wederzijds vormende relatie. Indien de burgers zich in de *Rechtsgrundsätze* erkennen, komt er een gevoel van saamhorigheid [*Wir-Bewußtsein*] tot stand. Uiteindelijk is deze saamhorigheid – of homogeniteit – de belangrijkste basis voor de democratie en de legitimiteit van de staatsmacht voor Heller. Indien dit bewustzijn sterk genoeg is, komt een democratische cultuur tot stand die enerzijds vormend is voor de burgers, maar anderzijds ook vorm krijgt door de burgers.

Zowel Smend als Heller is verontrust over de mogelijkheid tot de vorming van eenheid en homogeniteit in de democratie van de Weimarrepubliek. Dat deze zorgen terecht zijn, kwam in hoofdstuk 2 uitgebreid aan de orde: op papier kan er wel sprake zijn van een democratische staatsvorm, maar wanneer de realiteit is dat steeds meer burgers zich van de democratische uitgangspunten afkeren, dreigt de democratie op den duur weerloos te worden. De rechtstheorie kan hiertoe een verdedigingslinie bieden en Smend en Heller geven goede aanzetten tot de totstandkoming van een dergelijke verdedigingslinie. Zij geven duidelijk de voorkeur aan de democratie en niet aan

het fascisme, dat zij zien als een van de belangrijkste uitdagers en alternatieven ten tijde van de Weimarrepubliek.

Het fascisme legt desalniettemin enkele belangrijke tekortkomingen in de democratie van de Weimarrepubliek bloot. Waar het fascisme burgers door een krachtige ideologie aan zich weet te binden, heeft de Weimardemocratie moeite om een waardengemeenschap te vestigen en het vertrouwen van burgers vast te houden. Het antwoord dat Heller en Smend op deze tekortkoming formuleren is het ontwikkelen van een alternatieve, democratische politieke cultuur die wel een tegenwicht kan bieden aan het opkomende fascisme. Zij verschillen echter van mening over het antwoord op de vraag hoe deze politieke cultuur er dan uit moet zien en vooral over de vraag of er sprake moet zijn van een vooraf gevormde politieke identiteit, die ten grondslag ligt aan de instituties van de staat (Heller) of dat deze politieke identiteit tot stand komt na de dialectische verwerkelijking (Smend).

Geconcludeerd moet worden dat hun beider theorieën, zeker samen genomen, belangrijke aanknopingspunten voor de verdediging tegenover de vijanden van de Weimardemocratie. Indien de homogeniteit – die tot uiting komt in de acceptatie van kernwaarden – waar de democratie uiteindelijk op gebaseerd is onder druk komt te staan, komt tegelijkertijd de legitimiteit van de democratie onder druk te staan. Dit is exact wat er gebeurde in de nadagen van de Weimarrepubliek. De vraag die rest is of de mogelijkheden tot de verdediging van de Weimardemocratie die Smend en Heller bieden ook ook *reëel* waren in de steeds verder ontwarende crises binnen de Weimardemocratie. Dit vraag wordt in de slotbeschouwing beantwoord.

Hoofdstuk 9

Slotbeschouwing: het veelkoppig Weimarspook

We kunnen het ons niet langer veroorloven om alleen het goede uit het verleden als onze erfenis te beschouwen, terwijl we het slechte wegwerpen en het eenvoudig beschouwen als dood gewicht dat vanzelf door de tijd zal worden begraven en vergeten.[1515]

Hannah Arendt (1906-1975)

§ 9.1. Inleiding

In dit proefschrift stond het ontstaan en verval van de Weimardemocratie centraal. Een democratie, die werd geboren uit geweld en die vanaf het begin veel tegenstanders kende. Bovenal: een democratie die bekend – en berucht – werd vanwege haar ondergang en de machtsovername door de nazi's. Kortom, dit proefschrift vertelt het verhaal van een democratie in crisis en van het spook van Weimar.

In dit proefschrift is volgens de in hoofdstuk 1 uiteengezette methodologie een analyse geboden van de Weimardemocratie, haar juridische uitgangspunten en de rechtstheoretische opvattingen van enkele van haar hoofdrolspelers, teneinde de volgende hoofdvraag 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?*

In de voorliggende slotbeschouwing kom ik nu, na een uitwerking van de deelvragen, tot een antwoord op deze hoofdvraag en hiermee tot een conclusie.

§ 9.2. De feitelijke realiteit

In het tweede hoofdstuk stond het ontstaan van de Weimardemocratie centraal. In dit hoofdstuk zijn de belangrijkste ontwikkelingen beschreven. De deelvraag die in dit hoofdstuk beantwoord werd, is de volgende:

> *Tegen welke historische achtergrond kwam de Weimardemocratie tot stand en welke vijandige tendensen manifesteerde zich gedurende haar bestaansgeschiedenis?*

Tegen deze achtergrond speelt tevens de vraag *in hoeverre de feitelijke en juridische werkelijkheid met elkaar in overeenstemming waren.* De juridische werkelijkheid is die zoals deze in de Weimargrondwet was neergelegd, deze staat in het vierde hoofdstuk uitgebreid centraal. In dit hoofdstuk wordt een gesimplificeerde definitie gehanteerd, namelijk de juridische werkelijkheid van een democratische staatsvorm.

[1515] Hannah Arendt, *Totalitarisme* (Remi Peters & Dirk de Schutter vert.), Amsterdam: Boom 2018, p. 42.

De Weimarrepubliek was de eerste waarlijk democratische staatsvorm in Duitsland. In tegenstelling tot andere Europese landen, zoals Frankrijk, Engeland en Nederland, was er in Duitsland voor de vestiging van de Weimarrepubliek nooit eerder werkelijk sprake geweest van democratie. Deze eerste Duitse democratie kwam tot stand uit het puin dat de Eerste Wereldoorlog achterliet. Duitsland, een van de verliezers van de oorlog, moest aldus niet alleen zichzelf hervinden na dit verlies, maar ook een werkbare vorm van democratie tot stand brengen. Een hele uitdaging.

Deze uitdaging werd nog eens versterkt door het feit dat er vanaf het begin weerstand werd geboden tegen deze nieuwe staatsvorm en verschillende samenzweringstheorieën zich konden ontwikkelen. De belangrijkste samenzweringstheorie, waarvan verschillende versies bestonden, was de dolkstootlegende. De nationalistische en nationaalsocialistische versie van de dolkstootlegende kwamen rechtstreeks voort uit het verlies van de Eerste Wereldoorlog. Veel mensen geloofden niet dat het Duitse leger werkelijk op het slagveld verslagen was en waren van mening dat verschillende groepen achter de schermen hadden samengewerkt om de Duitse natie te beschermen. Deze groepen waren dezelfde die later aan het hoofd van de Weimardemocratie stonden: socialisten en, zo stond de nationaalsocialistische versie van de dolkstootlegende voor, Joden. Deze versies van de dolkstootlegende leidden vanaf het begin tot een ondermijning van de Weimardemocratie.

Een andere groep tegenstanders van de Weimardemocratie werd gevormd door de communisten. Zij stelden dat de gematigde groep van socialisten een te gematigde revolutie had voorgestaan en vonden dat er een nieuwe, verdergaande, revolutie moest worden ontketend om de Weimardemocratie ten val te brengen en een communistische staat te vestigen. Gesteld kan aldus worden dat zich vanaf het begin van de Weimarrepubliek een divers gezelschap aan tegenstanders ontwikkelde. Velen van hen verzoenden zich nooit volledig met de Republiek en maakten deel uit van het revolutionair verzet (communisten) of contrarevolutionair verzet (nationalisten en nationaalsocialisten).

Beide groepen maakten zich, zowel in begindagen als in de nadagen van de Weimarrepubliek, schuldig aan het gebruik van excessief geweld en waren vaak georganiseerd in paramilitaire organisaties. Deze organisaties werden in de begindagen van de Weimarrepubliek zelfs bij de verdediging van de Republiek betrokken. Voorgaande leidt tot de conclusie dat de Republiek haar geweldmonopolie – een essentieel onderdeel van de staatsmacht – al in een beginstadium uit handen gaf.

Het Verdrag van Versailles vormde tevens een belangrijke aanleiding tot vergaande weerstand voor de Weimarrepubliek. De Weimarcoalitie, bestaande uit partijen die betrokken waren bij de oprichting van de Weimarrepubliek, werd feitelijk geen keus gelaten dan het ondertekenen van het Verdrag. Echter verloor deze coalitie hierdoor al in de begindagen van de Weimarrepubliek haar meerderheid in de Rijksdag, een meerderheid die zich nooit volledig zou herstellen. De democratische partijen die verantwoordelijk waren voor ondertekening kwamen bekend te staan als ‘novembercriminelen’.

Een aantal van de crises die de Weimarrepubliek te verduren kreeg, zijn het directe gevolg van de ondertekening van het Verdrag van Versailles. Dit geldt voor de Kapp-putsch en de hyperinflatie die volgde op de bezetting van het Ruhrgebied. Tevens speelde het Verdrag een belangrijke rol bij de Bierhal-putsch. Kortom: het Verdrag speelde een belangrijke rol bij de ondermijning van de legitimiteit van de Weimardemocratie.

De verschillende crises, van zowel politieke als economische aard, die de Republiek te verduren kreeg, zorgden ervoor dat zij nooit geheel kon ontsnappen aan het negatieve imago dat zij vanaf haar begindagen had. Bij iedere crisis stonden de Republiek vijandig gezinde groepen klaar om het 'verraad' van de leiders ten tijde van de begindagen in herinnering te brengen. Zowel de revolutionaire als de contrarevolutionaire tegenstanders wisten daar steeds meer van te profiteren. Tot een hoogtepunt kwam het verzet in de nadagen van de Republiek, na de *Beurskrach* van oktober 1929: de KPD en NSDAP vormden aantrekkelijke alternatieven voor het door hen als failliet gepresenteerde democratisch bestel.

Zo kon zich een situatie ontwikkelen waarbij de Grondwet een regering op basis van een democratische meerderheid voorstond, maar waarbij het in de praktijk steeds moeilijker werd om een regering te formeren die werd gesteund door een meerderheid in de Rijksdag. Met andere woorden: de juridische werkelijkheid sloot steeds minder aan bij de feitelijke realiteit. Na 1930 ontstond een machtsvacuüm en was enkel het regeren op basis van artikel 48 van de Weimargrondwet, middels nooddecreten, nog mogelijk. Dit geeft aan dat er feitelijk een noodsituatie bestond en dat de decreten enkel een tijdelijke oplossing konden bieden voor het in leven houden van de stervende democratie. Het kwam tevens neer op een oneigenlijk gebruik van het artikel.

Van de zwakte van de Weimarrepubliek werd gebruik gemaakt door haar tegenstanders, die niet alleen op institutioneel niveau (in het parlement), maar ook op straat (door het gebruik van geweld) steeds meer de overhand begonnen te krijgen. Deze ondermijning van het geweldmonopolie en het gebrek aan steun onder de bevolking leidde ertoe dat, ook al was de Weimarrepubliek op papier een democratie, de feitelijke realiteit betekende dat er zich vanaf 1930 een situatie ontwikkelde die *de facto* niet meer kan worden omschreven als een democratische staatsvorm. Dit vormt de achtergrond tegen welke de centrale denkers van dit proefschrift hun rechtstheorie tot ontwikkeling brachten – waren er in hun denken reële aanknopingspunten te vinden voor de verdediging van de Weimardemocratie die haar ondergang wellicht had kunnen voorkomen?

§ 9.3. Het almachts-karakter van het wetspositivisme

In het derde hoofdstuk vormde de ontwikkeling van het Duitse staatsrecht tussen (ongeveer) 1850 en 1919 het centrale thema. Binnen dit staatsrecht vormden twee belangrijke thema's de hoofdmoot: enerzijds werden de fundamenten gelegd voor de methodestrijd binnen de Duitse rechtsfilosofie, waarbij de vraag naar de plaats die de (sociologische) werkelijkheid binnen het recht een steeds prominentere rol begon te spelen. Anderzijds stond de staatsvorm zelf ter discussie, waarbij

bijvoorbeeld de vraag werd gesteld of er sprake moest zijn van een democratische staatsvorm of monarchie, of een eenheidsstaat of federatie. In dit hoofdstuk kwam de volgende deelvraag aan de orde:

> *In hoeverre stelde het Duitse rechtspositivisme de Weimardemocratie in staat om zich te verdedigen tegen vijandige tendensen?*

Wat betreft de methodestrijd, het eerste thema, werd duidelijk dat het Duitse rechtspositivisme, het wetspositivisme van de Gerber/Laband-school, dominant was binnen het Duitse Tweede Keizerrijk. Dit wetspositivisme is een vorm van rechtspositivisme. Het rechtspositivisme kan worden omschrijven als een opvatting binnen de rechtsfilosofie die ervan uit gaat dat recht en moraal van elkaar gescheiden zijn en dat er aldus geen morele opvatting aan het recht ten grondslag hoeft te liggen. Het Duitse wetspositivisme verschilt van het (meest bekende) Anglo-Amerikaanse statische rechtspositivisme, waarvan H.L.A. Hart een belangrijke vertegenwoordiger is, en gaat ervan uit dat de eenheid binnen de staat zo veel mogelijk benadrukt en onderstreept dient te worden. De tekst van de wet werd centraal gesteld en geïnterpreteerd volgens 'neutrale' methoden (ook wel bekend als *Begriffsjurisprudenz*).

Het wetspositivisme ondersteunde het beeld van een *Machtsstaat*, de staat als absolute eenheid en wees interpretatiemethoden die gebruik maakten van morele uitgangspunten van de hand. Dit is een interessante ontwikkeling, die in Duitsland leidde tot het bekende credo 'bevel is bevel', dat in de Tweede Wereldoorlog volgens Radbruch werd gebruikt (misbruikt) ter rechtvaardiging van het begaan van of meewerken aan extreme wandaden. Dat dit juist binnen de Duitse staat tot stand kan komen – en bijvoorbeeld niet in Engeland – heeft alles te maken met het specifieke karakter van het Duitse wetspositivisme. In Duitsland stond de *staat* voorop en niet het *recht*. Hiermee zit een machtselement ingebouwd in de Duitse traditie, die de basis legt voor de almacht van de staat die ernstig misbruikt werd door het nationaalsocialisme gedurende het Derde Rijk. Gesteld kan dan ook worden dat het wetspositivisme, dat gedurende de Weimarrepubliek een zeer belangrijke rol speelde, eerder bijdroeg aan de ondergang van de democratie dan dat het deze verhinderde. Het ondersteunde de antidemocratische tendensen binnen de Duitse staat en was niet in staat hier iets tegenin te brengen.

Al ten tijde van het Tweede Keizerrijk poogden verschillende denkers, zoals Jellinek en Weber, het dominante wetspositivisme te doorbreken. Met hun kritiek kwam het wetspositivisme echter niet onder druk te staan. Dat veranderde met de kritiek van Schmitt en Kelsen, die beiden de fundamenten van hun rechtstheorie legden ten tijde van het Tweede Keizerrijk.

§ 9.4. De Weimargrondwet: de juridische werkelijkheid

In het vierde hoofdstuk stond de juridische werkelijkheid van de Weimardemocratie centraal. Dit hoofdstuk focust zich voornamelijk op de Weimargrondwet en diens uitgangspunten alsmede de debatten die werden gevoerd omtrent deze centrale uitgangspunten. In dit hoofdstuk werd de volgende deelvraag beantwoord:

In hoeverre stelden de grondwettelijke uitgangspunten van de Weimargrondwet de Weimardemocratie in staat om zich te verdedigen tegen vijandige tendensen?

De nadruk lag bij het beantwoorden van deze vraag op de grondwettelijke realiteit, zoals deze aan het begin van de Weimarrepubliek tot stand kwam. Duidelijk werd dat er voor de novemberrevolutie van 1918 in Duitsland nog nauwelijks rekening was gehouden met of nagedacht over het invoeren van een werkelijk democratische staatsvorm. De bevolking had wel meermaals haar wens tot deze democratisering kenbaar gemaakt, maar er werd tot het einde van de Eerste Wereldoorlog niet serieus rekening mee gehouden dat dit ook daadwerkelijk zou leiden tot het afschaffen van de monarchie.

Het tot stand brengen van een democratische grondwet kan dan ook worden gezien als een experiment. Hier is in de literatuur veelvuldig op gewezen en geduid als een van de oorzaken van 'weeffouten' in de constitutie. Er wordt dan bijvoorbeeld gewezen op het systeem van proportionele vertegenwoordiging, dat ertoe leidde dat geen enkele partij de meerderheid zou kunnen verkrijgen in de Rijksdag en er dus altijd een coalitie van verschillende partijen tot stand dient te komen alvorens een regering te vormen. Er wordt tevens gewezen op een (te) krachtige positie van de Rijkspresident, die aanleiding zou kunnen geven tot machtsmisbruik – zeker gezien de vergaande bevoegdheden die hem werden toebedeeld op basis van artikel 48 van de Grondwet. Tot slot was er kritiek op het niet verankeren van de positie van politieke partijen of het te ruim formuleren van grondrechten: dit zou alle aanleiding geven tot constitutionele debatten en de legitimiteit van de Weimardemocratie ondermijnen.

Mijns inziens is deze kritiek onjuist. De keuzes die in de Weimargrondwet werden gemaakt waren weldoordacht en weloverwogen. Belangrijk is tevens te beseffen dat het analyseren van een grondwet *ex post*, met de kennis van nu, gemakkelijker is dan het voorzien van verschrikkingen ten tijde van het opstellen van een grondwet. Belangrijk is wel te benadrukken dat de Grondwet overduidelijk op 'normale tijden' was gericht en geen rekening heeft (kunnen) houden met de verschillende crises waar de Weimarrepubliek gedurende haar bestaan mee te maken kreeg – die aanleiding gaven tot misbruik van enkele centrale uitgangspunten van de Weimargrondwet. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gewezen op artikel 48 van de Weimargrondwet. Dit artikel werd, in samenhang met een sterke Rijkspresident, ingesteld om tegenwicht te bieden aan het parlement en *Parlamentsabsolutarismus* te voorkomen; er diende snel en dynamisch gehandeld te worden in geval van crisis. Echter was onvoldoende rekening gehouden met het feit dat de Rijkspresident zelf zijn macht ook zou kunnen misbruiken en hiermee het parlement buiten spel zou zetten.

Max Weber is een van de belangrijkste architecten geweest van het systeem van een machtige Rijkspresident. Hoewel Weber zelf niet heeft willen bijdragen aan de ontwikkeling richting een *Führerstaat*, kan niet worden ontkend dat zijn opvattingen – met een centrale positie in de Weimargrondwet – hieraan hebben bijgedragen. Er schuilt een groot gevaar in het toebedelen van een te grote invloed van een leider (de Rijkspresident) die moest worden gesteund door de volksmassa. De massa kan, zeker onder invloed van de verkeerde *Führer,* gemakkelijk gemanipuleerd worden. Dit is

precies wat er gebeurde in de nadagen van de Weimarrepubliek. Een gevaar dat in de Weimargrondwet niet verholpen, maar juist gefaciliteerd werd.

Hetzelfde kan worden gezegd over het feit dat er geen maatregelen werden genomen tegen versplintering binnen de Rijksdag. Hugo Preuβ had wellicht een te groot vertrouwen gekoesterd in het principe 'eenheid in veelheid' en zich onvoldoende rekenschap gegeven van de vijandigheid van verschillende groepen binnen de Republiek, die vanaf het begin bestond. Deze verdeeldheid kwam alleen maar meer tot uitdrukking gedurende de nadagen van de Weimarrepubliek onder invloed van de verschillende crises.

Tot slot wil ik erop wijzen dat het Duitse wetspositivisme niet werkelijk onder druk kwam te staan met de invoering van de Weimargrondwet. De inhoud van de staatsmacht veranderde, van een monarchie naar een democratie, maar de achterliggende gedachte en interpretatie veranderden niet. De combinatie van het wetspositivisme, de verschillende crises die de Weimardemocratie te verduren kreeg en de weeffouten in de Grondwet die hierboven aan de orde werden gesteld, leidde ertoe dat de Weimargrondwet de Weimardemocratie niet in staat stelde om weerstand te bieden tegen vijandige tendensen die steeds meer de overhand kregen binnen de staat.

De vraag is of het werk van tegenstanders van het Duitse wetspositivisme met hun interpretatie van de Weimargrondwet wellicht een begin van de verdedigingslinie tegen de democratie vijandig gezinde krachten kunnen vormen. Dit vormt de kern van de beantwoording van de resterende deelvragen, die hierna verder wordt besproken.

§ 9.5. Hans Kelsen: vergaande nadruk op de legaliteit van de rechtsorde

Een van de critici op het Duitse wetspositivisme was de Oostenrijkse denker Hans Kelsen. Zijn belangrijkste rechtsfilosofische en politiek filosofische opvattingen vormden de kern van het vijfde hoofdstuk van dit proefschrift, dat specifiek antwoord geeft op de volgende deelvraag:

> *In hoeverre bieden de rechtsfilosofische opvattingen van Kelsen, die een breuk betekenen met het Duitse wetspositivisme, aanknopingspunten om de Weimardemocratie te verdedigen tegen vijandige tendensen?*

Kelsens rechtstheorie is enerzijds een kritiek op het wetspositivisme, maar anderzijds een vervolmaking van het positivistische karakter van de rechtsorde. Kelsen brengt zijn rechtstheorie tot uiting in zijn *Reine Rechtslehre*. Uit dit werk valt op te maken dat Kelsen het rechtssysteem beschouwt als een gesloten, hiërarchische eenheid die zijn geldigheid aan de grondnorm ontleent. Deze grondnorm is op zijn beurt een hypothetisch fundament dat moet worden voorondersteld en waarvan de geldigheid zelf niet bewezen kan worden. De staat is voor Kelsen volledig identiek met het recht en hij wijst iedere verbinding met een andere wetenschapsdiscipline af – zijn rechtsleer is zuiver ('rein') omdat een dergelijke verbinding wordt vermeden. Hiermee komt tevens zijn wetenschappelijke benadering van het recht naar voren: 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, dat een kenmerk van andere wetenschapsgebieden is, hoort niet thuis in een zuivere rechtsleer.

De zuivere rechtsleer van Kelsen is nauw verbonden met zijn democratieopvatting. Voor hem is democratie een voortdurend compromis tussen de minderheid en de meerderheid. Er moeten hierbij garanties worden ingebouwd dat de meerderheid een tijdelijke meerderheid is en de minderheid aldus de kans moet krijgen om bij volgende verkiezingen alsnog de meerderheid te verkrijgen. Daarnaast dient die minderheid nooit volledig te worden uitgesloten van politieke besluitvorming en dus betrokken te worden bij het tot stand brengen van besluiten. Om de minderheid te beschermen legt Kelsen nadruk op een verzwaarde wijzigingsprocedure van de Grondwet, grondrechten en de mogelijkheid tot constitutionele toetsing. Daarbij hebben democratische besluiten volgens Kelsen altijd het karakter van een compromis. Hij is echter tegen het verbieden van antidemocratische partijen of het opnemen van eisen waar het democratisch spel aan moet voldoen. Indien dit gebeurt, leidt dit tot afbreuk van het relativistische karakter van de democratie.

Dit relativisme is volgens Kelsen een van de kernpunten van een democratie: een belangrijk kenmerk van een democratische staatsvorm is dat er geen vooraf gedicteerde antwoorden worden gegeven op vragen en dat het democratisch spel volledig openligt. Dit in tegenstelling tot een autocratische staatsvorm. Echter leidt dit er tegelijkertijd toe dat de rechtstheorie van Kelsen weerloos wordt tegenover vijandige tendensen in de staat of tegenover krachten die de democratie omver willen werpen. Kelsen komt dan wel in het geweer tegen het wetspositivisme, maar schiet hij hierin niet te veel door? En biedt zijn theorie dan niet eveneens aanleiding tot een ondermijning van de democratie?

Gesteld kan worden dat Kelsen de rechtsorde op een dermate formele en hiermee ‘klinische’ wijze opvat dat de democratie kan verworden tot een zelfmoordpact: een systeem dat de eigen ondergang in zich draagt, omdat er geen ruimte is voor fundamentele en principiële uitgangspunten. Kelsen bevestigt feitelijk de zwakte van het recht tegenover de staat door zich af te keren van het vraagstuk van legitimiteit en moraliteit. Zijn theorie is aldus niet alleen niet in staat om een tegenwicht te bieden tegen vijandige tendensen in de rechtsorde van de Weimardemocratie, maar biedt tevens een rechtvaardiging voor het vrij spel laten van dergelijke krachten.

§ 9.6. Carl Schmitt: transcendente beslissing en soevereine almacht

Een van de belangrijkste critici van zowel de rechtstheorie van Kelsen als het Duitse wetspositivisme ten tijde van de Weimarrepubliek was Carl Schmitt. In het zesde hoofdstuk stonden zijn rechtsfilosofische en politiek filosofische standpunten centraal om de volgende vraag te beantwoorden:

> *In hoeverre bieden de rechtsfilosofische opvattingen van Carl Schmitt, die een fel tegenstander was van zowel het Duitse wetspositivisme als van de legalistische rechtstheorie van Kelsen, aanknopingspunten om de Weimardemocratie te verdedigen tegen vijandige tendensen?*

Ten eerste is het interessant om op te merken dat Schmitt niet alleen een tegenstander was van Kelsen en het wetspositivisme, maar tevens een van de belangrijkste critici van de parlementaire staatsvorm in de Weimarrepubliek. Deze kritiek richt zich voornamelijk op het samengaan van liberalisme en democratie in de parlementaire staatsvorm. Volgens Schmitt is de verbinding tussen beide een van de belangrijkste oorzaken van de crisis waar de Weimardemocratie in terecht kwam. Liberalisme en democratie staan namelijk haaks op elkaar: het liberalisme legt de nadruk op het individu, politieke partijen, neutraliteit, machtenscheiding en geheime verkiezingen. Dat maakt dat liberalisme verdeeldheid binnen de staat brengt, terwijl democratie erop gericht is om eenheid te creëren – en niet zo maar eenheid, Schmitt betoogt dat democratie gericht is op het vormen van een substantiële eenheid die voorafgaat aan de staat zelf. Deze substantiële eenheid kan enkel direct worden vertegenwoordigd door de democratisch leider. Dit was binnen de Weimardemocratie de Rijkspresident, die volgens hem meer bevoegdheden toebedeeld zou moeten krijgen.

Essentieel binnen de democratie is het nemen van een beslissing, zo betoogt Schmitt. De belangrijkste beslissing is die welke bepaalt wie tot de 'vrienden' en wie tot de 'vijanden' van de staat behoort. Met andere woorden, wie behoort tot de staat en wie niet? Het liberalisme, gericht op verdeeldheid, maakt dit grotendeels onmogelijk. Hiermee verliest de staat haar autoriteit. Dit wordt verder in de hand gewerkt door de neutraliteit die het liberalisme voorstaat en die de staat voorstelt als een concurrerende macht naast andere machtssferen – hetgeen afbreuk doet aan de statelijke autoriteit. Dit wordt wederom versterkt door machtenscheiding en politieke partijen: alle doen afbreuk aan de eenheid en autoriteit van de staat door deze op te breken in verschillende delen.

Schmitt wil dit machtselement niet alleen terugbrengen, maar ook versterken. Hij wil een sterke uitvoerende macht en legt de nadruk op de legitimiteit van de rechtsorde en de staat. Schmitts theorie legt met deze analyse en oplossing de vinger op de zere plek: hoe kan immers de legitimiteit van de rechtsorde en de democratische staatsvorm worden gewaarborgd in een liberale democratie? Dit was een van de centrale vragen voor Schmitt en het ontbreken van een antwoord op deze vraag zou ertoe leiden dat de 'waarheid zich zou wreken'. Schmitt kreeg op tragische wijze gelijk: de Weimardemocratie bleek niet in staat een krachtig antwoord te bieden op haar vijanden en ging ten onder.

De vraag is echter of, hoewel Schmitt een duidelijke diagnose biedt van het probleem, zijn theorie daadwerkelijk in staat is een antwoord te formuleren op de dreiging van de vijanden binnen de rechtsorde van de Weimardemocratie. Deze vraag moet ontkennend worden beantwoord. Schmitt biedt op zijn beurt een legitimatie voor het totaal ondergeschikt maken van het recht aan de staat. Zijn opvattingen liggen in het verlengde van die van Weber en bieden een rechtvaardiging voor de *Führerdemokratie.* In tijden van crisis kan een dergelijke opvatting goed van pas komen. Echter roept het de vraag op wie erop toe ziet dat de soeverein de macht, na afloop van deze crisis, weer afstaat. Hier biedt de theorie van Schmitt geen antwoord op. Tevens moet Schmitt het antwoord schuldig blijven hoe een kloof tussen de beslissing die ten grondslag ligt aan het recht en de samenleving moet

worden overbrugd. Hoe wordt dit een werkelijk democratische beslissing, die gedragen wordt door het volk? Ook in dit verband biedt Schmitts theorie geen uitkomst.

§ 9.7. Rudolf Smend en Hermann Heller: een immanente democratieopvatting

Tot nu toe is duidelijk geworden dat het Duitse wetspositivisme ten grondslag ligt aan de op de staatsmacht gerichte inslag van de Duitse staat en hier tevens een rechtvaardiging voor biedt. Belangrijke critici van dit wetspositivisme zijn Hans Kelsen en Carl Schmitt. Eerstgenoemde legt grote nadruk op de legaliteit van de rechtsorde en het relativisme van de democratie met als gevolg dat de democratie weerloos wordt ten opzichte van haar vijanden. Schmitts theorie, op zijn beurt weer zeer kritisch op die van Kelsen, biedt een mogelijkheid tot de verdediging van de democratie maar enkel middels versteviging van de statelijke almacht. Zijn theorie draagt dus, behalve aanzetten tot een verdedigingslinie, ook een mogelijkheid tot ontsporing in zich. De vraag die rest, is of andere theorieën wellicht meer potentie hebben tot aanknopingspunten voor een succesvolle verdedigingslinie van de democratie. Om deze vraag te beantwoorden, zijn hoofdstuk 7 en 8 van dit proefschrift de denkbeelden van Rudolf Smend en Hermann Heller besproken. De volgende deelvraag stond in deze hoofdstukken centraal:

> *In hoeverre bieden de rechtsfilosofische opvattingen van Rudolf Smend en Hermann Heller, die zich richten tegen het Duitse wetspositivisme maar tevens tegen de opvattingen van Kelsen en Schmitt, aanknopingspunten om de Weimardemocratie te verdedigen tegen haar vijandige tendensen?*

Ik kies ervoor om beide denkers in deze slotbeschouwing samen te bespreken aangezien hun theorieën tot op zekere hoogte als complementair kunnen worden beschouwd. In hoofdstuk 7 werd duidelijk dat Smend voornamelijk de nadruk legt op de wederzijdse beïnvloeding van burger en staat; een proces dat hij duidt als integratie. Integratie komt tot stand in een dialectische relatie tussen de burger en bepaalde symbolen van de staat. Smend dicht een belangrijke rol toe aan het parlement, dat hij ziet als het belangrijkste instrument voor de integratie van de burger in de staat. Het parlement dient ertoe om uit verschillende individuele belangen één gezamenlijk belang tot stand te brengen en zodoende de gehele gemeenschap vertegenwoordigt. Deze functie is binnen de Weimarrepubliek volgens Smend behoorlijk onder druk komen te staan: er wordt enkel gekeken naar de politieke verhoudingen in het land (als een spiegel die weergeeft dat wit en rood aanwezig zijn) in plaats van te kijken naar de voornoemde functie tot het brengen van eenheid (feitelijk het mengen van wit en rood tot een roze eenheid).

Politieke participatie is voor Smend erg belangrijk. Hij betoogt dat de burger hiermee betrokken wordt bij de vorming van de democratische wil in de staat, maar hier ook onderdeel van uitmaakt. Democratie is hiermee een creatief conflict, dat uitmondt in een eenduidige wil. Dit wordt aldus mogelijk door integratie. Smend onderscheidt drie belangrijke vormen van integratie: persoonlijke integratie middels de persoon van de leider, functionele integratie gevormd door het

geheel van collectieve levensvormen en zakelijke integratie die betrekking heeft op symbolen. Al deze vormen van integratie hangen samen en leiden tot een continu proces van het creëren van eenheid tussen de burger en de staat.

De theorie van Smend biedt hiermee belangrijke aanknopingspunten voor een fundering van de democratische staatsvorm van onder – gedragen door de burgers. Echter biedt zijn theorie onvoldoende sturing: welke waarden zijn bijvoorbeeld zo essentieel binnen de democratische staatsvorm dat hier nooit afbreuk aan gedaan mag worden in het dialectisch proces? Gezien de situatie die zich in de Weimarrepubliek ontvouwde, waarbij burgers zich steeds meer van de democratie afkeerden, is antwoord op deze vraag geen overbodige luxe. Gesteld kan dan ook worden dat de theorie van Smend een eerste aanzet geeft tot een andere kijk op de rechtstheorie dan die door het wetspositivisme enerzijds en door Schmitt en Kelsen anderzijds wordt voorgesteld. Deze aanzet kan verder uitgewerkt worden aan de hand van de opvattingen van Hermann Heller wiens theorie, zoals gezegd, in zekere zin als complementair ten opzichte van die van Smend kan worden gezien.

Heller legt de nadruk op de gemeenschappelijke wil die altijd ten grondslag moet liggen aan de democratie en de statelijke instituties. Heller ziet deze gemeenschappelijke wil gelegen in de funderende principes van het recht, de *Rechtsgrundsätze.* De staat is een sociaal proces dat door continu samenspel van natuur en cultuur, die in een dialectische verhouding tot elkaar staan, wordt gevormd. De staat is een sociaal proces en berust op de eenheid van beslissingen die door burgers als legitiem worden gezien. Dit is echter alleen mogelijk wanneer er een gemeenschappelijk uitgangspunt voor discussie bestaat, gevormd door de funderende principes van het recht. Indien de burgers deze funderende principes erkennen en zich hierdoor vertegenwoordigd zien, komt er een gevoel van saamhorigheid [*Wir-Bewußtsein*] tot stand. Uiteindelijk is deze saamhorigheid, of homogeniteit, de belangrijkste basis voor de democratie en de legitimiteit van de staatsmacht.

Gecombineerd bieden de theorieën van Smend en Heller belangrijke inzichten wat betreft het opwerpen van een rechtstheoretische verdedigingslinie. Gesteld kan worden dat de funderende principes van het recht, die Heller voorstelt, gezien kunnen worden als de *fundering* van de democratie zelf waar iedere burger in principe mee instemt. Hier gaat het aldus om belangrijke principes waar nooit aan getoornd mag worden. Echter, deze principes dienen wel daadwerkelijk door burgers ondersteund te worden en niet te verworden tot een papieren tijger. Hiervoor is het noodzakelijk dat burgers ook na de stichtingsdaad van de democratie bij de staatsvorm betrokken blijven.

Wat betreft dat laatste punt kan het inzicht van Smend Hellers opvatting aanvullen. Smend beschrijft hoe belangrijk het is burgers bij de democratie te blijven betrekken, ook na het moment van stichting. Hij doet daartoe interessante suggesties, zoals betrokkenheid en vertegenwoordiging door het staatshoofd, door deel te nemen aan het democratisch proces en het gezamenlijk vieren van feestdagen en dergelijke. Geconcludeerd kan worden dat deze vorming van een democratische cultuur een belangrijk tegenwicht kan bieden aan vijandige tendensen binnen de democratie. Burgers die zich betrokken voelen bij en vertegenwoordigd voelen door de democratische staatsvorm en haar leiders

zullen minder vatbaar zijn voor antidemocratische tendensen. Een dergelijke democratische cultuur, die van onder wordt gedragen door burgers, biedt een belangrijke verdedigingslinie tegenover de vijanden van de democratie.

De vraag die rest is of de opvattingen van Smend en Heller een reële mogelijkheid tot verdediging van de Weimardemocratie hadden geboden in de steeds verder ontwarende crises van de Weimarrepubliek. Deze vraag staat centraal in de volgende paragraaf.

§ 9.8. Conclusie

Tot slot volgt, aan de hand van de antwoorden op de afzonderlijke deelvragen, een antwoord op de hoofdvraag van dit proefschrift, die ik hier voor de volledigheid nog een keer herhaal:

> *In hoeverre boden de juridische en rechtsfilosofische concepten die ten grondslag lagen aan de Weimardemocratie reële mogelijkheden om de democratische staatsvorm te verdedigen?*

Geconcludeerd kan worden dat het Duitse rechtspositivisme, het wetspositivisme, in belangrijke mate bijdroeg aan de op de staatsmacht gerichte inslag van de Duitse staat. Door het wetspositivisme tekent zich duidelijk een vorm af van een *Machtsstaat*, waaraan door het wetspositivisme voorgestane neutrale interpretatiemethoden, geen tegenwicht kunnen bieden. Het specifieke karakter van het Duitse positivisme werkte de wandaden van het Derde Rijk, gerechtvaardigd via het welbekende 'bevel is bevel' (cf. Radbruch) in de hand. In dit wetspositivisme zijn dan ook geen aanknopingspunten te vinden wat betreft een rechtstheoretische verdedigingslinie tegenover vijandige tendensen – het werkte deze tendensen eerder in de hand.

Kritiek op het wetspositivisme kwam al ten tijde van het Tweede Keizerrijk tot stand, bijvoorbeeld door Jellinek en Weber. Zij waren beiden niet in staat een werkelijk alternatief voor het wetspositivisme te bieden. Sterker nog, Weber – een van de centrale denkers wat betreft het opstellen van de Weimargrondwet – droeg zelf met zijn idee van de *Führerdemokratie* bij aan het beeld van een sterke leider, ondersteund door de massa. Door echter geen specifieke eisen te stellen aan deze *Führer,* zette hij de deur open voor een ontsporing van de staatsmacht en zelfs een vorm van volksmennerij. Wie te veel macht bij de massa legt, gaat voorbij aan het feit dat de massa onder invloed van de verkeerde leider tot verschrikkelijke dingen kan worden bewogen – hetgeen duidelijk werd in Hitlers Derde Rijk.

Een belangrijke criticus van het wetspositivisme en een van de centrale figuren binnen de rechtsfilosofie van de Weimarrepubliek, Kelsen, was tevens niet in staat om een tegenwicht te bieden aan het op de staatsmacht gerichte karakter van het wetspositivisme. Zijn theorie, hoewel deze zeer verschilt van de Duitse positivistische traditie tot dan toe, biedt door de nadruk op relativisme geen verdedigingslinie tegen de democratie vijandig gezinde krachten. Sterker nog, hij ziet dit als een inherent onderdeel van de democratie zelf: de democratie velt geen oordeel over de deelnemers aan het spel, maar biedt enkel de spelregels. In een 'normale situatie' kan dit wellicht een werkbaar uitgangspunt zijn. De realiteit van de Weimarrepubliek geeft echter ter overweging dat zijn theorie

gemakkelijk, onder invloed van de verkeerde deelnemers aan het democratisch spel, kan verworden tot zelfmoordpact. In zijn theorie zijn dan ook geen aanknopingspunten te vinden voor een rechtstheoretische verdedigingslinie van de democratische staatsvorm.

Dit werd opgemerkt door Schmitt. Zijn rechtstheorie staat in veel opzichten haaks op de theorie van Kelsen en breekt radicaal met de Duitse wetspositivistische traditie. Schmitt heeft kritiek op het samengaan van liberalisme en democratie en mist daadkracht in de Weimarrepubliek, voornamelijk tot het beslechten van crises. Hij wil daarom meer macht toekennen aan de Rijkspresident, het staatshoofd van de Weimarrepubliek: hij moet in een crisis direct kunnen handelen en het volk direct representeren. Hoewel Schmitts theorie inderdaad aanknopingspunten biedt voor een rechtstheoretische verdedigingslinie van de democratie, gaat hij er – in de voetsporen van Weber – aan voorbij dat de almacht van de Rijkspresident zich ook wel eens tegen het democratisch systeem zelf zou kunnen richten. Daarnaast heeft hij geen oog voor het feit dat een beslissing, die bij hem een transcendent karakter heeft, ook gedragen dient te worden door de bevolking. Democratie is de regering door het volk en niet enkel namens het volk.

Deze tekortkoming in het denken van Schmitt wordt opgemerkt door Smend en Heller, die beiden de nadruk leggen op een immanente rechtvaardiging van de democratische staatsvorm en de vorming van een democratische cultuur. Waar de opvattingen van Smend aantonen hoe de burgers betrokken kunnen worden bij de democratie middels de verschillende vormen van integratie, geeft Heller aan dat er altijd funderende principes aan deze integratie ten grondslag moeten liggen. Gesteld kan worden dat hun rechtstheoretische opvattingen belangrijke aanknopingspunten bieden voor tot het tot stand komen van een rechtstheoretische verdedigingslinie van de democratische staatsvorm. Voornamelijk het idee van een democratische cultuur, waarbij de democratische staatsvorm niet alleen door burgers wordt gedragen maar waarbij burgers ook worden betrokken bij de democratie kan een goed antwoord bieden op antidemocratische krachten. Indien zij immers geen steun vinden onder de bevolking, zullen zij er ook niet in slagen voet aan de grond te krijgen.

De vraag rijst echter of een dergelijke democratische cultuur in de Weimarrepubliek tot stand had kunnen komen. Met andere woorden: zou dit een *reële* mogelijkheid van de verdediging van de Weimardemocratie hebben geboden? In de begindagen van de Weimarrepubliek bestond er een grote mate van steun voor de Weimarcoalitie: er was dus wel degelijk een grote groep mensen bereid de democratische staatsvorm te ondersteunen. Deze steun brokkelde snel af onder invloed van de ondertekening van het Verdrag van Versailles en de crises die daarop volgde en verschillende samenzweringstheorieën. Ook gedurende de stabiele ‘gouden’ jaren van de Weimardemocratie herstelde deze steun zich niet. Had de rechtstheorie ten tijde van de Weimarrepubliek aanknopingspunten tot een antwoord hierop kunnen bieden?

Dit had tot de mogelijkheden kunnen behoren indien er ten eerste een duidelijkere richting in de Weimargrondwet was voorgestaan. Duitsland kende tot de Weimardemocratie geen democratische traditie, de Weimargrondwet had dan ook een experimenteel karakter – hetgeen ertoe leidde dat er met

argusogen naar het parlement werd gekeken. Het staatshoofd, de Rijkspresident, kreeg dan ook een stevige positie en verwierf onder invloed van de verschillende crises steeds meer macht. Hierdoor werd van meet af aan gekozen voor een fundering van de democratie van *bovenaf*, in plaats van van *onderaf* – vanuit het volk. In tijden van crises kan een tijdelijk regeren op basis van nooddecreten gerechtvaardigd zijn, maar indien dit te lang duurt leidt dit tot een steeds grotere kloof tussen samenleving en regering, precies het scenario dat zich ontvouwde aan het einde van de Weimarrepubliek.

De dominante Duitse rechtstheorie van het wetspositivisme alsmede haar critici Kelsen en Schmitt laten ons tevens met lege handen achter. De opvattingen van Heller en Smend bieden aanknopingspunten tot een rechtstheoretische verdedigingslinie: enerzijds bieden hun theorieën de mogelijkheid tot het formuleren van een democratische grondwet waar de burgers van een land zich door vertegenwoordigd voelen. Anderzijds worden zij, na de afkondiging van de democratische grondwet, steeds betrokken bij democratische besluitvorming. De burger wordt hierdoor onderdeel van de democratische staat en voelt zich verbonden met en onderdeel van het democratisch proces. Met andere woorden, het op deze manier tot stand komen van een democratische cultuur kan een belangrijke manier zijn om antidemocratische machtsgrepen te voorkomen.

In de realiteit van de Weimarrepubliek bleek het echter onmogelijk om tot een dergelijke verdediging te komen. Een inspirerend, democratisch verhaal waar burgers aansluiting bij konden vinden, ontbrak. Daartegenover stonden een krachtig nationaalsocialisme en communisme, dat een dergelijk verhaal wel boden. Onder invloed van de verschillende crises keerden steeds meer burgers zich dan ook van de Weimardemocratie af. De staat zelf was niet bij machte zich te verdedigen, niet middels een rechtstheoretische verdedigingslinie die werkelijk inspeelt op democratische legitimiteit (dus niet een Rijkspresident die regeert op basis van decreten) en niet middels handhaving: toenemend geweld leidde tot afbrokkeling van het geweldmonopolie van de staat, die niet in staat was de vrijheid van meningsuiting voor politieke tegenstanders te garanderen.

Opgemerkt moet worden dat de stromingen binnen de rechtstheorie die Heller en Smend vertegenwoordigen, maar weinig aanhang kregen ten tijde van de Weimarrepubliek zelf. Dit heeft er voornamelijk mee te maken dat zij radicaal afweken van het – toch nog steeds dominante – discours van wetspositivisme. Kelsen en Schmitt waren ten tijde van de Weimarrepubliek de belangrijkste critici en hun theorieën kregen daardoor eveneens veel aandacht. Andere opvattingen, zoals die van Heller en Smend, bleven meer op de achtergrond. Wat de rechtstheoretische inzichten van Heller en Smend desalniettemin aantonen, is dat het betrekken van de burgers bij democratie en het vormen van een democratische cultuur in staat is een krachtig antwoord te bieden op antidemocratische tendensen. Waar andere rechtstheoretische verdedigingslinies, die te veel nadruk leggen op formele vereisten (Kelsen) of de almacht van de staat (Schmitt) deze verdediging niet kunnen bieden, kunnen Heller en Smend dat wel.

Hun theorieën leggen eveneens bloot dat er geen eenvoudig antwoord te geven is op de vraag aan welke eisen een 'weerbare' democratie moet voldoen: dit is altijd afhankelijk van tijd en plaats en afhankelijk van het specifieke volk, het specifieke land en de specifieke (ontstaans)geschiedenis. In dit onderzoek gaat het specifiek om de vraag naar de reële (en dus niet theoretische) mogelijkheden van verdediging van de Weimardemocratie. Zoals Heller en Smend ook onderkennen hangt het antwoord op die vraag dus samen met de specifieke omstandigheden van de Weimarrepubliek: het antwoord op die vraag ligt op het snijvlak tussen theorie en praktijk – hetgeen het tweeledig karakter van dit proefschrift onderschrijft. De conclusie luidt dan ook dat de aanknopingspunten ter verdediging van de democratie die Heller en Smend bieden in het algemeen zeer waardevol zijn, maar dat deze in de context van de ontwarende crises ten tijde van de Weimarrepubliek geen oplossing konden bieden.

Het spook van Weimar is een veelkoppig monster, dat 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 ontaarding van de democratie door de Rijkspresident te veel macht toe te bedelen. Heller en Smend bieden aanknopingspunten voor een rechtstheoretische rechtvaardiging, 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 gehele 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.

English summary: The ghost of Weimar. A democracy in crisis

The Weimar Republic, founded in November 1918, was the first real democracy on German territory. It came about directly after Germany's loss of the First World War – which fed conspiracy theories claiming the democratic parties who supported the new democracy wanted Germany to lose the war for their own benefit. Although the claims were false, these conspiracy theories (several versions of the so-called *Dolchstoßlegende*) gained a broad following which grew after the Versailles Treaty was signed. The Versailles Treaty played a part in several crises the Weimar Republic faced and after signing this Treaty, the democratic parties supporting the Republic never acquired a majority in the *Reichstag* again.

The collapse of the Wall Street stock market in November 1929, followed by the world wide Great Depression, marked the beginning of the end of Germany's first democracy. The economic crisis, that hid Germany particularly hard, came with a political crisis – of which Adolf Hitler and his NSDAP greatly profited. From 1932 onwards, a hostile majority was formed in the *Reichstag* and the only way to still govern in a semi-democratic way was through emergency laws. At the beginning of 1933, it became clear that the only way to form a government backed by a majority in parliament was to appoint Hitler as chancellor. This turned out to be a capital mistake: on 23 of March, Hitler took power and abolished democracy to start building his totalitarian *Third Reich.*

Since then, Weimar became famous – or rather infamous – for being a 'failed democracy'. In this research, the downfall of Weimar's democracy is of central interest. After broadly stating the historical reality of the first Germany democracy, this thesis focusses on the juridical and philosophical concepts underlying the Weimar democracy to answer the question to what extent they offered real possibilities to defend the democratic state.

First, this question will be answered for the dominant philosophical school in Germany when the Weimar Constitution was drafted: legal positivism. The German legal positivism, the so-called statutory positivism, came about during the Second Empire and was mostly advocated by Paul Laband and Carl Friedrich von Gerber. It not only separated law from morality but, most importantly, stressed the idea of the state as a bastion of power [*Machtsstaat*] in order for unity to come about. Therefore, this research argues that statutory positivism contributed to the well-known '*Befehl ist Befehl*' that, according to Gustav Radbruch, corrupted the judiciary in Germany and left it empty handed against the totalitarian *Third Reich.* Consequently, this research argues that instead of defending the democratic state that was associated with distribution of power, statutory positivism strengthened antidemocratic tendencies within the Weimar state.

Second, the central question stated above will be answered for the Weimar Constitution. Drafting this democratic Constitution was a challenge on its own whereas Germany lacked a democratic tradition. In leading literature, the Weimar Constitution is mostly criticized for the system

of proportional representation that made it necessary for a coalition of parties to govern and for the position of the head of state, the Reich's President, that was too powerful in comparison with the parliament. This research argues that the latter is true. Although the Reich's President only acquired that much power for defending the democracy against parliament – in order to prevent *Parliamentsabsolutismus* – the founders of the Weimar Republic did not reckon with the possibility that it could be the President himself that would misuse his power. And that was exactly what happened during the final days of the Weimar Republic. Max Weber was the architect of the President's position within the Constitution. Despite Weber himself surely not being in favor of a *Führer* state, it cannot be denied that his theory did contribute to the President's position of power. Moreover, German legal positivism was not really challenged with the introduction of the Weimar Constitution. The question arises whether opponents of the statutory positivism would have been able to offer possibilities to defend Weimar's democracy. This question is answered with regard to the theories of Hans Kelsen, Carl Schmitt, Rudolf Smend and Hermann Heller.

Kelsen's theory, on the one hand, criticizes statutory positivism but is, on the other hand, a positivist theory in and of itself. Kelsen argues that legal theory should be regarded as a science: it therefore has its own methods and should not be dependent upon both other sciences and morality. Kelsen's legal theory, the pure theory of law [*Reine Rechtslehre*], is closely intertwined with his democratic theory. According to Kelsen, democracy is an ongoing compromise between the minority and the majority with respect to the fact that the current minority should have the chance to become the majority during the next elections. However, Kelsen argues against denying antidemocratic forces to partake in the elections whereas democracy is, like science, non-normative and relative: it provides the rules to the democratic game but does not judge its participants. This leads to the conclusion that Kelsen's theory, although different from statutory positivism, is also unable to offer possibilities to defend the Weimar democracy. On the contrary, his relative stance on democracy without any fundamental or principal foundations more likely paves the way for a democratic suicide than for it to be prevented.

One of the main critics of both Kelsen's pure theory of law and statutory legal positivism, is Carl Schmitt. The question arises whether his theory offers possibilities to defend the Weimar democracy. Schmitt argues that Weimar's democracy was inherently weak because of the combination of liberalism and democracy. While liberalism stresses individual rights, political parties, separation of powers and secret ballots, democracy is about substantial unity that can be represented in a direct manner by the head of state: the Reich's president. The Reich's president should be able to determine who are the friends and who are the enemies of the democratic state. Liberalism does not provide any means to do so and, therefore, weakens democracy. Schmitt's theory aims to bring back the power element within the Weimar Republic. Especially after declaring the state of emergency, the Reich's president should be able to take any decision necessary to eliminate the current danger to the state. Therefore, his theory, indeed offers possibilities to defend the democratic state. However, although it

provides a clear diagnosis of the problem the Weimar Republic faced, is his theory really able to formulate an answer to the threat the antidemocratic enemies posed? The answer to his question is no: his theory is in a way an extension of Weber's and it presents a picture of *Führerdemokratie* as well. After all, who makes sure that after declaring the state of emergeny, the Reich's president will give up the acquired power again? Schmitt's theory does not answer this question and therefore lacks a real solution to Weimar's crisis.

Could other theories offer that solution? This research discusses both Rudolf Smend's and Hermann Heller's stance. They both argue against Kelsen's and Schmitt's positions but are also critics of the statutory positivism. Their theories can, in a way, be regarded as complementary and therefore this research discusses them together. Smend mainly stresses the mutual relationship between citizen and state; a process which he calls 'integration'. By political participation, this integration can come about. Therefore, Smend argues that parliament is the most important democratic institute; parliament should create unity between the citizens. According to Smend, the Weimar parliament was unable to play this important part: instead of the aforementioned unity to come about, it only provided a picture of the political proportions – and therefore divisions – within the country. In order for this unity to come about, Smend emphasizes the role of integrating symbols: leaders, collective forms of life such as national holidays and, for instance, the flag.

It could be argued that Smend's theory offers important leads for the foundation of the democratic form of state – supported by its citizens – to come about. However, his theory is unsatisfactory in the sense that it begs the question which values are *so* important that they cannot be changed during the integrative practice. Considering the situation within the Weimar Republic, where an increasing number of citizens turned their back against the democratic state, an answer to this question is inevitable. In this regard, Heller's theory is promising.

Heller stresses the common will that underpins a democratic state – a common will that is reflected in the founding principles of law, the *Rechtsgrundsätze.* According to Heller, the state is a social process based on the unity of decisions that citizens regard as legitimate. This is only possible when a common point of departure of the discussion exists and this common point of departure is to be formed by the *Rechtsgrundsätze.* If citizens acknowledge these founding principles and feel represented by them, a feeling of togetherness and solidarity – both with each other and with the state – can come about (the so-called *Wir-Bewußtsein*]. According to Heller, this is the ultimate base of democracy and the legitimacy of the state's power.

This research argues that a combination of Smend's and Heller's views offer important leads for a philosophical defense of the democratic state. Heller's *Rechtsgrundsätze* can be regarded as the foundation of the democratic state upon which every citizen agrees. However, these principles should also be 'carried' by the citizens and, therefore, it is important that citizens keep involved with the democratic state, especially after its founding. With regard to the latter, Smend's concept of integration offers stimulating possibilities: he states that on the one hand being involved in the

democratic process by, for instance, participation in its institutions and voting and on the other hand feeling represented by the democratic leader and partaking in national festivities bring about this involvement.

Finally, this leaves us with the question whether Smend's and Heller's theory could have offered *real* possibilities to defend the Weimar democracy against its enemies. In the beginning days of the Weimar Republic, the democratic parties that founded the state (the Weimar Coalition) were broadly supported – which changed rapidly after signing the Versailles Treaty that fueled the already existing conspiracy theories and played a part in several economic and political crises the Republic faced. Even during Weimar's relative stable years, the support of the Weimar Coalition was not restored. The philosophical theories that are discussed in this research, especially Smend's and Heller's, might have been a departing point of defending Weimar's democracy if the Weimar Constitution would have provided a clearer picture of the nature of its form of state. As it was Germany's first democracy, the Constitution can be regarded as experimental. Also, the position of the Reich's President was too strong, creating a democracy from *above* instead of from *below.*

In addition, the Weimar democracy lacked an inspiring story while, on the other hand, its enemies – especially communism and Nazism – did provide a 'better' view of where society should be heading. Under the influence of several crises, citizens turned their backs against the democratic state. The state could not defend itself, not by using a philosophical line of defense stressing democratic legitimacy (instead of providing the Reich's President with the means of declaring a state of emergency) and not by using force: increasing violence threatened the essential monopoly on violence.

Concluding, the ghost of Weimar is a multi-headed monster fueled by the statutory positivist tradition that could not be contradicted by Kelsen and Schmitt: Kelsen strengthens democratic weakness by presenting democracy as a suicide pact and Schmitt resorts to an increasing power of the head of state. Heller's and Smend's theory, although interesting, could not offer a way out of the grimly reality of the Weimar Republic either. The Weimar Republic was born out of crisis and violence and ended in crisis and violence. This research, therefore, concludes that the juridical and philosophical concepts underlying the Weimar Republic did not offer real possibilities to defend itself against its enemies.

Selecte bibliografie

Boeken en wetenschappelijke publicaties

Theodore Abel, *Why Hitler came into power,* Cambridge/Massachusetts: Harvard University Press 1986.

Giorgio Agamben, *State of Exception,* Chicago/Londen: The University of Chicago Press 2005.

Gerhard Anschütz, 'Die kommende Deutsche Nationalversammlung und ihre Aufgabe', in: *Heidelberger Tageblatt* 12, 15 januari 1919.

Shlomo Avineri, 'Introduction', in: András Sajó, 'Militant Democracy and Transition towards Democracy', András Sajó (red.), *Militant Democracy,* Utrecht: Eleven International Publishing 2004, p. 1-14.

Hannah Arendt, *Eichmann in Jeruzalem. De banaliteit van het kwaad* (W.J.P. Scholtz vert.), Amsterdam: Olympus 2018.

Hannah Arendt, *De menselijke conditie* (C. Houwaard vert.), Amsterdam: Boom 2017.

Hannah Arendt, *Totalitarisme* (Remi Peters & Dirk de Schutter vert.), Amsterdam: Boom 2018.

Hannah Arendt, *The Origins of Totalitarianism,* London: Penguin Classics 2017.

Peter Baehr, 'Weber and Weimar: The 'Reich President' Proposals', in: *Politics* (9) 1, 1989, p. 20-25.

Thomas Balderston, *Economics and Politics in the Weimar Republic,* Cambridge: Cambridge University Press 2002.

Eric Branca, *De vergeten gesprekken met Hitler* (Hans E. van Riemsdijk vert.), Antwerpen: Polis 2019.

Sandrine Baume, 'What place should compromise be given in democracy? A reflection on Hans Kelsen's Contribution', *Négociations*, 2017, vol. 27 (1), p. 73-89.

Sandrine Baume, *Hans Kelsen and the case for democracy* (John Zvesper vert.), Colchester: ECPR Press 2012.

Ernst Becker & Jutta Limbach, *Theodor Heuss. Vater der Verfassung: Zwei Reden im Parlamentarischen Rat über das Grundgesetz 1948/49. Mit einem Essay von Jutta Limbach,* Berlijn: De Gruyter, 2009.

David Beetham, *Max Weber and the Theory of Modern Politics,* Cambridge: Polity Press 1985.

Joseph Bendersky, *A Concise History of Nazi Germany,* Plymouth: Rowman & Littlefield Publishers, Inc. 2014.

Joseph Bendersky, *Carl Schmitt. Theorist of the Reich,* Princeton: Princeton University Press 1983.
Isaiah Berlin, 'Two Concepts of Liberty', in: *Four Essays on Liberty,* Oxford: Oxford University Press, p. 118-172.

Isaiah Berlin, *Twee opvattingen van vrijheid* (Tine Ausma vert.), Amsterdam: Boom 2018.

Hans Blokland, 'Nawoord', in Isaiah Berlin, *Twee opvattingen van vrijheid* (Tine Ausma vert.), Amsterdam: Boom 2018, p. 87-111.

Raisa Blommestijn, *De politieke beslissing in het recht. Een rechtsfilosofische verkenning van de verhouding tussen soevereiniteit en recht,* masterscriptie, te raadplegen via: https://studenttheses.universiteitleiden.nl/handle/1887/57995

Geerten Boogaard, 'Urgenda en de rol va de rechter. Over de ondraaglijke leegheid van de trias politica', *Ars Aequi*, januari 2016, p. 26-33.

Frits Boterman, 'De schaduw van de Eerste Wereldoorlog als katalysator van naoorlogs geweld. Politiek geweld en oorlogsmythe in de Republiek van Weimar', in: Jacco Pekelder & Frits Boterman (red.), *Politiek geweld in Duitsland. Denkbeelden en debatten,* Alphen aan den Rijn: Haasbeek 2005.

Frits Boterman, *Cultuur als macht. Cultuurgeschiedenis van Duitsland 1800-heden,* Utrecht/Amsterdam/Antwerpen: Uitgeverij De Arbeiderspers 2014.

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. 153-170.

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

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. 75-98.

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. 173-191.

Christine Chwaszcza, ‘Chapter 11. Kelsen on Democracy in the Light of Contemporary Theories of Human Rights’, in: Peter Langford, Ian Bryan & John McGarry, *Kelsenian Legal Science and the Nature of Law,* Cham: Springer 2017, p. 193-212.

Christopher Clark, *Slaapwandelaars. Hoe Europa in 1914 ten oorlog trok* (Willy Wielk-Berg vert.), Amsterdam: De Bezige Bij 2017.

Paul Cliteur, ‘Nawoord’, in: Bastiaan Rijpkema & Paul Cliteur, *Wat te doen met antidemocratische partijen? De oratie van George van den Bergh uit 1936,* Amsterdam: Elsevier Boeken 2014, p. 155-187.

Paul Cliteur & Afshin Ellian, *Inleiding recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Paul Cliteur & Afshin Ellian, *Legaliteit en legitimiteit. De grondslagen van het recht,* Leiden: Leiden University Press 2017.

Donald Cloyd, *Weimar Republicanism: Political sociology and constitutional law in Weimar Germany, 1919-1933,* ProQuest Dissertations & Theses 1991.
Jules Coleman, ‘Negative and positive positism’, in: *Journal of Legal Studies* 11, 1982, p. 139-164.

Benjamin Constant, *De waarde van vrijheid* (Hans van Cuijlenborg vert.), Amersfort: Wilco, Elsevier Boeken 2015.

Joseph Cropsey, ‘Foreword’, in: Heinrich Meier, *Carl Schmitt and Leo Strauss. The hidden dialogue* (J. Harvey Lomax vert.), Chicago/Londen: The University of Chicago Press 2006, p. ix-xii.

Patrick Dassen, *Sprong in het duister. Duitsland en de Eerste Wereldoorlog,* Amsterdam: Uitgeverij Van Oorschot 2014.

René Descartes, *Over de methode* (Theo Verbeek vert.), Amsterdam: Boom 1994.

Joshua Derman, ‘Politics without Magic: Max Weber in Weimar Germany’, in: Alan Sica (red.), *The Anthem Companion to Max Weber,* Londen/New York: The Anthem Press 2016, p. 231-255.

Jacques Derrida, *The politics of friendship* (George Collins vert.), Londen/New York: Verso 2005.

Jasper Doomen, ‘Het antidemocratische karakter van weerbare democratie’, in: Afshin Ellian, Gelijn Molier & Bastiaan Rijpkema (red.), *De strijd om de democratie. Essays over democratische zelfverdediging,* Amsterdam: Boom 2018, p. 139-154.

Martin Drath & Christoph Müller, *Einleitung,* in: Hermann Heller, *Gesammelte Schriften. Erster Band,* Leiden: A.W. Sijthoff’s Uitgeversmaatschappij n.v. 1971, p. ix-xxiii.

Ronald Dworkin, ‘The Moral Reading of the Constitution’, *The New York Review of Books*, 1996.

Ronald Dworkin, *Taking rights seriously,* Londen: Bloomsbury 1997.

David Dyzenhaus, *Legality and legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar,* Oxford: Oxford University Press 1999.

David Dyzenhaus, ‘Constituting the enemy – a response to Carl Schmitt’, in: András Sajó (red.), *Militant Democracy,* Utrecht: Eleven International Publishing 2004, p. 15-45.

David Dyzenhaus, ‘Legal Theory in the Collapse of Weimar: Contemporary Lessons?’, *The American Political Science Review,* vol. 91, no. 1, 1997, p. 121-134.

David Dyzenhaus, ‘Kelsen, Heller and Schmitt: Paradigms of Sovereignty Thought’, *Theoretical Inquiries in Law,* 2015, Vol.16(2), p. 337-366.

David Dyzenhaus, ‘Eight. Hermann Heller, Introduction’, in: in: Arthur Jacobson & Bernhard Schlink, *Weimar. A jurisprudence of crisis* (Belinda Cooper vert.), Berkeley/Los Angeles/Londen: University of California Press 2002, p. 249-256.

David Dyzenhaus, ‘Hermann Heller – an introduction’, *Cardozo Law Review,* december 1996, vol. 18(3), p. 1129-1137.

Afshin Ellian & Raisa Blommestijn, ‘100 jaar Weimar. Reflectie op democratie’, *NJB* afl. 40, 2019, p. 3018-3024.

Afshin Ellian, Gelijn Molier en Bastiaan Rijpkema (red.), *De strijd om de democratie. Essays over democratische zelfverdediging,* Amsterdam: Boom 2018.

Afshin Ellian, Gelijn Molier en Bastiaan Rijpkema, ‘Inleiding’, in: Afshin Ellian, Gelijn Molier en Bastiaan Rijpkema (red.), *De strijd om de democratie. Essays over democratische zelfverdediging,* Amsterdam: Boom 2018, p. 7-28.

Afshin Ellian, ‘*L’amour de la démocratie* versus de dictatuur van de rechtsstaat. De weerbaarheid van de democratie zelf’, in: Afshin Ellian, Gelijn Molier & Bastiaan Rijpkema (red.), *De strijd om de democratie. Essays over democratische zelfverdediging*, p. 155-195.

Richard Evans, *The coming of the Third Reich. How the Nazis destroyed democracy and seized power in Germany,* Londen: Penguin Books 2004.

Udo di Fabio, *Der Weimarer Verfassung: Aufbruch und Scheitern. Eine verfassungshistorische Analyse,* München: C.H. Beck 2018.

Nicholas Farrell, *Mussolini. A New Life*, New York: Sharpe Books 2018.

Gregory Fox & Georg Nolte, ‘Intolerant Democracies’, in: *Harvard International Law Journal,* 1995 (36), p. 1-69.

Günter Frankenberg, ‘The learning sovereign’, in: András Sajó (red.), *Militant Democracy,* Utrecht: Eleven International Publishing 2004, p. 113-132.

Paul Frissen, *De fatale staat. Over de politiek noodzakelijke verzoening met tragiek,* Amsterdam: Van Gennep 2013.

Katalin Fuzer, *Rights and constitutional theory in Weimar Germany* (diss.), University of Pennsylvania, ProQuest Dissertation Publishing 2004.

Hans-Georg Gadamer, *Waarheid en methode. Hoofdlijnen van een filosofische ethiek* (Mark Wildschut vert.), Nijmegen: Uitgeverij Vantilt 2014.

Carl von Gerber, *Über öffentliche Rechte,* Tübingen: Laupp'sche Buchhandlung 1852.
Peter Ghosh, 'Max Weber and Georg Jellinek: two divergent conceptions of law', in: *Saeculum,* vol, 59(2), 2008, p. 299-357.

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. 99-118.

Leslie Green, 'Introduction', in: H.L.A. Hart, *The Concept of Law,* Oxford: Oxford University Press 2012.

Udi Greenberg 2014, *The Weimar Century. German émigrés and the ideological foundations of the cold war,* Princeton & Oxford: Princeton University Press.

Mike Grimshaw, 'Introduction: "a very rare thing"', in: Jacob Taubes, *To Carl Schmitt. Letters and Reflections* (Keith Tribe vert.), New York: Columbia University Press 2013.

Christoph Gusy, *100 Jahre Weimarer Verfassung. Eine gute Verfassung in schlechter Zeit,* Tübingen: Mohr Siebeck 2018.

Alexander Hamilton, James Madison & John Jay, *The Federalist Papers,* Oxford: Oxford University Press 2008.

H.L.A. Hart, 'Positivism and the Separation of Law and Morals', in: *Harvard Law Review,* vol. 71, no. 4, 1958, p. 593-629.

H.L.A. Hart, *The Concept of Law,* Oxford: Oxford University Press 2012.

Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *De Filosofie van de Objectieve Geest. Over recht, moraal en politiek* (Bart Labuschagne vert.), Amsterdam: Boom 2005.

Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Hoofdlijnen van de rechtsfilosofie* (Willem Visser vert.), Amsterdam: Boom 2014.

Hermann Heller, *Gesammelte Schriften. Erster Band,* Leiden: A.W. Sijthoff's Uitgeversmaatschappij n.v. 1971.

Hermann Heller, *Gesammelte Schriften. Zweiter Band,* Leiden: A.W. Sijthoff's Uitgeversmaatschappij n.v. 1971.

Hermann Heller, *Gesammelte Schriften. Dritter Band,* Leiden: A.W. Sijthoff's Uitgeversmaatschappij n.v. 1971.

Hermann Heller, *Gesammelte Schriften. Erster Band,* Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1992.

Hermann Heller, *Gesammelte Schriften. Zweiter Band,* Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1992.

Hermann Heller, *Gesammelte Schriften. Dritter Band,* Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1992.

Hermann Heller, 'The Essence and Structure of the State', in: Arthur Jacobson & Bernhard Schlink, *Weimar. A jurisprudence of crisis* (Belinda Cooper vert.), Berkeley/Los Angeles/Londen: University of California Press 2002, p. 265-279.

Hermann Heller, 'Political Democracy and Social Homogeneity', in: Arthur Jacobson & Bernhard Schlink, *Weimar. A jurisprudence of crisis* (Belinda Cooper vert.), Berkeley/Los Angeles/Londen: University of California Press 2002, p. 256-265.

Hermann Heller, 'Grundrechte und Grundpflichte', in: Hermann Heller, *Gesammelte Schriften. Zweiter Band,* Leiden: A.W. Sijthoff's Uitgeversmaatschappij n.v. 1971, p. 281-317.

Hermann Heller, 'Die Krisis der Staatslerhe', in: Hermann Heller, *Gesammelte Schriften. Zweiter Band,* Leiden: A.W. Sijthoff's Uitgeversmaatschappij n.v. 1971, p. 3-30.

Hermann Heller, 'Die Souveränität: Ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts', in: Hermann Heller, *Gesammelte Schriften. Zweiter Band,* Leiden: A.W. Sijthoff's Uitgeversmaatschappij n.v. 1971, p. 31-202.

Hermann Heller, ‘Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung’, in: Hermann Heller, *Gesammelte Schriften. Zweiter Band,* Leiden: A.W. Sijthoff’s Uitgeversmaatschappij n.v. 1971, p. 203-247.

Hermann Heller, ‘Bemerkungen zur staats- und rechtstheoretischen Problematik der Gegenwart’, in: Hermann Heller, *Gesammelte Schriften. Zweiter Band,* Leiden: A.W. Sijthoff’s Uitgeversmaatschappij n.v. 1971, p. 249-278.

Hermann Heller, ‘Die Gleichheit in der Verhältniswahl nach der Weimarer Verfassung’, in: Hermann Heller, *Gesammelte Schriften. Zweiter Band,* Leiden: A.W. Sijthoff’s Uitgeversmaatschappij n.v. 1971, p. 319-365.

Hermann Heller, ‘Politische Demokratie und soziale Homogenität’, in: Hermann Heller, *Gesammelte Schriften. Zweiter Band,* Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1992, p. 421-433.

Hermann Heller, ‘Rechtsstaat oder Diktatur’, in: Hermann Heller, *Gesammelte Schriften. Zweiter Band,* Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1992, p. 443-463.

Hermann Heller, ‘Freiheit und Form in der Reichsverfassung’, in: Hermann Heller, *Gesammelte Schriften. Zweiter Band,* Leiden: A.W. Sijthoff’s Uitgeversmaatschappij n.v. 1971, p. 371-377.

Hermann Heller, ‘Ziele und Grenzen einer Deutschen Verfassungsreform’, in: Hermann Heller, *Gesammelte Schriften. Zweiter Band,* Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1992, p. 412-417.

Hermann Heller, ‘Europa und der Faschismus’, in: Hermann Heller, *Gesammelte Schriften. Zweiter Band,* Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1992, p. 463-609.

Hermann Heller, ‘Bürger und Bourgeois’, in: Hermann Heller, *Gesammelte Schriften. Zweiter Band,* Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1992, p. 625-641.

Hermann Heller, ‘Autoritärer Liberalismus’, in: Hermann Heller, *Gesammelte Schriften. Zweiter Band,* Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1992, p. 643-653.

Hermann Heller, ‘Staat’, in Hermann Heller, *Gesammelte Schriften. Dritter Band,* Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1992, p. 3-23.

Hermann Heller, ‘Political Power’, in: Hermann Heller, *Gesammelte Schriften. Dritter Band,* Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1992, p. 35-44.

Hermann Heller, ‘Political Science’, in: Hermann Heller, *Gesammelte Schriften. Dritter Band,* Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1992, p. 45-75.

Hermann Heller, ‘Staatslehre’, in: Hermann Heller, *Gesammelte Schriften. Dritter Band,* Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1992, p. 79-406.

Benjamin Hett, *De populist. Adolf Hitler, de ondergang van de Weimarrepubliek en de opkomst van het Derde Rijk* (Fred Hendriks vert.), Amsterdam Balans 2018.

Paul Hirst, ‘Carl Schmitt’s Decisionism’, in: Chantal Mouffe (red.), *The Challenge of Carl Schmitt,* Londen/New York: Verso 1999, p. 7-17.

Thomas Hobbes, *Leviathan* (Wessel Krul vert.), Amsterdam: Boom 2010.

Michael Hoelzl & Graham Ward, ‘Introduction’, in: 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. x-xxix.

F.L. van Holthoon, ‘Inleiding’, in: John Stuart Mill, *Over vrijheid* (W.E. Krul vert.), Amsterdam: Boom 2002, p. 7-30.

Gerhard Hoogers, ‘Hoofdstuk 6. Souvereiniteit en politieke vorm; Carl Schmitt en de dood van de Leviathan’, in: Gerhard Hoogers, *De verbeelding van het souvereine, een onderzoek naar de theoretische grondslagen van politieke representatie,* Deventer: Kluwer 1999, p. 192-255.

Carlo Invernizzi-Accetti & Ian Zuckermann, ‘What’s Wrong with Militant Democracy?’, *Political Studies,* vol. 16, 2017, p. 182-199.

Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre,* Berlijn: Verlag von Jules Springer 1929.

Georg Jellinek, ‘Constitutional amendment and constitutional transformation’, in: Arthur Jacobson & Bernhard Schlink, *Weimar. A jurisprudence of crisis* (Belinda Cooper vert.), Berkeley/Los Angeles/Londen: University of California Press 2002.

Clemens Jabloner, ‘Hans Kelsen. Introduction’, in: Arthur Jacobson & Bernhard Schlink, *Weimar. A jurisprudence of crisis* (Belinda Cooper vert.), Berkeley/Los Angeles/Londen: University of California Press 2002, p. 67-76.

Arthur Jacobson & Bernhard Schlink, *Weimar. A jurisprudence of crisis* (Belinda Cooper vert.), Berkeley/Los Angeles/Londen: University of California Press 2002.

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.

Michael John, ‘The Politics of Legal Unity in Germany, 1870-1896’, in: *The Historical Journal*, 28, 2, 1985, p. 341-355.

Olivier Jouanjan, ‘Philosophische Verwicklungen in der Rechtswissenschaft: zur Geschichte des deutschen juristischen Denkens im 19. Jahrhundert’, in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung,* 2008, vol.125(1), p. 366-398.

Lorenz Kälher, ‘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. 23-42.

Andreas Kalyvas, ‘Who’s afraid of Carl Schmitt?’, *Philosophy & Social Criticism*, september 1999, vol. 25(5), p. 87-125.

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. 22-78.

Hans Kelsen, ‘Wer soll der Hüter der Verfassung sein?’ (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. 174-221.

Hans Kelsen, ‘Das Urteil des Staatsgerichtshof vom 25. Oktober 1932’ (Lars Vinx vert.), Lars Vinx, *The guardian of the constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law,* Cambridge: Cambridge University Press 2015, p. 228-253.

Hans Kelsen, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?,* Berlijn: C. Schulze & Co., G.m.b.H., Gräfenhainichen 1931.

Hans Kelsen, *Verteidigung der Demokratie: Abhandlungen zur Demokratietheorie,* Thüringen: Mohr Siebeck 2006.

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. 1-33.

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. 34-114.

Hans Kelsen, 'Demokratie' (1926), in: Hans Kelsen, *Verteidigung der Demokratie: Abhandlungen zur Demokratietheorie* (heruitgegeven door Matthias Jestaedt & Oliver Lepsius)*,* Thüringen: Mohr Siebeck 2006, p. 115-148.

Hans Kelsen, 'Vom Wesen und Wert der Demokratie' (tweede uitgave 1929), in: Hans Kelsen, *Verteidigung der Demokratie: Abhandlungen zur Demokratietheorie* (heruitgegeven door Matthias Jestaedt & Oliver Lepsius)*,* Thüringen: Mohr Siebeck 2006, p. 149-228.

Hans Kelsen, 'Verteidigung der Demokratie' (1932), in: Hans Kelsen, *Verteidigung der Demokratie: Abhandlungen zur Demokratietheorie* (heruitgegeven door Matthias Jestaedt & Oliver Lepsius)*,* Thüringen: Mohr Siebeck 2006, p. 229-237.

Hans Kelsen, *The Essence and Value of Democracy* (Brian Graf vert.), Lanham: Rowman & Littlefield 2013.

Hans Kelsen, 'Verteidigung der Demokratie', in: *Verteidigung der Demokratie: Abhandlungen zur Demokratietheorie,* Thüringen: Mohr Siebeck 2006, p. 229-237.

Hans Kelsen, *Rechtswetenschap en gerechtigheid. Wat is de zuivere rechtsleer? Wat is gerechtigheid?* (M. M. van Praag vert.), Den Haag: Juridische boekhandel & uitgeverij, A. Jongbloed & zoon 1954.

Hans Kelsen, *General theory of law and state* (eerste editie 1945, Anders Wedberg vert.), Clark: The Lawbook Exchange, Ltd. 2011.

Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre* (tweede editie 1960), Wenen: Mohr Siebeck, Verlag Österreich Wien 2017.

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.

Hans Kelsen, *Pure Theory of Law* (vertaling van de tweede editie *Reine Rechtslehre* (1960), Max Knight vert.), Berkeley/Los Angeles: University of California Press 1967.

Hans Kelsen, 'On the borders between legal and sociological method', in: Arthur Jacobson & Bernhard Schlink (red.), *Weimar. A jurisprudence of crisis* (Belinda Cooper vert.), Berkeley/Los Angeles/Londen: University of California Press 2002, p. 57-63.

Hans Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre,* Tübingen: Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1911.

Hans Kelsen, 'On the essence and value of democracy', in: Arthur Jacobson & Bernhard Schlink, *Weimar. A jurisprudence of crisis* (Belinda Cooper vert.), Berkeley/Los Angeles/Londen: University of California Press 2002, p. 84-109.

Ellen Kennedy, *Constitutional Failure. Carl Schmitt in Weimar,* Durham/Londen: Duke University Press 2004.

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. xiii-l.

Ellen Kennedy, 'Foreword', in: Carl Schmitt, *Constitutional Theory* (Jeffrey Seitzer vert.), Durham: Duke University Press 2008, p. xv-xvi.

Ian Kershaw, *Hitler. De biografie* (Margiet Agricola vert.), Utrecht: Het Spectrum 2011.

Ian Kershaw, *De afdaling in de hel. Europa 1914-1949* (Huub Stegeman vert.), Utrecht: Het Spectrum 2016.

Ian Kershaw, *The Nazi Dictatorship. Problems and Perspectives of Interpretations,* Londen/New York: Bloomsbury 2016.

Ian Kershaw, *Een naoorlogse achtbaan. Europa 1950-2017* (Ronnie Boley en Jeske Nelissen vert.), Utrecht: Het Spectrum 2018.

Ian Kershaw, *Tot de laatste man. Duitsland 1944-1945* (Ronald Kuil en Tiny Mulder vert.), Houten: Het Spectrum 2018.

Ewoud Kieft, *Het verboden boek. Mein Kampf en de aantrekkingskracht van het nazisme*, Amsterdam: Atlas Contact 2017.

Søren Kierkegaard, *Vrees en beven* (Andries Visser vert.), Eindhoven: Damon 2014.

Søren Kierkegaard, *Of/Of* (Jan Marquart Scholtz vert.), Amsterdam: Boom 2005.

Hannsjoachim Koch, *A Constitutional History of Germany in the Nineteenth and Twentieth Century,* Londen/New York: Longman 1984.

Stefan Korioth, 'Erschütterungen des staatsrechtlichen Positivismus im ausgehenden Kaiserreich', in: *Archiv des öffentlichen Rechts,* 117, 1992, p. 212-238.

Stefan Korioth, 'Prologue. The Shattering of Methods in Late Wilhelmine Germany', in: *Weimar. A jurisprudence of crisis* (Belinda Cooper vert.), Berkeley/Los Angeles/Londen: University of California Press 2002.

Stefan Korioth, 'Seven. Rudolf Smend, Introduction', in: *Weimar. A jurisprudence of crisis* (Belinda Cooper vert.), Berkeley/Los Angeles/Londen: University of California Press 2002, p. 207-212.

Milan Kuhli, 'Zur Verfassung von Weimar – eine Einführung', in: *Jura,* 5/2009, p. 321-329.

Paul Laband, *Das Budgetrech nach den Bestimmungen der Preußisxhen Verfassungs-Urkunde unter Berücksichtigung der Verfassung des Norddeutschen Bundes,* Berlijn: Verlag von J. Guttentag 1871.

Paul Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches,* Tübingen: Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1911 (herdruk The Bibliolife Network).

Eerik Lagerspetz, 'Kelsen on Democracy and Majority Decision', *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 103, 2017/2, p. 155-179.

Johannes Lameyer, *Streitbare Demokratie. Eine verfassungshermeneutische Untersuchung,* Berlijn: Duncker & Humblot 1978.

Peter Langford, Ian Bryan & John McGarry, *Kelsenian Legal Science and the Nature of Law,* Cham: Springer 2017.

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. 1-19.

Peter Laslett, 'Introduction', in: John Locke, *Two treatises on government,* New York: Cambridge University Press 2013, p. 3-122.

Peter Lassmann & Ronald Speirs (red.), *Weber. Political Writings,* New York: Cambridge University Press 2010.

Stephen Lee, *The Weimar Republic. Questions and analysis in history,* Routledge: Oxon 2010.

Claude Lefort, *Wat is politiek?* (Pol van de Wiel & Bart Verheijen vert.), Amsterdam: Boom Klassiek 2016.

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. 11-36.

David Littlejohn, *The SA 1921-45: Hitler's Stormtroopers,* Oxford: Osprey Publishing Ltd. 2006.

John Locke, *Two treatises on government,* New York: Cambridge University Press 2013.

Karl Loewenstein, 'Militant Democracy and Fundamental Rights, I', *The American Political Science Review,* vol. 13, no. 3, juni 1937, p. 417-432.

Karl Loewenstein, 'Militant Democracy and Fundamental Rights, II', *The American Political Science Review,* vol. 13, no. 4, augustus 1937, p. 638-658.

Anthony McElligott, *Rethinking the Weimar Republic: Authority and Authoritarianism, 1916-1936,* Londen/New York: Bloomsburry Academic 2014.

John McCormick, ‘Identifying or Exploiting the Paradoxes of Constitutional Democracy? An Introduction to Carl Schmitt’s *Legality and Legitimacy’*, in: Carl Schmitt, *Legality and Legitimacy* (Jeffrey Seitzer vert.), Durham/Londen: Duke University Press 2004, p. xiii-xlii.

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. 40-50.

Thomas McCraw, ‘Introduction’, in: Joseph Schumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy,* New York/Londen/Toronto/Sydney/New Delhi/Auckland: Harper Perennial Modern Thought 2008, p. ix-xxxii.

Robert McElvaine, *The great depression. America, 1929-1941,* New York: Three Rivers Press 2009.

Heinrich Meier, *Carl Schmitt and Leo Strauss. The hidden dialogue* (J. Harvey Lomax vert.), Chicago/Londen: The University of Chicago Press 2006.

Willem Melching, ‘Verantwoording’, Adolf Hitler, *Mijn strijd* (Mario Molegraaf vert.), Amsterdam: Prometheus 2018.

Agustín José Menéndez, ‘Hermann Heller NOW’, *European Law Journal,* mei 2015, vol. 21(3), p. 285-294.

John Stuart Mill, *Over vrijheid* (W.E. Krul vert.), Amsterdam: Boom 2002.

John Stuart Mill, *On Liberty, Utilitarianism and Other Essays*, Oxford: Oxford University Press 2015.

John Stuart Mill, ‘Considerations on Representative Government’, in: John Stuart Mill, *On Liberty, Utilitarianism and Other Essays*, Oxford: Oxford University Press 2015, p. 181-405.

Gelijn Molier, ‘Drie typen van weerbare democratie’, in: Afshin Ellian, Gelijn Molier en Bastiaan Rijpkema (red.), *De strijd om de democratie. Essays over democratische zelfverdediging,* Amsterdam: Boom 2018, p. 61-91.

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

Chantal Mouffe, *The democratic paradox*, Londen/New York: Verso 2009.

Chantal Mouffe (red.), *The Challenge of Carl Schmitt,* Londen/New York: Verso 1999.

Chantal Mouffe, 'Introduction: Schmitt's Challenge', in: Chantal Mouffe (red.), *The Challenge of Carl Schmitt,* Londen/New York: Verso 1999, p. 1-6.

Jan-Werner Müller, 'Militant democracy', in: Michel Rosenfeld & András Sajó (red.), *The Oxford Handboek of Comparative Constitutional Law,* New York: Oxford University Press 2012.

Christoph Müller, 'Hermann Heller: Leben, Werk, Wirkung', in: Hermann Heller, *Gesammelte Schriften. Dritter Band,* Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1992, p. 429-476.

Sebastian Müller-Franken, 'Eurobonds und Grundgesetz', *JuristenZeitung,* maart 2012, vol. 67, no. 5, p. 219-225.

Harry Mulisch, *De zaak 40/61. Een reportage,* Amsterdam: De Bezige Bij 2013.

Jo Eric Khushal Murkens, *From Empire to Union. Conceptions of German Constitutional Law Since 1871,* Oxford: Oxford University Press 2013.

Peter Neville, *Mussolini* (Rob Hartmans vert.), Amsterdam: Uitgeverij Veen Media 2015.

Gerhart Niemeyer, 'Einleitung', in: Hermann Heller, 'Staatslehre', in: Hermann Heller, *Gesammelte Schriften. Dritter Band*, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), p. 81-91.

Guy Oakes, 'Translator's Introduction', in: Carl Schmitt, *Political Romanticism* (Guy Oakes vert.), Cambridge/Massachutts/Londen: The MIT Press 1986.

Martin Otto, 'Germanischer Staat und Genossenschaft: Otto von Gierke als Staatsrechtler', *Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte,* 2017, Vol.18(1), p. 317-334.

Charles Louis de Montesquieu, *Over de geest van de wetten* (J. Holierhoek vert.), Amsterdam: Boom Amsterdam 2006.

Carole Pateman, *Participation and Democratic Theory*, Cambridge: Cambridge University Press 1970.

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 & Stanley Paulson vert.), Oxford: Clarendon Press 2002, p. xvii-xlii.

Stanley Paulson, ‘Statutory Positivism’, in: *Legisprudence,* vol. 1., 2007, p. 1-29.

Walter Pauly, ‘Gerhard Anschütz’, in: Arthur Jacobson & Bernhard Schlink (red.), *Weimar. A jurisprudence of crisis* (Belinda Cooper vert.), Berkeley/Los Angeles/Londen: University of California Press 2002, p. 128-150.

Walter Pauly, *Grundrechtslaboratorium Weimar. Zur Entstehung des Zweiten Hauptteils der Reichsverfassung vom 14. August 1919,* Tübingen: JCB Mohr 2004.

Jacco Pekelder & Frits Boterman (red.), *Politiek geweld in Duitsland. Denkbeelden en debatten,* Alphen aan den Rijn: Haasbeek 2005.

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. 57-71.

Detlev Peukert, *The Weimar Republic: The Crisis of Classical Modernity* (Richard Deveson vert.)*,* New York: Hill and Wang 1993.

Otto Pfersmann, ‘Shaping Militant Democracy: Legal Limits to Democratic Stability’, in: András Sajó (red.), *Militant Democracy,* Utrecht: Eleven International Publishing 2004, p. 47-68.

Eric Posner, ‘Ronald Dworkin’s Error’, *Slate,* 2013.

Hugo Preuβ, ‘The significance of the democratic republic for the idea of social justice’, in: Arthur Jacobson & Bernhard Schlink, *Weimar. A jurisprudence of crisis* (Belinda Cooper vert.), Berkeley/Los Angeles/Londen: University of California Press 2002, p. 116-127.

Gustav Radbruch, ‘Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law (Bonnie Litschewski Paulson & Stanley Paulson vert.), *Oxford Journal of Legal Studies,* vol. 26, no. 1, 2006, p. 1-11.

Gustav Radbruch, ‘Fünf Minuten Rechtsphilosophie’, in: *Rhein-Neckar-Zeitung*, 12 september 1945.

Gustav Radbruch, ‘Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht’, in: *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, augustus 1946.

Emmanuel Richter, ‘The critici of liberalism: Carl Schmitt: the defective guidance for the critique of political liberalism’, *Cardozo L. Rev.,* vo. 21, 2000, p. 1619-1644.

Bastiaan Rijpkema, ‘Inleiding’, in: Bastiaan Rijpkema & Paul Cliteur, *Wat te doen met antidemocratische partijen? De oratie van George van den Bergh uit 1936,* Amsterdam: Elsevier Boeken 2014, p. 21-70.

Bastiaan Rijpkema, *Weerbare democratie: de grenzen van democratische tolerantie,* Amsterdam: Nieuw Amsterdam Uitgevers 2015.

Bastiaan Rijpkema, ‘Democratie als zelfcorrectie *revisited*’, in: Afshin Ellian, Gelijn Molier & Bastiaan Rijpkema (red.), *De strijd om de democratie. Essays over democratische zelfverdediging,* Amsterdam: Boom 2018, p. 31-60.

Bastiaan Rijpkema & Paul Cliteur, *Wat te doen met antidemocratische partijen? De oratie van George van den Bergh uit 1936,* Amsterdam: Elsevier Boeken 2014.

Jean-Jacques Rousseau, *Het maatschappelijk verdrag* (Bert van Roermund vert.), Amsterdam: Boom 2015.

András Sajó, ‘Militant Democracy and Transition towards Democracy’, in: András Sajó (red.), *Militant Democracy,* Utrecht: Eleven International Publishing 2004, p. 209-230.

András Sajó, ‘Militant Democracy and Emotional Politics’, in: *Constellations,* vol. 4, 2012, p. 562-574.

José-Antonio Santos, ‘Constitutionalism, Resistence and Militant Democracy’, in: *Ratio Juris*, vol. 28, no. 3, september 2005, p. 392-407.

Patrick van Schie, ‘Democratie moet leven’, in: Afshin Ellian, Gelijn Molier & Bastiaan Rijpkema (red.), *De strijd om de democratie. Essays over democratische zelfverdediging,* Amsterdam: Boom 2018, p. 113-138.

Jeffrey Seitzer & Christopher Thornhill, 'An Introduction to Carl Schmitt's *Constitutional Theory:* Issues and Context', in: Carl Schmitt, *Constitutional Theory* (Jeffrey Seitzer vert.), Durham: Duke University Press 2008, p. 1-50.

Cristiana Senigaglia, 'Between parliament and government: the position of the President in the discussion about the new German Constitution (1918-19)', in: *Parliaments, Estates & Representation,* 18:1, 1998, p. 135-142.

Scott Shapiro, 'On Hart's Way Out', in: *Legal Theory,* vol. 4(4), 1998, p. 469-507.

Scott Shapiro, *Legality,* Cambridge: Harvard University Press 2011.
Alan Sharp, *Consequences of the Peace. The Versailles Settlement: aftermath and legacy 1919-2010,* Londen: Haus Publishing 2010.

Benjamin Schupmann, *Carl Schmitt's State and Constitutional Theory. A Critical Analysis,* Oxford: Oxford University Press 2017.

Rudolf Smend, *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlijn: Duncker & Humblot 2010.

Rudolf Smend, 'Die Verschiebung der konstitutionellen Ordnung durch die Verhältniswahl (1919)', in: Rudolf Smend, *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlijn: Duncker & Humblot 2010, p. 60-67.

Rudolf Smend, 'Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform (1923)', in: Rudolf Smend, *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlijn: Duncker & Humblot 2010, p. 68-88.

Rudolf Smend, 'Das Recht der freien Meinungsäußerung (1928)', in: Rudolf Smend, *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlijn: Duncker & Humblot 2010, 89-118.

Rudolf Smend, 'Verfassung und Verfassungsrecht (1928)', in: Rudolf Smend, *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlijn: Duncker & Humblot 2010, p. 119-276.

Rudolf Smend, 'Hochschule und Parteien (1930)', in: Rudolf Smend, *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlijn: Duncker & Humblot 2010, 277-296.

Rudolf Smend, ‘Protestantismus und Demokratie (1932)’, in: Rudolf Smend, *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlijn: Duncker & Humblot 2010, p. 297-308.

Rudolf Smend, ‘Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht (1933)’, in: Rudolf Smend, *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlijn: Duncker & Humblot 2010, p. 309-325.

Rudolf Smend, ‘Constitution and Constitutional Law’, in: Arthur Jacobson & Bernhard Schlink, *Weimar. A jurisprudence of crisis* (Belinda Cooper vert.), Berkeley/Los Angeles/Londen: University of California Press 2002, p. 213-248.

Carl Schmitt, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus,* München/Leipzig: Duncker & Humblot 1926.

Carl Schmitt, *Legalität und Legitimität,* Berlijn: Duncker & Humblot 1932.

Carl Schmitt, *The crisis of parliamentary democracy* (Ellen Kennedy vert.), Cambridge/MA: The MIT Press 1985.

Carl Schmitt, *Legality and Legitimacy* (Jeffrey Seitzer vert.), Durham/Londen: Duke University Press 2004.

Carl Schmitt, *Political Romanticism* (Guy Oakes vert.), Cambridge/Massachusetts/Londen: The MIT Press 1986.

Carl Schmitt, *Political Theology. Four chapters on the concept of sovereignty* (George Schwab vert.), Chicago/Londen: The University of Chicago Press 2005.

Carl Schmitt, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität,* Berlijn: Duncker & Humblot 1996.

Carl Schmitt, *Das Begriff des Politischen,* Hamburg: Hanseatische Verlagsanhalt 1933.

Carl Schmitt, *Het begrip politiek* (Bert Kerkhof & George Kwaad vert.), Amsterdam: Boom/Parrèsia: 2006.

Carl Schmitt, *Het begrip politiek* (George Kwaad vert.), Amsterdam: Boom/Parrèsia 2019.

Carl Schmitt, ‘Voorwoord (1963)’, in: Carl Schmitt, *Het begrip politiek* (George Kwaad vert.), Amsterdam: Boom/Parrèsia 2019, p. 13-24.

Carl Schmitt, ‘Voorwoord bij de Italiaanse uitgave (1971)’, in: Carl Schmitt, *Het begrip politiek* (George Kwaad vert.), Amsterdam: Boom/Parrèsia 2019, p. 25-30.

Carl Schmitt, ‘Het tijdperk van neutraliseringen en depolitiseringen’ (Bert Kerhof & George Kwaad vert.), in: Carl Schmitt, *Het begrip politiek* (Bert Kerkhof & George Kwaad vert.), Amsterdam: Boom/Parrèsia 2006.

Carl Schmitt, *The concept of the political* (George Schwab vert.), The University of Chicago Press: Chicago/Londen 2007.

Carl Schmitt, *Constitutional Theory* (Jeffrey Seitzer vert.), Durham: Duke University Press 2008.

Carl Schmitt, *Gesetz und Urteil*, München: Verlag C.H. Beck 2016 (eerste druk 1912).

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.

Carl Schmitt, ‘Appendix. The Dictatorship of the President of the Reich according to Article 48 of the Weimar Constitution’, in: 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. 180-226.

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. 79-173.

Carl Schmitt, *Der Hüter der Verfassung,* Berlijn: Duncker & Humblot 2016.

Carl Schmitt, ‘Schluβrede vor dem Staatsgerichtshof in Leipzig in dem Prozeβ Preuβen contra Reich’ (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. 222-227.

Christoph Schönberger, ‘Hugo Preuss. Introduction’, in: Arthur Jacobson & Bernhard Schlink (red.), *Weimar. A jurisprudence of crisis* (Belinda Cooper vert.), Berkeley/Los Angeles/Londen: University of California Press 2002, p. 110-115.

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’, in: *International Journal of Constitutional Law,* 2012, vol. 10, no. 1, p. 106-126.

Dirk Schumann, *Political violence in the Weimar Republic, 1918-1933. Fight for the streets and fear of civil war* (Thomas Dunlap vert.), New York: Berghahn Books 2012.

Joseph Schumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy,* New York/Londen/Toronto/Sydney/New Delhi/Auckland: Harper Perennial Modern Thought 2008.

Kees Schuyt, *Over het recht om wij te zeggen: Groepstegenstellingen en de Democratische Gemeenschap,* Amsterdam: Amsterdam University Press, 2009.

George Schwab, ‘Introduction’, in: Carl Schmitt, *Political Theory. Four Chapters on the Concept of Sovereignty* (George Schwab vert.), Chicago/Londen: The University of Chicago Press 2005.

George Schwab, ‘Introduction’, in: Carl Schmitt, *The concept of the political* (George Schwab vert.), The University of Chicago Press: Chicago/Londen 2007.

Rune Slagstad, ‘Liberal constitutionalism and its critics: Carl Schmitt and Max Weber’, in: Jon Elster & Rune Slagstad, *Constitutionalism and democracy*, Cambridge: Cambridge University Press 1988, p. 103-130.

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. 257-273.

Barry Smith, ‘Philosophie, Politik und wissenschaftliche Weltauffassung: zur Frage der Philosophie in Österreich und Deutschland’, in: *Grazer Philosopjische Studien,* 58, 2000, p. 1-22.

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. 399-411.

Ruth Sonderegger, ‘Geweld in *Dialektik der Aufklärung.* Denkers van de Frankfurter Schule en het alomtegenwoordige geweld’, in: Jacco Pekelder & Frits Boterman (red.), *Politiek geweld in Duitsland. Denkbeelden en debatten,* Alphen aan den Rijn: Haasbeek 2005.

Andrew Spadafora, ‘Georg Jellinek on values and objectivity in the legal and political sciences’, in: *Modern Intellectual History,* 14, 3, 2017, p. 747-776.

Timothy Stanton, ‘Popular sovereignty in an age of mass democracy. Politics, parliament and parties in Weber, Schmitt and beyond’, in: Timothy Stanton, Quentin Skinner & Richard Bouke, *Popular Sovereignty in Historical Perspective,* Cambridge: Cambridge University Press 2016.

Peter Stirk, ‘Hugo Preuss, German Political Thought and the Weimar Constitution’, in: *History of Political Thought,* vol. XXIII, no. 3, 2002, p. 497-516.

Carel Stolker, *Rethinking the Law School,* Cambridge: Cambridge University Press 2014.

Michael Stolleis, *Der Methodenstreit der Weimarer Staatsrechtslehre – ein abgeschlossenes Kapital der Wissenschaftsgeschichte?,* Stuttgart: Franz Steiner Verlag 2001.

Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Weimarer Republik und Nationalsozialismus,* München: Verlag C.H. Beck 2002.

Collin Storer, *A short history of the Weimar Republic,* Londen/New York: I.B. Tauris 2013.

Leo Strauss, ‘Notes on Carl Schmitt. *The Concept of the Political*’, in: Heinrich Meier, *Carl Schmitt and Leo Strauss. The hidden dialogue* (J. Harvey Lomax vert.), Chicago/Londen: The University of Chicago Press 2006, p. 91-119.

Leo Strauss, ‘Three Letters to Carl Schmitt’, in: Heinrich Meier, *Carl Schmitt and Leo Strauss. The hidden dialogue* (J. Harvey Lomax vert.), Chicago/Londen: The University of Chicago Press 2006, p. 123-128.

Tracey Strong, ‘Foreword. The Sovereign and the Exception: Carl Schmitt, Politics, Theology, and Leadership’, in: Carl Schmitt, *Political Theory. Four Chapters on the Concept of Sovereignty* (George Schwab vert.), Chicago/Londen: The University of Chicago Press 2005.

Tracey Strong, ‘Foreword: dimensions of the new debate around Carl Schmitt’, in: Carl Schmitt, *The concept of the political* (George Schwab vert.), The University of Chicago Press: Chicago/Londen 2007.

Jacob Taubes, *To Carl Schmitt. Letters and Reflections* (Keith Tribe vert.), New York: Columbia University Press 2013.

Jacob Taubes, *Ad Carl Schmitt. Tegenstrijdige overeenstemming* (Joëlle Feijen vert.), Amsterdam: Het Leesmagazijn 2017.

Richard Thoma, ‘Appendix: On the Ideology of Parliamentarism (1925)’, in: Carl Schmitt, *The crisis of parliamentary democracy* (Ellen Kennedy vert.), Cambridge/MA: The MIT Press 1985, p. 77-82.

Chris Thornhill, *German Political Philosophy. The metaphysics of law,* Londen/New York: Routledge 2007.

Alexis de Tocqueville, *Over de democratie in Amerika* (Hessel Daalder & Steven van Luchene vert.)*,* Rotterdam: Lemniscaat 2014.

Nadia Urbinati & Carlo Internizzi-Accetti, ‘Editors’ Introduction’, in: Hans Kelsen, *The Essence and Value of Democracy* (Brian Graf vert.), Lanham: Rowman & Littlefield 2013.

Theo Verbeek, ‘Inleiding’, in: René Descartes, *Over de methode* (Theo Verbeek vert.), Amsterdam: Boom 1994.

Dana Vila, ‘The Legacy of Max Weber in Weimar Political and Social Theory’, in: Peter Gordon & John McCormick (red.), *Weimar Thought: A Contested Legacy,* Princeton: Princeton University Press 2013, p. 51-65.

Lars Vinx, *Hans Kelsen’s Pure Theory of Law,* Oxford: Oxford University Press 2007.

Lars Vinx, *The guardian of the constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law,* Cambridge: Cambridge University Press 2015.

Stefan Vogenauer, ‘An Empire of Light? Learning and Lawmaking in the History of German Law’, in: *Cambridge Law Journal,* 64(2), juli 2005, p. 481-500.

Andreas Voβkuhle, ‘Hugo Preuss als Vordenker einer Verfassungstheorie des Pluralismus’, *Der Staat,* vol. 50(2), 1 april 2011, p. 251-267.

Marianne Weber, *Max Weber: A Biography* (Harry Zohn vert.), Toronto: John Wiley & Sons, Inc. 1975.

Max Weber, *Wetenschap als beroep* (Hans Driessen vert.), Nijmegen: Uitgeverij Vantilt 2013.

Max Weber, ‘On legal theory and sociology’, in: Arthur Jacobson & Bernhard Schlink, *Weimar. A jurisprudence of crisis* (Belinda Cooper vert.), Berkeley/Los Angeles/Londen: University of California Press 2002.

Max Weber, *Economy and Society* (Guether Roth & Claus Wittich, red.), Berkely/Los Angeles: University of California Press 2013.

Thomas Weber, *Hitlers metamorfose. Hoe een gewone soldaat de architect van nazi-Duitsland werd* (Roelof Posthuma vert.)*,* Amsterdam: Nieuw Amsterdam Uitgevers 2016.

Thomas Weber, ‘Inleiding’, in: Adolf Hitler, *Zijn leven, zijn redevoeringen. Eerste autobiografie uit 1923* (Rob Pijpers vert.), Hilversum: Uitgeverij Verbum 2018 (samengesteld door Adolf-Viktor von Koerber).
Pol van de Wiel & Bart Verheijen, ‘Inleiding – Wat is politiek?’ in: Lefort, C., *Wat is politiek?* (Pol van de Wiel & Bart Verheijen vert.), Amsterdam: Boom Klassiek 2016.

Gerardus Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

Marc de Wilde, ‘In de schaduw van de Duitse Revolutie. Denken over geweld bij Walter Benjamin en Carl Schmitt’, in: Jacco Pekelder & Frits Boterman (red.), *Politiek geweld in Duitsland. Denkbeelden en debatten,* Alphen aan den Rijn: Haasbeek 2005.

Marc de Wilde, *Verwantschap in Extremen. Politieke Theologie bij Walter Benjamin en Carl Schmitt* (diss.), Amsterdam: Vossiuspers UvA-Amsterdam University Press 2008.

Theo de Wit, *De Onontkoombaarheid van de Politiek* (diss.), Nijmegen: Pomppers, Ubbergen 1992.

Theo de Wit, ‘Inleiding. Vriend en vijand – een oneigentijds geschrift over politiek’, in: Carl Schmitt, *Het begrip politiek* (Bert Kerkhof & George Kwaad vert.), Boom/Parrèsia: Amsterdam 2006.

Theo de Wit, ‘Nabeschouwing. Politiek in turbulente tijden: Carl Schmitt en de dark side van het westers liberalisme’, in: Carl Schmitt, *Het begrip politiek* (George Kwaad vert.), Amsterdam: Boom/Parrèsia 2019, p. 153-181.

Rainer Wolf, ‘Hermann Heller’, *Kritische Justiz,* 1 januari 1993, vol. 26(4), p. 500-507.

Nikolaos Vagdoutis, *Hans Kelsen and Carl Schmitt in Weimar: a Riddle of Political Constitutionalism,* ProQuest Dissertation Publishing 2018.

Isabel Vidal, ‘Chapter 8. Kelsen and Legal Intepretation’, in: Peter Langford, Ian Bryan & John McGarry, *Kelsenian Legal Science and the Nature of Law,* Cham: Springer 2017, p. 141-152.

Klaus Zeleny, ‘Grundfragen der Demokratie in wissenschaftlicher Sichtweise’, in: Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Ditzingen: Reclam 2018.
Slavoj Zizek, ‘Carl Schmitt in the Age of Post-Politics’, in: Chantal Mouffe (red.), *The Challenge of Carl Schmitt,* Londen/New York: Verso 1999, p. 18-37.

Primaire bronnen

‘Rad der Volksbeauftragten, Aufruf “An das deutsche Volk”, 12. November 1918’.
https://www.1000dokumente.de/index.html?c=dokument_de&dokument=0238_rev&l=de

Rosa Luxemburg, “Rede zum Programm”, 31 december 1918.
http://germanhistorydocs.ghi-dc.org/sub_document.cfm?document_id=4118

‘Paul von Hindenburg. The Stab in the Back’ in: Anton Kaes, Martin Jay & Edward Dimendberg (red.), *The Weimar Republic. Sourcebook,* Berkeley/Los Angeles/Londen: University of California Press 1995, p. 15-16 (*Stenographiser Bericht über die öffentlichen Verhandlungen des 15. Untersuchungsausschusses des verfassungsgebenden Nationalversammlung,* speech van 18 november 1919).

‘The Treaty of Versailles: The Reparation Clauses’, in: Anton Kaes, Martin Jay & Edward Dimendberg (red.), *The Weimar Republic. Sourcebook,* Berkeley/Los Angeles/Londen: University of California Press 1995, p. 8 (*The Treaty of Peace between the Allied and Associated Powers and Germany,* Londen: His Majesty’s Stationary Office, 1919).

Het 25-puntenprogramma van de NSDAP uit 1920
http://germanhistorydocs.ghi-dc.org/sub_document.cfm?document_id=4625&language=german

Adolf Hitler, rede tijdens het proces na Bierhal-putsch, februari 1924
http://germanhistorydocs.ghi-dc.org/sub_document.cfm?document_id=3913
Adolf Hitler, 'Rede vor den Spitzen der Reichswehr', 3 februari 1933
https://www.1000dokumente.de/index.html?c=dokument_de&dokument=0109_hrw&l=de

Joseph Goebbels, *Der Angriff. Aufsätze aus der Kampfzeit*, Munich: Zentralverlag der NSDAP 1935, p. 71-73.
Engelse vertaling te vinden op http://research.calvin.edu/german-propaganda-archive/angrif06.htm

Sebastian Haffner, *Het verhaal van een Duitser. 1914-1933* (Jacqueline Godfried vert.), Amsterdam: Rainbow 2018.
Terugblik van Keizer Wilhelm II op zijn aftreden, 1922.
http://germanhistorydocs.ghi-dc.org/docpage.cfm?docpage_id=4985&language=english

'Zum Wahlausfall', *Deutsche Allegemeine Zeitung*, 5 mei 1924.
http://germanhistorydocs.ghi-dc.org/docpage.cfm?docpage_id=5874

'Radikale Protestwahlen', *Deutsche Allgemeine Zeitung*, 15 september 1930.
http://germanhistorydocs.ghi-dc.org/sub_document.cfm?document_id=4634

'Verordnung zum Schutze der Republik', 1922.
http://germanhistorydocs.ghi-dc.org/sub_document.cfm?document_id=4626&language=german

'Verhandlungen des Reichstags über den Versailler Vertrag', 22 juni 1919.
http://germanhistorydocs.ghi-dc.org/docpage.cfm?docpage_id=5860&language=german

'Count Ulrich von Brockdorff-Rantzau. Speeh of the German Delegation, Versailles, May 7, 1919', in: Kaes, Jay & Dimendberg 1995, p. 9

George Vascik & Mark Sadler, *The Stab-in-the-Back Myth and the Fall of the Weimar Republic. A history in Documents and Visual Sources,* Londen/New York: Bloomsburg Academic 2016.

'Verhandlungen des Deutschen Reichstags'
https://www.reichstagsprotokolle.de/

Adolf Hitler, *Zijn leven, zijn redevoeringen. Eerste autobiografie uit 1923* (Rob Pijpers vert.), Hilversum: Uitgeverij Verbum 2018 (samengesteld door Adolf-Viktor von Koerber).

Joseph Goebbels, *Der Angriff. Aufsätze aus der Kampfzeit*, Munich: Zentralverlag der NSDAP 1935.
Adolf Hitler, *Mijn strijd* (Mario Molegraaf vert.), Amsterdam: Prometheus 2018.

'Die Verfassung des Deutschen Reichs' (Weimarer Verfassung)
http://germanhistorydocs.ghi-dc.org/docpage.cfm?docpage_id=4860

'Vertrouwen in de toekomst. Regeerakkoord 2017-2021. VVD, CDA, D66 en ChristenUnie', 10 oktober 2017.

Handelingen van de Staten-Generaal over de Ontwerpen van Wet tot Herziening van de Grondwet 1847/48, p. 345.

Curriculum vitae

Raisa Blommestijn werd op 23 maart 1994 geboren in Voorburg. In 2012 behaalde zij haar VWO-diploma aan het Veurs Lyceum te Leidschendam. Hierna studeerde zij van 2012 tot 2018 aan de Universiteit Leiden en behaalde haar bachelor Rechtsgeleerdheid (LLB, 2015) en zowel haar master Encyclopedie en Filosofie van het recht (LLM, 2016) als *Philosophy of Law* (MA, 2018) cum laude. Vanaf 2015 was zij verbonden aan het Instituut voor Metajuridica, afdeling Encyclopedie van de rechtswetenschap, van de Universiteit Leiden. Eerst was zij hier werkzaam als student-assistent en junior docent en vanaf januari 2018 tot en met december 2021 als docent-onderzoeker. In deze laatste hoedanigheid schreef zij dit proefschrift en publiceerde onder andere *Reflections on Democracy in the European Union* (2020, samen met Afshin Ellian, red.).