



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Het spook van Weimar: een democratie in crisis

Blommestijn, R.

Citation

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

Version: Publisher's Version

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

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

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

Hoofdstuk 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 [*Gesetzpositivismus*] 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 wetspositivisme, 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 Kapitel 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: *Gesetzpositivismus*, 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 positivism’, 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 positivism’, 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 Khushf 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 Budgetrecht 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 ‘Formalisierung, 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 Laband⁴⁵³ 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 invoeren 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 staatsvorming. 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*) [...]’.⁴⁶⁰ 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 liberalen⁴⁶⁴ 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 Koriath (geb. 1960) omschrijft: “[d]issatisfaction 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 Koriath, ‘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 Koriath 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 Geseß in der Preuß. 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: *Geseß*): 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 neergelegd⁴⁷⁸ – 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, apolitek) 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 staatsbestel 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 Koriath 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 'purposeful 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 außer 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 ‘dubbeleven’ [*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 Koriath 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 wetspositivisme 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 Koriath 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.), Berkeley/Los Angeles: University of California Press 2013, p. 311.

⁵¹⁶ Weber 2002, p. 51.

⁵¹⁷ Weber 2002, p. 51. Zie hiervoor eveneens Koriath 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 richtig, wenn anzunehmen ist, daß 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 ‘empirische 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 fundamenteen 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 fundamenteen 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 fundamente 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 Koriath 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 Einfluß, 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 zagezegd 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 rechtspositivistische 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 ontleen de grondnorm [*Grundnorm*] genoemd.⁵⁴⁸ De *Grundnorm* zelf wordt voorondersteld 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 besepte 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 romanticisme 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 Romantiek*, 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 ontleen 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/Massachusetts/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 fundamenteën 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 machtslement 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.

