



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 7

Rudolf Smend: de integrerende waarde van de democratie

*In einem Vorgang der Auseinandersetzung von Gegensätzen wird die Resultante der allgemeine staatlichen Richtung und Wesenart immer wieder neu gewonnen; durch Kämpfe der öffentliche Meinung und Wahlen, durch parlamentarische Erörterung und Abstimmung.*¹¹⁵¹

Rudolf Smend (1882-1975)

§ 7.1. Inleiding

In hoofdstuk 5 en 6 stonden de opvattingen van Hans Kelsen en Carl Schmitt centraal. Duidelijk werd dat zowel Kelsen als Schmitt in het geweer kwam tegen het dominante wetpositivisme ten tijde van het Tweede Keizerrijk. Dit wetpositivisme kwam in hoofdstuk 3 aan de orde, waarin duidelijk werd dat het ertoe leidde dat politieke verhoudingen – en problemen – in toenemende mate werden uitgesloten van het recht. Het wetpositivisme was aldus enerzijds apolitek en probeerde anderzijds de eenheid binnen de Duitse Staat te benadrukken. Dit leidde tot een opvatting van het recht die de tekst van de wet centraal stelde en daarnaast gebruik maakte van ‘neutrale’ interpretatiemethoden (*Begriffsjurisprudenz*). Tevens werd duidelijk dat het wetpositivisme niet in staat is om tegenwicht te bieden tegen de autoritaire tendensen binnen de Duitse staat, maar deze juist bevestigde. De Duitse traditie van het wetpositivisme faciliteerde de traditie waarvan het totalitaire Derde Rijk in het verlengde ligt eerder dan dat zij die verhinderde.

Kelsen trok het rechtspositivistische karakter van het wetpositivisme tot in den extreme door en ontwikkelde een *Reine Rechtslehre* waarin geen enkele vorm van niet-juridische elementen of interpretatie een rol diende te krijgen. Hij betoogde dat *Sein* en *Sollen* volledig van elkaar gescheiden dienden te blijven. Een belangrijke consequentie van dit denken is dat soevereiniteit als categorie van macht van het recht wordt uitgesloten – de rechtsorde zelf wordt, als geheel, als soeverein beschouwd. Hiermee staat vooral de *legaliteit* van het recht centraal. Zijn theorie was hiermee tevens niet in staat om een tegenwicht te bieden aan autoritaire, totalitaire of anderszins antidemocratische tendensen binnen de Duitse staat.

Schmitt uitte eveneens kritiek op het wetpositivisme, maar richtte zich juist tegen het weren van niet-juridische elementen uit het recht. Hij bracht een anti-positivistische theorie tot ontwikkeling waarmee hij zowel kritiek uitte op het wetpositivisme uit het Tweede Keizerrijk als op de theorie van Kelsen. Schmitt benadrukte dat de legitimerende beslissing die ten grondslag ligt aan de rechtsorde een belangrijke rol speelt in het recht – hij legde, met andere woorden, juist de nadruk op de

¹¹⁵¹ Smend 2010, p. 85.

legitimiteit van de Staat. Deze legitimiteit heeft voor Schmitt een transcendent karakter: de soeverein, die boven de rechtsorde staat, en de rechtsorde fundeert en gestalte geeft, staat *boven* de rechtsorde zelf. Door de nadruk te leggen op de almacht van de soeverein en het recht hieraan ondergeschikt te maken, was de rechtstheorie van Schmitt eveneens niet in staat om een werkelijk tegenwicht te bieden aan de vijandige tendensen binnen de Duitse staat. Sterker nog, zijn theorie kan worden gezien als een manier om de almacht van de staat verder te versterken.

Hoewel beide theorieën aldus erg van elkaar verschillen, bieden zij beide geen aanknopingspunten voor een rechtstheoretische verdedigingslinie van de democratie. Dit komt tot uiting in het feit dat zijn, zoals de Amerikaanse filosoof Peter Caldwell stelt, binnen het Hobsiaanse staatsmodel bleven. Met andere woorden, zij onderscheidden de soevereiniteit van de staat van het leven van de burgers¹¹⁵² en bevestigden hiermee de autoriteit van de staat, die van oudsher een belangrijke rol speelde binnen het Duitse wetspositivisme. Bij Kelsen is dit duidelijk te zien wanneer hij de soevereiniteit van de Staat volledig gelijkstelt aan de rechtsorde; een sfeer van autoriteit die boven de burgers verheven is. Tevens wordt het zichtbaar in zijn opvattingen wat betreft de legaliteit van de rechtsorde, Kelsen besteedt in het geheel geen aandacht aan de rechtvaardiging van de rechtsorde vanuit de samenleving. Hierboven noemde ik al dat de legitimiteit van de rechtsorde bij Schmitt een transcendent karakter heeft – de funderende beslissing, die de rechtsorde gestalte geeft, komt van boven (van de soeverein).¹¹⁵³ Bij Schmitt is tevens een ander element uit het Hobsiaanse staatsmodel terug te zien. Voor Thomas Hobbes (1588-1679) is het belangrijkste doel van de Staat het waarborgen van veiligheid.¹¹⁵⁴ Schmitt hecht hier eveneens veel belang aan en betoogt om deze reden dat de beslissing die genomen wordt in een noodtoestand bevrijd dient te worden van elk wettelijk kader en dat degene die de beslissing neemt bevrijd dient te worden van elke wettelijke verplichting.

De vraag rijst of er in de rechtstheorie ten tijde van de Weimardemocratie aanknopingspunten te vinden zijn voor een reële verdedigingslinie. In het verlengde daarvan rijst de vraag hoe het recht kan worden verbonden met staat en samenleving, in plaats van hier los van te staan (Kelsen) of volledig in het teken te staan van de soevereine staatsmacht (Schmitt). Deze vraag staat in de volgende hoofdstukken centraal en is bij uitstek van belang in een democratische samenleving, waar de macht in de staat van het volk uitgaat. Zo ook in de Weimarrepubliek, waar in artikel 1 van de Grondwet het democratie-principe is neergelegd. Hoe kan ervoor worden gezorgd dat democratie niet alleen op papier, maar ook in de praktijk een legitimerende werking heeft voor de rechtsorde? In de nadagen van de Weimarrepubliek, waarbij verschillende groepen zich tegen de Staat keerden, wordt deze vraag bij uitstek relevant. Paul von Hindenburg vroeg zich aan het eind van 1932 niet voor niets af hoe lang er

¹¹⁵² Peter Caldwell, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law. The Theory & Practice of Weimar Constitutionalism*, Durham/Londen: Duke University Press 1997, p. 120.

¹¹⁵³ Hobbes vindt de eenheid binnen de Staat van groot belang, hij haalt om dit te benadrukken een Bijbels citaat aan: “Een koninkrijk dat in zichzelf verdeeld is houdt geen stand” (Hobbes 2010, p. 139).

¹¹⁵⁴ Thomas Hobbes, *Leviathan* (Wessel Krul vert.), Amsterdam: Boom 2010, p. 129, 132.

nog geregeerd kon worden op basis van nooddecreten, die een directe democratische legitimatie missen.¹¹⁵⁵

Om de voornoemde vragen te beantwoorden, staan in dit hoofdstuk de rechtsfilosofische en politiek filosofische opvattingen van Rudolf Smend (1882-1975). In het volgende hoofdstuk komt vervolgens de rechtstheorie van Hermann Heller (1891-1933) aan de orde. Net als Schmitt en Kelsen zetten ook zij zich beiden af tegen het dominante wetspositivisme van het Tweede Keizerrijk.¹¹⁵⁶ Zij richtten zich echter tevens tegen de opvattingen van zowel Schmitt als Kelsen en beschrijven dat de Staat voornamelijk moet worden beschouwd als een *sociaal proces*. De nadruk komt hiermee te liggen op de rol van de Staat in het maatschappelijk leven en de betrokkenheid van burgers bij de politiek – een interpretatie van recht en Staat die rekening houdt met het funderen van een waardengemeenschap en de sociale context van beslissingen.¹¹⁵⁷ Het doorslaggevende moment van de finale beslissing, een van de centrale discussiepunten van Kelsen en Schmitt, wordt hiermee vermeden¹¹⁵⁸ en vervangen door een theorie van *immanente* legitimatie van de Staat. De vraag die rest is in hoeverre de rechtsfilosofische opvattingen van Rudolf Smend en Hermann Heller, die zich richten tegen het Duitse wetspositivisme maar tevens tegen de opvattingen van Kelsen en Schmitt, aanknopingspunten bieden om de Weimardemocratie te verdedigen tegen haar vijandige tendensen. Deze vraag staat centraal in dit hoofdstuk (Smend) en het volgende hoofdstuk (Heller).

§ 7.2. Democratische integratie

Smend werd geboren in een familie van theologen en juristen. Zijn protestantse achtergrond is terug te zien in de werken die hij schreef ten tijde van de Weimarrepubliek, maar speelde voornamelijk een rol van betekenis in de werken die hij na de Tweede Wereldoorlog schreef.¹¹⁵⁹ In 1911 werd hij benoemd tot hoogleraar en vanaf 1922 had hij een academische positie in Berlijn, dichtbij het centrum van de macht. Hij behoorde dan ook – in tegenstelling tot Heller, Kelsen en Schmitt – tot het *establishment*.¹¹⁶⁰ Tot 1930 behoorde Smend tot de conservatieve *Deutschnationale Volkspartei* (DNVP) (zie paragraaf 2.5.2),¹¹⁶¹ die hij verliet toen Alfred Hugenberg (1865-1951) de partij

¹¹⁵⁵ Deze vraag is tevens relevant in het licht van de hedendaagse corona-crisis, waarbij besluiten worden genomen die diep ingrijpen in het leven van de burgers. Hoe kan gezorgd worden dan de burgers deze besluiten accepteren?

¹¹⁵⁶ Emmanuel Richter, 'The critics of liberalism: Carl Schmitt: the defective guidance for the critique of political liberalism', *Cardozo L. Rev.*, vo. 21, 2000, p. 1619. Zie tevens Chris Thornhill, *German Political Philosophy. The metaphysics of law*, Londen/New York: Routledge 2007, p. 261.

¹¹⁵⁷ Caldwell 1997, p. 133.

¹¹⁵⁸ Caldwell 1997, p. 137.

¹¹⁵⁹ Stefan Koriototh, 'Seven. Rudolf Smend, Introduction', in: *Weimar. A jurisprudence of crisis* (Belinda Cooper vert.), Berkeley/Los Angeles/Londen: University of California Press 2002, p. 207.

¹¹⁶⁰ Donald Cloyd, *Weimar Republicanism: Political sociology and constitutional law in Weimar Germany, 1919-1933*, ProQuest Dissertations & Theses 1991, p. 275.

¹¹⁶¹ Caldwell 1997, p. 123.

overnam.¹¹⁶² Zijn conservatisme is terug te zien in zijn politieke theorie en dan voornamelijk in het idee dat de constitutionele regering zelf een vorm van cultuur is, die een antwoord diende te bieden op het verlies van gemeenschap – een gevolg van de moderniteit.¹¹⁶³

Gedurende de Eerste Wereldoorlog verdedigde Smend de status quo,¹¹⁶⁴ dit wordt bijzonder duidelijk in enkele teksten die hij schreef voor de Duitse Revolutie, zoals *Ungeschrieben Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat* (1916), maar ook in *Die Verschreibung der konstitutionellen Ordnung durch die Verhältniswahl* (1919) waarin hij zich een fel tegenstander betoonde van het nieuwe systeem van proportionele vertegenwoordiging, dat volgens hem zou leiden tot een verminderde betrokkenheid van de burger bij de politiek. Na de jaren '20 van de vorige eeuw begon hij zich echter langzaam te verzoenen met het nieuwe democratische systeem, zowel met de proportionele vertegenwoordiging waar hij zich eerder zo kritisch over had uitgelaten als met de Weimardemocratie in het algemeen. In tegenstelling tot veel conservatieven verdedigde hij de Weimarrepubliek tot in haar nadagen.¹¹⁶⁵

Het hoogtepunt van Smends verzoening met de democratische staatsvorm is zijn in 1928 gepubliceerde *Verfassung und Verfassungsrecht* dat tevens geldt als zijn belangrijkste werk. In dit werk gaf Smend aan dat de belangrijkste taak van de constitutie het integreren van de burgers in de staat is. Dit was, zoals hij eerder had betoogd, bij uitstek van belang in een staat die arm en verslagen uit de oorlog was gekomen (zoals Duitsland van dat moment).¹¹⁶⁶ De integratie en eenheid binnen de Weimarrepubliek, die voor hem vanuit de burgers – dus van *onder*, uit de samenleving – diende te komen, was het belangrijkste doel. Deze eenheid wordt door een dynamisch proces van integratie gevormd en staat hiermee nooit definitief vast. Zoals de Britse rechtsgeleerde Chris Thornhill (geb. 1984) beschrijft:

[..] Smend allowed a high degree of latitude in his interpretation of which values might obtain broader social recognition and contribute to the legitimacy of the state. One central implication of his theory is that the content of the integrative values cannot be stipulated, but is derived and tested through ongoing processes of common interpretation.¹¹⁶⁷

De opvattingen van Smend liggen in het verlengde van de organische staatstheorieën van Otto von Gierke (1841-1921) en Hugo Preuß (1860-1925). In paragraaf 3.2.1 kwam aan de orde dat Gierke uitgroeide tot de belangrijkste tegenstander van het wetspositivisme ten tijde van het Tweede Keizerrijk.¹¹⁶⁸ Als sociologisch rechtspositivist stelde hij de Staat voor als biologisch, welhaast

¹¹⁶² Caldwell 1997, p. 142.

¹¹⁶³ Cloyd 1991, p. 279, 298.

¹¹⁶⁴ Caldwell 1997, p. 122.

¹¹⁶⁵ Cloyd 1991, p. 275.

¹¹⁶⁶ Caldwell 1997, p. 142.

¹¹⁶⁷ Thornhill 2007, p. 275.

¹¹⁶⁸ Martin Otto, 'Germanischer Staat und Genossenschaft: Otto von Gierke als Staatsrechtler', *Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte*, 2017, Vol.18(1), p. 321.

menselijk wezen, dat objectief kan worden waargenomen in de werkelijkheid. Door het observeren van deze statelijke organisatie – en dan vooral het observeren van de handelingen die deze verricht – ontstaat een beeld van wat het recht is. Het recht wordt hiermee een ‘feit’ in de werkelijkheid.¹¹⁶⁹ Preuß zocht aansluiting bij deze staatstheorie van Gierke, hetgeen duidelijk terug te zien is in zijn opvatting van democratie. Democratie is volgens hem een organisch geheel van het volk [*Einheit in Vielheit*].¹¹⁷⁰ Deze eenheid is tevens van groot belang voor Smend. Hij beschrijft dat de eenheid in de Staat tot stand dient te komen door een continu proces van integratie en re-integratie van burgers in de gemeenschap [*geistige Lebensgemeinschaft*] – een proces waardoor de gemeenschap tevens als geheel gevormd wordt. Deze integratie is volgens Smend de essentie van de constitutie, die de organische wilsvereniging van individuen, die uiteindelijk de gemeenschap vormen, tot stand laat komen.¹¹⁷¹

Smends theorie van integratie, die in de volgende paragrafen centraal staat, verschilt op belangrijke punten van de tot nu toe besproken opvattingen. In de zuivere rechtsleer van Kelsen mocht integratie in het geheel geen rol spelen: Kelsen probeert juist op radicale wijze het onderscheid tussen ‘sein’/‘is’ en ‘sollen’/‘ought’ te maken.¹¹⁷² Terwijl Smend bij uitstek het sociologische element in de staatstheorie wil duiden, wil Kelsen dit element radicaal uit het recht weren. Kelsen beschrijft de staat als geheel van normen [*Sollen*], die met de werkelijkheid [*Sein*] niets van doen hebben. Volgens Smend is dit een verkeerde voorstelling van zaken en doet Kelsen het voorkomen alsof de Staat in het geheel geen onderdeel van de werkelijkheid is.¹¹⁷³ De vraag hoe de burgers zich tot de rechtsorde dienen te verhouden, wordt door Kelsen dan ook niet beantwoord. Dat terwijl hun wederzijdse verhouding volgens Smend juist kan leiden tot de voor hem zo belangrijke integratie.

De integratie-theorie van Smend en de zuivere rechtsleer van Kelsen hebben wel met elkaar gemeen dat beiden de tegenstellingen die door de wetspositivistische traditie in de hand werden gewerkt – zoals de tegenstelling tussen individu en burger, privaatrecht en publiekrecht, objectief en subjectief recht en dergelijke – poogden te overkomen. Met andere woorden, beiden legden de nadruk op de eenheid binnen de Staat.¹¹⁷⁴ Het belangrijkste verschil is het karakter van deze eenheid: een statisch geheel van normen (Kelsen) of een dynamisch geheel van integrerende elementen – burger en constitutie – die elkaar wederzijds vormen (Smend). In de inleiding van dit hoofdstuk kwam al aan de orde dat dit ook te maken heeft met de beantwoording van de vraag waar de eenheid vandaan komt:

¹¹⁶⁹ Jo Eric Khushal Murkens, *From Empire to Union. Conceptions of German Constitutional Law Since 1871*, Oxford: Oxford University Press 2013, p. 12-13.

¹¹⁷⁰ Zie hiervoor Voßkuhle 2011, p. 257. Dit werd in 1928 in vrijwel gelijke bewoordingen herhaald door Hermann Heller. Zie Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Weimarer Republik und Nationalsozialismus*, München: Verlag C.H. Beck 2002, p. 102.

¹¹⁷¹ Caldwell 1997, p. 123.

¹¹⁷² Zie Korioto 2002, p. 207. Smend richt zich tegen het positivisme van Laband, Gerber, Jellinek en Kelsen.

¹¹⁷³ Smend 2010, p. 131.

¹¹⁷⁴ Caldwell 1997, p. 124.

komt deze eenheid uit een vooraf geponeerde norm (van bovenaf) of komt deze eenheid uit een niet vaststaande interactie (van onderaf)?

Schmitt komt tevens in het geweer tegen de verdeling van de Staat in verschillende delen of staatsmachten en benadrukt eveneens de eenheid in de Staat. Daarnaast is Schmitt, net als Smend, een tegenstander van het wetspositivisme. Hiermee lijkt de theorie van Smend op het eerste gezicht meer overeenkomsten te hebben met de theorie van Schmitt dan met die van Kelsen. Het belangrijkste verschil is er echter in gelegen dat zij het fundament van de Staat op geheel andere wijze duiden. Schmitt zoekt de fundering van de Staat in een transcendent moment van beslissing – een funderend element dat van *buiten* de rechtsorde komt.¹¹⁷⁵ Volgens Smend miskent deze benadering het dynamische karakter van de politieke orde en daarom dient de focus verlegd te worden naar een *immanente* benadering die het funderende aspect zoekt *binnen* de rechtsorde zelf.

Volgens Smend is deze immanente benadering bij uitstek noodzakelijk vanwege de crisis waar Europese democratieën in terecht waren gekomen vanwege de afwezigheid van een immanent en integrerend proces – een proces dat bij uitstek bijdraagt aan een gevoel van ‘behoren tot’.¹¹⁷⁶ De Amerikaanse historicus Stefen Cloyd (geb. 1954) beschrijft dat de wijze van integratie die Smend voorstaat in verband staat met het protestantse karakter van de Duitse Staat:

[Smend] argued that it is a peculiar feature of Protestant states that they rely on *positive* processes of integration. Such states are forced to provide positivized accounts of their legitimacy and legal integrity, and – unlike Roman Catholic states – they cannot presuppose unshakable foundations for the exercise of power.¹¹⁷⁷

Waar rooms-katholieke staten zich dus verlaten op *representatie*, dienen protestantse staten, zoals Duitsland, zich te verlaten op *integratie*. Het is interessant om dit in verband te brengen met de verschillende religieuze achtergronden van Schmitt en Smend. Waar Schmitt, als katholieke denker, de nadruk legt op de representatieve, transcendente fundering van de Staat legt Smend, als protestantse denker, de nadruk op de integrerende, immanente fundering van de Staat. Dit is niet verwonderlijk gezien de verschillen tussen protestantisme en katholicisme: waar binnen het katholicisme een meer hiërarchische structuur geldt, interpreteren en lezen de gelovigen zelf binnen het protestantisme in meerdere mate.

De Britse rechtsgeleerde Jo Eric Murkens verbindt deze verschillende opvattingen van Schmitt en Smend met de vormen van interpretatie van het Duits constitutioneel recht van na de Tweede Wereldoorlog: het staatsrecht [*Staatsrecht*] en het constitutioneel recht [*Verfassungsrecht*]. Het eerstgenoemde *Staatsrecht* kan in verband worden gebracht met de theorie van Schmitt, die de nadruk legt op een ‘pre-constitutional and state-centered interpretation of constitutional law’.¹¹⁷⁸ Het

¹¹⁷⁵ Voor een weerlegging hiervan, zie Smend 2010, p. 186.

¹¹⁷⁶ Cloyd 1991, p. 277-278.

¹¹⁷⁷ Thornhill 2007, p. 274.

¹¹⁷⁸ Murkens 2013, p. 71.

Verfassungsrecht daarentegen ‘embraces the totality of written and unwritten legal norms on the foundation, organization, and competences of the state, and the role of the citizen in the state’.¹¹⁷⁹ Met dit verschil wordt tevens het onderscheid tussen beide theorieën duidelijk: dient het te gaan om een pre-statelijke eenheid of om een eenheid die zich vormt door de interactie tussen constitutionele normen en burgers? Het Schmittiaanse denken verdedigt de Staat tegenover uitdagingen, terwijl Smend juist uitgaat van een pluralistische rechtsorde die meer gericht is op de politieke gemeenschap.¹¹⁸⁰

Wat Schmitt en Smend met elkaar gemeen hebben – los van hun verzet tegen het wetspositivisme in het Tweede Keizerrijk – is dat zij zich beiden verzetten tegen de liberale constitutionele orde en het pluralisme. De liberale constitutionele orde is volgens beiden wezenlijk apolitiek, terwijl het pluralisme te veel nadruk legt op het onderscheid en de verdeeldheid binnen de Staat. Hoewel zij het wat betreft kritiek met elkaar eens zijn, verschilt hun diagnose. Zoals in hoofdstuk 5 aan de orde kwam, komt de kritiek op Schmitt op de Weimarrepubliek voort uit zijn opvatting dat deze gedomineerd wordt door het liberalisme. Smend is daarentegen van mening dat de Weimarconstitutie in het geheel geen liberalisme of pluralisme voorstond, maar gezien moest worden in het licht van de Duitse burgerlijke traditie van het protestantisme.¹¹⁸¹

Hierboven noemde ik al dat protestantse staten volgens Smend vooral gericht zijn op integratie van burgers in de Staat – een belangrijk onderdeel van zijn rechtstheorie. De constitutie, die deze integratie van burgers mogelijk maakt, was volgens Smend zelf een vorm van protestantse cultuur. Een dergelijke cultuur was volgens Smend het beste in staat een antwoord te bieden op de problemen van de moderniteit en het hiermee samenhangende verlies aan gemeenschap.¹¹⁸² De constitutie van de Weimarrepubliek werkte dit verlies dan ook niet in de hand (zoals Schmitt zou betogen), maar was juist een middel om dit verlies tegen te gaan. Indien de Weimarconstitutie op een liberale wijze geïnterpreteerd zou worden, zou dit volgens Smend uiteindelijk leiden tot de destructie van de gehele rechtsorde van de Weimarrepubliek.¹¹⁸³ De vraag of een liberale interpretatie van de Weimarconstitutie de destructie van de Weimarrepubliek kan worden verweten, wordt voor nu nog buiten beschouwing gelaten. Wel wil ik hier benadrukken dat het verlies van binding met de Weimarrepubliek en bijbehorende democratie het verval van de democratie vanaf 1929 in de hand heeft gewerkt. De staat die door Schmitt en de wetspositivisten werd bewonderd, bleek niet in staat een adequaat antwoord te bieden op de verschillende crises. Zie voor een beschrijving van dit verval verder vanaf paragraaf 2.7.

¹¹⁷⁹ Murkens 2013, p. 71.

¹¹⁸⁰ Murkens 2013, p. 72.

¹¹⁸¹ Cloyd 1991, p. 278.

¹¹⁸² Cloyd 1991, p. 279, 298.

¹¹⁸³ Cloyd 1991, p. 328.

Duidelijk is dus dat de liberale, rationele interpretatie van de constitutie moet worden verworpen en dat deze moet worden vervangen door een perceptie van gemeenschap, gestoeld op protestantse culturele waarden en gevormd door een irrationele politieke strijd. Deze vorm van politieke cultuur was voor Smend de enige hoop op eenheid.¹¹⁸⁴ Het liberalisme legt daarentegen de nadruk op het individu en ondermijnt hiermee deze eenheid: “[...] it reduced political power relations between individuals holding power and individuals in the representative body, and these relations were judged by rationalistic-individualistic standards of ‘good’ and ‘bad’ and ‘true’ and ‘false’.”¹¹⁸⁵

Zoals gezegd, zijn de eenheid en de hiermee samenhangende gemeenschap de belangrijkste doelen in de theorie van Smend. De Duitse rechtsgeleerde Stefan Koriath (geb. 1960) is van mening dat Smend hiermee de belangrijkste crisis in de Weimarrepubliek identificeerde, maar dat hij onvoldoende aandacht besteedde aan ‘the conditions for and difficulties of creating that unity’.¹¹⁸⁶ Hij had, met andere woorden, voornamelijk oog voor het belang van eenheid, maar vergat hiermee dat de eenheid in de Weimarrepubliek ver te zoeken was.¹¹⁸⁷ Volgens Caldwell is de voorwaarde voor het functioneren van het systeem van Smend dat er een stabiel constitutioneel systeem bestaat, waarbij de burgers de legitimiteit van de statelijke organisatie aanvaarden.¹¹⁸⁸ Een dergelijk systeem lijkt op ‘wishful thinking’ gezien de situatie in de Weimarrepubliek.¹¹⁸⁹

Hoewel ik het eens ben met Koriath en Caldwell wat betreft hun oordeel dat Smend wellicht meer oog had kunnen hebben voor de concrete situatie in de Weimarrepubliek, heeft hij wel degelijk oog voor het gebrekkige vermogen van de massademocratie tot integratie. Hij lijkt zich wel degelijk bewust van het feit dat de Weimardemocratie onvoldoende nadruk legt op integratie, zoals bijvoorbeeld blijkt uit het feit dat de persoon van de leider als symbool voor de Staat of de kleuren van de vlag in de constitutionele theorie vaak weinig aandacht krijgen. Volgens Smend is het fascisme dan ook beter in staat de eenheid in de staat tot stand te brengen.¹¹⁹⁰ De vergelijking met fascisme legt echter geen ‘verborgen agenda’ bloot, Smend refereert in zijn teksten louter aan het Italiaanse fascisme ter verbetering van de massademocratie in de Weimarrepubliek en raakte nooit ‘besmet’ met het nazisme. Ten tijde van het Derde Rijk publiceerde Smend vrijwel geen teksten en de teksten die hij wel publiceerde geven op geen enkele manier blijk van enige onderschrijving van het nationaalsocialisme. Smend is vooral een conservatieve denker, die zich in januari 1933 nog (toen de

¹¹⁸⁴ Cloyd 1991, p. 298.

¹¹⁸⁵ Cloyd 1991, p. 281.

¹¹⁸⁶ Koriath 2002, p. 212.

¹¹⁸⁷ Koriath 2002, p. 209-211.

¹¹⁸⁸ Caldwell 1997, p. 142.

¹¹⁸⁹ Caldwell 1997, p. 136.

¹¹⁹⁰ Zie bijvoorbeeld Cloyd 1991, p. 313. Smend vindt dat het fascisme de nadruk legt op delen van politiek gedrag die door de wetgevers van de Weimarrepubliek over het hoofd werden gezien.

universiteiten al grotendeels genazificeerd waren), in een rede ter ere van een nationale feestdag uitsprak voor het *Bürgertum*.¹¹⁹¹

§ 7.3. Smends democratieopvatting

Smend beschouwde zichzelf na het uitbreken van de Eerste Wereldoorlog als republikein.¹¹⁹² Hij was een voorstander van een federalistisch systeem, zoals dat werd ingevoerd in de nieuwe Weimargrondwet. Hij was echter een tegenstander van het systeem van proportionele vertegenwoordiging [*Verhältniswahl*], dat in artikel 20 van de Weimargrondwet was neergelegd (zie paragraaf 4.5). Smend was van mening dat het systeem van proportionele vertegenwoordiging de vorming van een verenigde volkswil – die als rode draad door zijn teksten loopt – in de weg zou staan.¹¹⁹³ In de tekst *Die Verschiebung der konstitutionellen Ordnung durch die Verhältniswahl* (1919) maakt hij zijn belangrijkste kritiekpunten op het systeem van proportionele vertegenwoordiging duidelijk. Deze kritiekpunten staan in deze paragraaf centraal.

Volgens Smend is het belangrijkste idee, dat als fundament voor het systeem van proportionele vertegenwoordiging dient, dat het parlement als een spiegel wordt voorgesteld van de maatschappelijke verhoudingen. Met andere woorden, het parlement geeft precies aan hoe de politieke opvattingen binnen de Staat er op het moment van stemmen uitzien en geeft deze vrijwel letterlijk weer. Smend noemt dit de spiegelende werking van de proportionele vertegenwoordiging, maar naar mijn mening is het meer een fotografische werking: een letterlijke afdruk van de politieke verhoudingen in het land. Smend vindt dat de focus hierbij te veel ligt op de *weergave* van de maatschappelijke en politieke verhoudingen, maar te weinig op de *functie* van het parlement.¹¹⁹⁴

Volgens Smend is de belangrijkste functie van het parlement het mogelijk maken van een dialectische vereniging van verschillende politieke opvattingen.¹¹⁹⁵ Een uitgebreide bespreking van dialectiek valt buiten de reikwijdte van dit proefschrift, maar over het algemeen wordt dialectiek beschouwd als het proces waarbij uit tegengestelde opvattingen de waarheid tot stand komt. Dialectiek is bijvoorbeeld terug te zien in de filosofie van de Duitse filosoof Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831). In Hegels dialectiek bestaat verwerkelijking van een begrip altijd uit drie onderdelen. Ten eerste is er de these, iets op zichzelf [*an sich*]; de algemeenheid. Daarnaast is er de antithese, iets voor zichzelf [*für sich*]; het bijzondere. Tot slot is er de synthese van algemeen en bijzonder [*and und*

¹¹⁹¹ Smend 2010, p. 314. Cloyd 1991, p. 322.

¹¹⁹² Cloyd 1991, p. 283. Zie voornamelijk *Ungeschriebes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat* (1916).

¹¹⁹³ Cloyd 1991, p. 289.

¹¹⁹⁴ Smend 2010, p. 60.

¹¹⁹⁵ Smend 2010, p. 61.

für sich] die leidt tot de voornoemde verwerkelijking van het begrip.¹¹⁹⁶ Een andere dialectische denker is de Duitse filosoof Karl Marx (1818-1883), de grondlegger van het marxisme.

Smend beschrijft de dialectiek van het parlement en stelt dat het parlement ertoe dient om vanuit verschillende individuele belangen één gezamenlijk belang tot stand te brengen. Het parlement heeft hiermee geen spiegelende, maar juist een verenigende functie: het is geen letterlijke weergave van de politieke verhoudingen, maar dient een verenigde politieke verhouding tot stand te brengen – die uiteindelijk de wil van de gehele gemeenschap vertegenwoordigt.¹¹⁹⁷ Een voorbeeld maakt dit duidelijk: stel dat er twee politieke partijen in een land aanwezig zijn en een van deze partijen wordt gekenmerkt door de kleur wit en de andere door de kleur rood. Smend geeft aan dat het systeem van proportionele vertegenwoordiging ertoe leidt dat de individuele kleuren worden weergegeven (ergo: wit en rood). Echter, wat er in het parlement dient te gebeuren, is het mengen van de kleuren, zodat er een nieuwe eenheid tot stand kan komen (in dit geval: roze). Dit laatste element is volgens Smend niet mogelijk middels het systeem van proportionele vertegenwoordiging.

De vraag rijst dan hoe de eenheid binnen het parlement wel tot stand kan komen. Smend geeft in de onderhavige tekst het belang van het dialectische integratieproces al kort aan en brengt dit in *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928) volledig tot ontwikkeling (zie verder paragraaf 7.5). Het dialectische proces van de vorming van de politieke wil in het parlement kan volgens Smend tot stand komen door de openbare strijd die in het parlement wordt gevoerd – de belangrijkste procedure waarop het parlement steunt: “[i]n einem Vorgang der Auseinandersetzung von Gegensätzen wird die Resultante der allgemeine staatlichen Richtung und Wesenart immer wieder neu gewonnen; durch Kämpfe der öffentliche Meinung und Wahlen, durch parlamentarische Erörterung und Abstimmung”.¹¹⁹⁸

Door het systeem van proportionele vertegenwoordiging is deze productieve strijd in het parlement echter steeds verder naar de achtergrond verdwenen en hiermee is het parlement veranderd in een ‘façade’.¹¹⁹⁹ Deze façade is het gevolg van het feit dat de verschillende partijfracties in het parlement enkel hun eigen standpunten vertegenwoordigen en hiermee deelname aan een integrerend debat uit de weg gaan.¹²⁰⁰ Om terug te komen op de eerder genoemde metafoor: door de nadruk op de standpunten van de individuele politieke partijen te leggen (het wit en rood), die eigenlijk voorafgaand aan het debat al vaststaan, wordt de creatieve strijd waardoor de gezamenlijke wil van het volk (het roze) gevormd kan worden onmogelijk. Hiermee komt de oorspronkelijke betekenis van het parlement steeds meer op de tweede plaats te staan. De parlementaire democratie was volgens Smend

¹¹⁹⁶ Zoals beschreven in Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *De Filosofie van de Objectieve Geest. Over recht, moraal en politiek* (Bart Labuschagne vert.), Amsterdam: Boom 2005, § 488.

¹¹⁹⁷ Smend 2010, p. 61.

¹¹⁹⁸ Smend 2010, p. 85.

¹¹⁹⁹ Smend 2010, p. 62.

¹²⁰⁰ Zie Cloyd 1991, p. 290.

oorspronkelijk bedoeld als ‘eine Regierungsart [...] die sich Mittels der Rede als Motors und als wesentlicher Form ihrer Tätigkeit bedient’.¹²⁰¹ Dit is echter niet meer het geval: ‘der Rede’ die dient als ‘motor’ en ‘wezenlijke vorm’ van de staatsvorm is niet langer in staat om een productieve strijd en dientengevolge om de politieke eenheid tot stand te brengen.

Het primaire doel van het parlement is volgens Smend dus het mogelijk maken van een goed gereguleerde dialectiek, die uiteindelijk op zijn beurt leidt tot de vorming van een gezamenlijke wil binnen de staat. Met andere woorden, het proces (de gereguleerde dialectiek) vormt de garantie voor een goede en juiste uitkomst (de gezamenlijke wil). In tegenstelling tot hoe Smend dit proces voor zich ziet, was de uitkomst van de parlementaire discussie van oudsher een rationalistisch doel waarbij de nadruk werd gelegd op de technische procedure – het bereiken van de meerderheid van een standpunt, niet het komen tot een gezamenlijk standpunt.¹²⁰² Een dergelijk standpunt werd tevens ingenomen door Schmitt die in zijn kritiek op Kelsen duidelijk maakte dat de uitkomst van een stemprocedure (de helft plus één van de stemmen) nooit de kern kan zijn van democratie (zie paragraaf 6.5).¹²⁰³

Waar Schmitt de nadruk legt op de gezamenlijke wil die voorafgaand aan de verkiezingen al bestaat, legt Smend echter de nadruk op het politieke conflict – de irrationele natuur van het politieke conflict leidt op creatieve wijze tot de vorming van de eenheid binnen de Staat.¹²⁰⁴ Het gaat Smend dan ook niet om de uitkomst, maar om het *middel*. Waar Schmitt kritiek heeft op de uitkomst (de helft plus één na een verkiezing), heeft Smend kritiek op het middel: het creatieve conflict, dat de eenheid binnen de Staat dient te vormen, komt onder druk te staan.¹²⁰⁵ Volgens Smend werkt het systeem van proportionele vertegenwoordiging dit op twee manieren in de hand: ten eerste verdwijnt het creatieve debat uit het parlement, maar ten tweede wordt het ook steeds minder onderdeel van de verkiezingen.

Volgens Smend dient het uitoefenen van het kiesrecht een dialectisch doel, namelijk de politieke wil van de kiezers als geheel tot uitdrukking brengen. Dit proces wordt verstoord door politieke partijen die, zoals ik hierboven al aangaf, volgens Smend een te grote rol krijgen toebedeeld in het systeem van proportionele vertegenwoordiging: het zwaartepunt verschuift van de vorming van de gemeenschappelijke wil van het electoraat naar de politieke partij, die de keuze voor de burger in grote mate bepaalt. De persoonlijkheid van de gekozene wordt hiermee ook minder belangrijk – de kiezer stemt immers grotendeels op een partij in plaats van op de individuele vertegenwoordiger. Juist de persoonlijkheid van de vertegenwoordiger kan volgens Smend een integrerende waarde hebben (zie paragraaf 7.5). Volgens Smend is het dan ook voornamelijk middels lokale vertegenwoordiging –

¹²⁰¹ Smend 2010, p. 63.

¹²⁰² Smend 2010, p. 85.

¹²⁰³ Carl Schmitt, *Legality and Legitimacy* (Jeffrey Seitzer vert.), Durham/Londen: Duke University Press 2004, p. 30, 42, 44-45.

¹²⁰⁴ Cloyd 1991, p. 291.

¹²⁰⁵ Cloyd 1991, p. 292.

zoals in een districtenstelsel – dat beter recht kan worden gedaan aan het proces van dynamische wilsvorming.¹²⁰⁶

Verkiezingen zijn aldus een belangrijk moment in de democratie voor Smend; een moment van integratie bij uitstek. Verkiezingen dienen dan ook niet beschouwd te worden als procedures die ‘rationeel’ de wil van de gemeenschap weergeven of die dienen om de beste politieke leiders te kiezen (cf. Weber, zie paragraaf 3.3), maar ‘should rest upon such struggles, and under healthy political conditions the tensions were relieved by a healthy catharsis at the end [..]. *Participation*, not substantive outcome, was the constitutional purpose of the election’.¹²⁰⁷ Deze vorm van integratie, die Smend later functionele integratie zou noemen (zie paragraaf 7.5), kwam maar moeizaam tot stand in de massademocratie.¹²⁰⁸ Functionele integratie vindt namelijk grotendeels plaats via participatie en deze participatie had in de massademocratie een indirect karakter – de burger stemt op kleinere groepen en organisaties, die ook nog eens al een standpunt hebben ingenomen, voorafgaand aan de verkiezingen zelf.¹²⁰⁹ Met andere woorden, door het vormen van een spiegel van de samenleving werd de politieke participatie van burgers verkleind.¹²¹⁰

De nadruk die Smend hier legt op het belang van politieke participatie van de burgers, vertoont grote overeenkomsten met de opvattingen van de Franse filosoof Jean-Jacques Rousseau (1712-1778). Rousseau kan volgens de Britse politicoloog Carole Pateman (geb. 1940) ook wel ‘the theorist *par excellence* of participation’ worden genoemd.¹²¹¹ In paragraaf 5.4 kwam al aan de orde dat de staatsinstellingen, om rechtvaardig te zijn, volgens Rousseau gebaseerd dienen te zijn op de algemene wil.¹²¹² Om ervoor te zorgen dat de staatsinstellingen gebaseerd zijn op de algemene wil en niet op de ‘wil van allen’ [*volonté de tous*] – de optelsom van particuliere belangen – is participatie belangrijk.¹²¹³ Pateman verduidelijkt dit als volgt:

[..] participation is that men are to be ruled by the logic of the operation of the political situation that they had themselves created and that this situation was such that the possibility of the rule of individual men was automatically precluded.¹²¹⁴

Dit citaat illustreert dat participatie ervoor zorgt dat de burger geregeerd wordt door zichzelf (de algemene wil) en niet geregeerd wordt door een ander (de wil van allen). De participatie van burgers diende bij te dragen aan het ontwikkelen van bepaalde karaktereigenschappen die dit mogelijk

¹²⁰⁶ Cloyd 1991, p. 290.

¹²⁰⁷ Cloyd 1991, p. 315. Mijn cursivering.

¹²⁰⁸ Cloyd 1991, p. 316.

¹²⁰⁹ Cloyd 1991, p. 317.

¹²¹⁰ Cloyd 1991, p. 293.

¹²¹¹ Carole Pateman, *Participation and Democratic Theory*, Cambridge: Cambridge University Press 1970, p. 22.

¹²¹² Jean-Jacques Rousseau, *Het maatschappelijk verdrag* (Bert van Roermund vert.), Amsterdam: Boom 2015, p. 73.

¹²¹³ Rousseau 2015, p. 76-77.

¹²¹⁴ Pateman 1970, p. 23.

maken.¹²¹⁵ Hierdoor zit er uiteindelijk een ‘onderwijzend’ element in de participatie. Dit onderwijzende element is ook terug te zien bij de Engelse filosoof John Stuart Mill (1806-1873). Hoewel Mill, in tegenstelling tot Rousseau, geen voorstander is van een directe democratie,¹²¹⁶ ziet hij het onderwijzende element (‘its operation as an agency of national education’)¹²¹⁷ in deelneming aan democratische besluitvorming als belangrijkste onderdeel hiervan.¹²¹⁸ Hij acht dit van belang, omdat er zonder een bepaald gemeenschapsgevoel geen goede regering tot stand kan komen:

Whenever the general disposition of the people is such, that each individual regards only of his interests which are selfish, and does not dwell on, or concern himself for, his share of the general interests, in such a state of things good government is impossible.¹²¹⁹

Net als Rousseau, ziet Mill het belang van participatie in het ontwikkelen van een ‘sense of community’ waardoor het individu niet enkel zijn eigen wensen nastreeft.¹²²⁰ Ook de Franse aristocraat Alexis de Tocqueville (1805-1859) beschrijft een soortgelijke ‘sense of community’. Hij stelt dat de burger door actieve deelname aan het bestuur van de samenleving, in eigen kring, het belang stelt in zaken van zijn gemeente.¹²²¹ Hierdoor komt het gevoel tot stand dat, indien iemand het land aanvalt, het is, zoals Tocqueville beschrijft, alsof iemand de burger zelf aanvalt.¹²²² Hierdoor komt aldus een belangrijke vorm van eenheid tussen de Staat en burger tot stand – een soort gezamenlijke identiteit. Deze vormende identiteit is ook voor Smend van belang en net als Mill, Rousseau en Tocqueville komt deze identiteit volgens Smend bij uitstek tot stand door participatie.¹²²³

Duidelijk is in ieder geval dat het systeem van proportionele vertegenwoordiging de mogelijkheden tot dynamische integratie van de burger heeft bemoeilijkt. Smend gaat echter niet zo ver om te stellen dat het dialectische proces van wilsvorming volledig onmogelijk is geworden: er blijft volgens hem middels proportionele vertegenwoordiging wel een bepaalde vorm van dialectische integratie gewaarborgd. Het belangrijkste verschil tussen de oorspronkelijke bedoeling van het parlementaire systeem en de proportionele vertegenwoordiging in de Weimarrpubliek is dat het oorspronkelijk de bedoeling was dat er een gezamenlijk standpunt [*Gesamtergebnis*] van de kiezersgemeenschap tot stand zou komen, terwijl het nu voornamelijk gaat om het formuleren van een individueel standpunt. In Smends eigen woorden: “[z]war kämpfen die Parteien auch bei der Verhältniswahl um die Wählerstimmen, aber nur um die einzelnen Stimmen, nicht um ein

¹²¹⁵ Zie hiervoor Pateman 1970, p. 24-25.

¹²¹⁶ John Stuart Mill, ‘Considerations on Representative Government’, in: John Stuart Mill, *On Liberty, Utilitarianism and Other Essays*, Oxford: Oxford University Press 2015, p. 238.

¹²¹⁷ Mill 2015, p. 202.

¹²¹⁸ Mill 2015, p. 247-248.

¹²¹⁹ Mill 2015, p. 199.

¹²²⁰ Zie ook Mill 2015, p. 201, 203.

¹²²¹ Alexis de Tocqueville, *Over de democratie in Amerika* (Hessel Daalder & Steven van Luchene vert.), Rotterdam: Lemniscaat 2014, p. 258.

¹²²² Zie tevens Tocqueville 2014, p. 83-84.

¹²²³ Dit natuurlijk los van de verschillen tussen de voornoemde denkers, die buiten de bespreking van dit proefschrift vallen.

Gesamtergebnis der Merheitswillensbildung der Wählerschaft. Und damit geht ein Moment eigentümlicher schöpferischer politischer Dialektik verloren [...].¹²²⁴ Wederom is het belangrijk op te merken dat het voor Smend dus gaat om de vorming van het gemeenschappelijk belang van de gemeenschap, niet om het vormen van een individuele stem die wordt bijgeteld bij de verkiezingsuitslag van een politieke partij¹²²⁵ – waarbij de doelen al grotendeels vaststaan en de dialectische integratie aldus opnieuw wordt bemoeilijkt.

Duidelijk wordt dat de parlementaire democratie op twee manieren een bijdrage aan het integratieproces levert: door de verkiezingen zelf en daarna middels de strijd in het parlement.¹²²⁶ Beide worden door het systeem van proportionele vertegenwoordiging onvoldoende erkend. Ten eerste is de productieve strijd in het parlement grotendeels onmogelijk geworden door het bestaan van partijfracties. Daarnaast wordt door het systeem van proportionele vertegenwoordiging de nadruk op het individu gelegd en niet op de gemeenschap. Volgens Smend komt dit alles voort uit de statische benadering die wordt gekozen in de Weimargrondwet: er wordt vanuit gegaan dat er een politieke wil *is* en dat deze als zodanig kan worden weergegeven (met behulp van de spiegel-functie), niet dat de politieke wil *dynamisch* gevormd moet worden door het politieke spel.¹²²⁷ Het politieke aspect bij uitstek, het creatieve conflict, is volledig geïsoleerd van de verkiezingen – de burgers spelen geen rol in het creatieve conflict.¹²²⁸ Smend betoogt dan ook dat er behoefte is aan een sociologisch georiënteerde staatstheorie – een dergelijke staatstheorie zou meer recht doen aan het irrationele, subjectieve karakter van een werkende constitutie.¹²²⁹

Deze nadruk op een sociologisch georiënteerde staatstheorie, die zich bezighoudt met het werkelijke leven en het dynamische politieke conflict staat in schiel contrast met de theorie van Kelsen. Kelsen richt zich bij uitstek tegen dit sociologische onderdeel van de Staat: de Staat is volgens hem een geheel van normen [*Sollen*], die met de (sociologische) werkelijkheid [*Sein*] niets van doen hebben. Er is tevens een verschil te zien met de theorie van Schmitt. Schmitt gaat ervan uit dat er een pre-statelijke wil bestaat, die direct vertegenwoordigd kan worden. Volgens Smend is er geen pre-statelijke wil, maar kan de statelijke wil enkel gevormd worden door de deelname van burgers aan het politieke spel. Hier kan opnieuw de nadruk van Smend op de soevereiniteit van *onder* worden waargenomen. Duidelijk wordt dat voor Smend participatie binnen de democratie een belangrijke rol speelt.

¹²²⁴ Smend 2002, p. 64.

¹²²⁵ Smend 2020, p. 65.

¹²²⁶ Smend 2002, p. 66.

¹²²⁷ Cloyd 1991, p. 290.

¹²²⁸ Cloyd 1991, p. 294.

¹²²⁹ Smend 2002, p. 67.

§ 7.4. Smend over de regering en grondrechten

In de vorige paragraaf werd duidelijk dat Smend de nadruk legt op de rol van burgers in een democratie, door middel van participatie in het democratisch proces. Hierdoor wordt een dialectisch proces van integratie mogelijk waardoor de burger en de statelijke identiteit zich beide vormen. Zoals gezegd, komt dit proces onder druk te staan wanneer het irrationele, subjectieve karakter van de constitutie onvoldoende wordt erkend. Dit laatste draagt er volgens Smend tevens aan bij dat er afbreuk wordt gedaan aan de betekenis van de uitvoerende macht. Dit probleem stelt hij aan de orde in de tekst *Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform* (1923).

Hij beschrijft dat de neiging bestaat om de ‘sociale’, ‘meta-juridische’ of ‘politieke’ betekenis van statelijke functies aan de kant te schuiven en deze tot formele criteria te reduceren. Ik benadrukte in de vorige paragraaf dat dit iets is dat Kelsen zou toejuichen. Volgens Smend is het echter problematisch: op basis van deze formele definities wordt een (abstract) beeld geschetst van wat (bijvoorbeeld) een regering is, maar wordt er onvoldoende gekeken naar de *politieke* betekenis. Dit is het gevolg van de rationalistische benaderingswijze, die is ontstaan in de negentiende eeuw.¹²³⁰ Juist bij de regering – de uitvoerende macht – is het van belang om ook de politieke functie in ogenschouw te nemen, aangezien deze bij uitstek dient ter vorming van de statelijke individualiteit (met andere woorden, de specifieke kenmerken van de Staat).

Smend vergelijkt de vorming van de specifieke kenmerken van de Staat met de ontwikkeling van het karakter van een individu:¹²³¹

Die Einheit der Persönlichkeit wird aus dem natürlichen Menschen heraus einerseits dadurch entwickelt, daß das isolierte Handeln und geistige Leben, bewußt oder unbewußt, in Akten der Wirklichkeits- oder der bloßen Selbstgestaltung, fortdauerend diese Einheit herstellt, betätigt, bewußt macht, forbildet, andererseits dadurch, daß die Einzelpersönlichkeit ihre Aufgabe, ihre Eigenart, ihren Lebenssinn in der Auseinandersetzung mit der Umwelt findet und behauptet.¹²³²

Met andere woorden, het individu ontwikkelt door zijn handelen, waardoor het in contact komt en staat met de werkelijkheid, zijn karakter. Dit geldt ook voor de staat, deze verkrijgt zijn individualiteit en identiteit door zijn bewuste handelen in de politiek.¹²³³ Verkiezingen, debatten in het parlement (zie de vorige paragraaf), maar ook het vaststellen van het regeringsprogramma en de verhouding tot andere staten zijn bij uitstek handelingen waarin het karakter van de staat tot stand komt.¹²³⁴ Louter formele criteria – zonder politieke en inhoudelijke betekenis – kunnen deze functies niet tot stand brengen en doen afbreuk aan het karakter van de staat.¹²³⁵

¹²³⁰ Smend 2010, p. 78.

¹²³¹ Smend 2010, p. 80.

¹²³² Smend 2010, p. 80-81.

¹²³³ Zie Thornhill 2007, p. 275.

¹²³⁴ Smend 2010, p. 81.

¹²³⁵ Zie Smend 2010, p. 81-83.

Behalve de formalistische interpretatie van de functie van de regering worden volgens Smend ook verschillende individuele artikelen in de Grondwet op formalistische wijze geïnterpreteerd. In de tekst *Das Recht der freien Meinungsäußerung* (1928) bespreekt Smend de consequenties van een dergelijke denkwijze: het leidt ertoe dat de schijnbare tegenstelling tussen verschillende grondrechten wordt overbrugd door deze grondrechten te beschouwen als zowel de som als de uitkomst van talrijke regels en wetten.¹²³⁶ Ten eerste kan er volgens Smend geen tegenstelling bestaan tussen verschillende grondrechten, aangezien de interpretatie van deze grondrechten leidt tot de totale eenheid van de constitutie. Ten tweede kan er nooit een definitieve interpretatie van een grondrecht bestaan, aangezien hiermee afbreuk wordt gedaan aan het dynamische karakter van interpretatie. Smend betoogt dat deze manier van kijken naar de constitutie wederom een wijze van statische interpretatie is: de Grondwet als vaststaande identiteit – hetgeen geen recht doet aan de voortdurende integratie, die juist leidt tot het beeld van de Grondwet als substantie die zich steeds hernieuwt en er op deze manier voor zorgt dat de Duitse Staat zich kan ontwikkelen als levende entiteit.¹²³⁷

Zoals een Grondwet niet bestaat uit de simpele optelsom van Grondrechten, die op hun beurt niet worden gevormd door een optelsom van regels en wetten, wordt democratie tevens niet gevormd door de optelsom van individuele belangen. In de vorige paragraaf kwam al aan de orde dat het karakter van de democratie gelegen is in de waarden van de volksgemeenschap en de eenheid die binnen de volksgemeenschap bestaat.¹²³⁸ Deze eenheid wordt versterkt door het integrerende proces, dat bijvoorbeeld door participatie wordt gevormd. Dit karakter van de volksgemeenschap krijgt mede vorm door de Grondwet en de verschillende grondrechten.¹²³⁹ Grondrechten dienen dan ook beschouwd te worden als hulpmiddelen om een collectieve identiteit te vormen. Hiermee zijn grondrechten, in de woorden van Cloyd, ‘socially constructive’.¹²⁴⁰ Smend zelf legt dit uit met de voorbeelden van de artikelen 118 (vrijheid van meningsuiting) en artikel 142 (academische vrijheid).¹²⁴¹

Volgens Smend zijn een aantal grondrechten voor de vorming van de statelijke identiteit en eenheid van de volksgemeenschap extra van belang. Dit geldt bijvoorbeeld voor artikel 3 van de Weimargrondwet. In dit artikel zijn de kleuren van de Weimarrepubliek opgenomen. Dit artikel is volgens Smend specifiek van belang vanwege zijn integrerende functie: de kleuren van de vlag maken dat het individu zich kan identificeren met de Staat.¹²⁴² In de Weimarrepubliek wordt onvoldoende nadruk gelegd op het belang van dit artikel – hetgeen merkwaardig is aangezien dit, volgens Smend niet voor niets, aan het begin van de Grondwet is opgenomen. In de Weimarrepubliek bestond een

¹²³⁶ Smend 2010, p. 90.

¹²³⁷ Smend 2010, p. 91.

¹²³⁸ Smend 2010, p. 93.

¹²³⁹ Smend 2010, p. 94.

¹²⁴⁰ Cloyd 1991, p. 303.

¹²⁴¹ Cloyd 1991, p. 304. Zie tevens Smend 2010, p. 95 e.v.

¹²⁴² Smend 2010, p. 94.

groot gebrek aan de integrerende werking van de vlag: onder invloed van de crises keerden de tegenstanders van de Republiek zich juist steeds verder van de Weimardemocratie af en gebruikten zij bijvoorbeeld de vlag van het Tweede Keizerrijk als symbool voor de wens van een conservatieve revolutie (zie bijvoorbeeld paragraaf 2.5.1).

§ 7.5. Integratie als belangrijk aspect van politieke theorie

De integratietheorie van Smend, waar ik al in de eerder besproken teksten aan refereerde, komt volledig tot ontwikkeling in *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928): zijn belangrijkste werk uit de Weimarrepubliek. Hij brengt hier een organische staatstheorie tot stand, waarin individuen middels een dialectisch proces tot statelijke eenheid – tot een gemeenschap – worden en waarbij deze statelijke gemeenschap op zijn beurt bijdraagt aan de vorming van de individuen. In de woorden van Koriouth: “[i]ntegration’ means the continuous, unifying joinder of citizens in a state, not in the sense of a hypothetical or historical social contract, but in that of the citizens’ spiritual experience of belonging and spiritual union”.¹²⁴³ *Verfassung und Verfassungsrecht* bestaat uit drie delen. In het eerste deel zet Smend zijn filosofische theorie betreffende de Staat uiteen, in het tweede deel gaat hij in op de betekenis en de functie van de constitutie en in het derde deel beschrijft hij de concrete gevolgen van zijn theorie voor de interpretatie van de Weimargrondwet.¹²⁴⁴ In deze paragraaf staan deze tekst en de integratieleer van Smend centraal.

In het eerste deel van het boek wordt duidelijk dat Smend in de eerste plaats kritiek heeft op de opvatting dat de Staat geen onderdeel van de werkelijkheid is.¹²⁴⁵ In hoofdstuk 5 werd duidelijk dat dit een verwijzing is naar de opvatting van Kelsen, die de staat beschouwt als een geheel van normen dat hiermee enkel behoort tot de wereld van het *Sollen*. De staat, als normatief geheel, dient strikt te worden onderscheiden van de werkelijkheid; het *Sein*.¹²⁴⁶ Volgens Smend is dit onjuist en is de staat bij uitstek een onderdeel van de werkelijkheid. De staat is een onderdeel van de sociale werkelijkheid dat ervoor zorgt dat zowel het individu als de staat zijn identiteit kan vormen. Smend is het echter wel eens met het betoog van Kelsen over de eenheid binnen de staat: waar het wetspositivisme uitging van tegenstellingen tussen individu en gemeenschap, individu en staat en individu en collectief, gaat zowel Kelsen¹²⁴⁷ als Smend ervan uit dat deze categorieën een geheel vormen. Volgens Smend staan deze categorieën in een dialectische relatie tot elkaar, die uiteindelijk gericht is op het vormen van eenheid.¹²⁴⁸ Zoals duidelijk werd in het vorige hoofdstuk, is de eenheid binnen de staat voor Schmitt eveneens belangrijk. Echter, deze eenheid binnen de staat kan niet gebaseerd worden op een

¹²⁴³ Koriouth 2002, p. 210.

¹²⁴⁴ Koriouth 2002, p. 208-209.

¹²⁴⁵ Smend 2010, p. 122.

¹²⁴⁶ Zie bijvoorbeeld Hans Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal theory* (vertaling van de eerste editie *Reine Rechtslehre* (1934), Bonnie Litschewski & Stanley Paulson vert.), Oxford: Clarendon Press 2002, p. 22.

¹²⁴⁷ Zie voor deze opvatting Kelsen 2002, p. 37-38, 94.

¹²⁴⁸ Smend 2010, p. 126, 128.

transcendent fundament¹²⁴⁹ – essentieel is voor Smend de vorming van substantiële steunpunten [*substantiellen Stützpunkte*] voor het geestelijke en sociale leven, die voortkomen uit dit geestelijke en sociale leven zelf (ergo, op immanente wijze).¹²⁵⁰

De hiervoor genoemde substantiële steunpunten zijn zowel voor de staat als voor het individu van belang. Voor het individu betekent het bestaan van de staat namelijk de mogelijkheid tot zelfbepaling en zelfontwerp – met andere woorden, het betekent de mogelijkheid tot de vorming van zijn identiteit.¹²⁵¹ De staat heeft, zoals hierboven al kort aan de orde kwam, volgens Smend veel overeenkomsten met het individu.¹²⁵² Net als het individu, maakt de Staat deel uit van de geestelijke werkelijkheid: een werkelijkheid die wordt gekenmerkt door voortdurende actualisering en reproductie. Met andere woorden, een werkelijkheid die wordt gevormd door (dialectische) integratie.¹²⁵³ Volgens Smend is deze integratie een doorlopend proces dat nooit volledig ten einde komt en nooit volledig is afgerond.¹²⁵⁴ De wederzijdse vorming van individu en staat leidt tot de conclusie dat de staat het karakter van een soeverein wilsverband heeft: de wil van de staat wordt aldus gevormd door de individuen die hier deel van uitmaken en op zijn beurt wordt de individuele wil gevormd door de interactie met de gemeenschap. De vraag rijst hoe deze wederzijdse vorming mogelijk wordt. Volgens Smend door drie verschillende vormen van integratie: persoonlijke integratie, functionele integratie en zakelijke integratie.¹²⁵⁵

De eerste categorie, persoonlijke integratie, wordt bij uitstek mogelijk door de persoon van de leider [*Führer*]. Ik beschreef in paragraaf 7.2 al dat Smend kritiek heeft op het liberalisme. Deze kritiek komt naar voren in zijn bespreking van de persoonlijke integratie. Een dergelijke vorm van integratie kan volgens Smend niet tot stand komen middels de mechanische opvatting van het liberalisme, waarbij degenen die worden geleid enkel worden beschouwd als massa, waarop van buiten kracht kan worden uitgeoefend: hierdoor wordt geen ruimte geboden aan productiviteit en spontaniteit van de individuen die deel uitmaken van de massa. Deze productiviteit en spontaniteit is juist kenmerkend voor het geestelijk leven en wordt gestimuleerd door de leider.¹²⁵⁶

Daarbij is de leider essentieel voor de vertegenwoordiging of belichaming van het volk als geheel – hetgeen bijdraagt aan de vorming van de gezamenlijke identiteit van het volk.¹²⁵⁷ Smend beschrijft dat dit vooral in de monarchische staatsvorm duidelijk wordt, waar het staatshoofd een belangrijkere rol vervult dan in de democratische staatsvorm. Volgens Smend zijn de daden van

¹²⁴⁹ Zie bijvoorbeeld Carl Schmitt, *Political Theology. Four chapters on the concept of sovereignty* (George Schwab vert.), Chicago/Londen: The University of Chicago Press 2005, p. 15, 30.

¹²⁵⁰ Smend 2010, p. 129.

¹²⁵¹ Smend 2010, p. 131.

¹²⁵² Smend 2010, p. 138.

¹²⁵³ Smend 2010, p. 136.

¹²⁵⁴ Smend 2010, p. 136.

¹²⁵⁵ Smend 2010, p. 142.

¹²⁵⁶ Smend 2010, p. 143.

¹²⁵⁷ Smend 2010, p. 144.

verering van het staatshoofd niet per se een verering van deze persoon alleen, maar ook een daad van zelfbewustzijn van het volk; van actualisering en vernieuwing van dit zelfbewustzijn.¹²⁵⁸

Bovenstaande toont bij uitstek het dynamische karakter van integratie aan: de wederzijdse beïnvloeding van symbolen van de Staat – in dit geval het staatshoofd ofwel de leider van het land – op het volk waardoor de spontaniteit en productiviteit van het geestelijk leven wordt gestimuleerd.

Het is niet enkel het staatshoofd dat bijdraagt aan de integrerende werking. De ambtenaren van de bureaucratie en de rechterlijke macht behoren ook tot de cirkel van personen met een integrerende werking. Smend wijst het oordeel van Weber dat zij als technische functionarissen enkel onderdeel zijn van een rationele machine af. Zij zijn tevens geen ziellose wezens. Het zijn juist bezielde wezens wiens ‘tätigkeit eine Funktion [ist] innerhalb eines geistigen Ganses, werd von dem Ganzen her bestimmt, orientiert sich danach und wirkt wesensbestimmend auf das Ganze zurück’.¹²⁵⁹ Uit deze opvatting van Smend over de rechter blijkt dat hij een zuiver formalistische opvatting van het recht afwijst. De rechter dient niet enkel te kijken naar de tekst van de wet, maar ook naar de functie van de wet binnen ‘eines geistigen Ganses’, oftewel binnen de Staat als geheel. Hiermee draagt de rechter als persoon bij aan de (persoonlijke) integratie. Zoals in paragraaf 5.5 aan de orde kwam, is het beeld van de rechter als ‘onbezield wezen’ of ‘willoos wezen’¹²⁶⁰ waar Smend aan refereert een gevolg van het legisme van Montesquieu. Dit legisme, dat kenmerkend is voor de ideale republikeinse staatsvorm van Montesquieu, is een gevolg van een strenge scheiding van de verschillende staatsmachten – een opvatting die volgens Montesquieu de vrijheid zo veel mogelijk waarborgt aangezien willekeur wordt voorkomen.¹²⁶¹ Volgens Smend doet dit afbreuk aan de integrerende functie die de ambtenaren van de Staat (en dus ook rechters!) hebben.

Naast deze persoonlijke vorm van integratie, is er de functionele integratie die wordt gevormd door het geheel van collectieve levensvormen.¹²⁶² Een collectieve levensvorm is volgens Smend hetgeen dat burgers gezamenlijk doen of iets dat zij gezamenlijk uitoefenen en waardoor zij zich onderdeel voelen van de Staat als geheel. Het krijgt voornamelijk gestalte door bepaalde bewegingen [*Vorgänge*] van het volk die functioneren als ‘Produktions-, Aktualisierungs-, Erneuerungs-, Weiterbildungprozesse des Sinnsgehalt’.¹²⁶³ Smend noemt als voorbeelden marcheren of demonstreren.¹²⁶⁴ Volgens Smend is de massademocratie maar in beperkte mate in staat om deze vorm van integratie tot stand te brengen. Hij vergelijkt de massademocratie dan ook met het fascisme, dat

¹²⁵⁸ Smend 2010, p. 145.

¹²⁵⁹ Smend 2010, p. 146.

¹²⁶⁰ De Nederlandse vertaling van Montesquieu spreekt van ‘willoos wezen’ in plaats van ‘onbezield wezen’. De vertaling onbezield wezen komt dichterbij het Franse ‘être inanimé’.

¹²⁶¹ Zie Charles Louis de Montesquieu, *Over de geest van de wetten* (J. Holierhoek vert.), Amsterdam: Boom Amsterdam 2006, p. 220, 227.

¹²⁶² Smend 2010, p. 148.

¹²⁶³ Smend 2010, p. 150. Zie tevens p. 154.

¹²⁶⁴ Zie tevens Caldwell 1997, p. 125.

volgens hem veel beter in staat is een dergelijke vorm van functionele integratie tot stand te brengen.¹²⁶⁵ In een fascistische staat wordt het individu door directe actie betrokken bij het politieke leven – door corporatisme, militarisme, mythen en andere technieken.¹²⁶⁶ De Engelse journalist Nicholas Farrell (geb. x) onderschrijft dit betoog van Smend in het voorwoord van zijn boek *Mussolini. A New Life* (2003):

He [Mussolini] and Fascism had mass appeal because unlike democracy, especially Italian democracy, they got things done and unlike democracy they transformed politics into a form of religion – from an isolated act involving the ballot box to a daily act of religious faith.¹²⁶⁷

Smends idee dat proportionele vertegenwoordiging leidt tot isolering van het individu en afbreuk doet aan de integrerende eenheid (zie paragraaf 7.2) en dat het fascisme beter in staat is dit proces van functionele integratie te bewerkstelligen, komt hier duidelijk naar voren. De persoonlijkheidscultus rondom Mussolini¹²⁶⁸ en het belang van symbolen¹²⁶⁹ waar de Britse historicus Peter Neville op wijst zijn belangrijke voorbeelden van persoonlijke en zakelijke integratie.

Toch kent ook de massademocratie momenten van functionele integratie, zoals het sluiten van verdragen, het meerderheidsprincipe of het houden van verkiezingen (het belang van verkiezingen kwam al aan de orde in paragraaf 7.3).¹²⁷⁰ Smend beschrijft dat het meerderheidsprincipe binnen de democratie vaak verkeerd wordt begrepen en wordt uitgelegd als de rationele uitwerking van de wil van de gemeenschap of een verloren geloof in de juistheid van een besluit. Dit is terug te zien in de kritiek van Schmitt op het meerderheidsprincipe zoals dit door Kelsen wordt vertegenwoordigd. Dit leidt volgens hem tot de mogelijkheid van de ‘tirannie van de 51%-meerderheid’, een meerderheid die het volk als geheel niet meer vertegenwoordigt.¹²⁷¹

Smend is het hier niet mee eens. Hij is van mening dat de politieke strijd voorafgaand aan de vorming van de meerderheid juist betekent dat de minderheid de spanning verliest en zich daarna kan schikken in het oordeel van de meerderheid: “[d]as Erlebnis beim Austrage innerpolitischen Kämpf ist bei gesunden politischen Verhältnissen das einer wolthuenden Entladung von Spannungen, einer Katharsis, ähnlich wie beim Ausgang eines Spieles”.¹²⁷² De diepere grond is de overtuiging van de juiste uitkomst van de catharsis.¹²⁷³ Het zorgt ervoor dat het individu beseft dat hij tot de gemeenschap behoort, of hij nu voor de meerderheid of minderheid heeft gestemd. Het gaat uiteindelijk dus om de participatie van het individu in de verkiezingen en de politieke strijd (zie tevens paragraaf 7.3).¹²⁷⁴

¹²⁶⁵ Smend 2010, p. 149. Zie tevens Cloyd 1991, p. 316.

¹²⁶⁶ Smend 2010, p. 159.

¹²⁶⁷ Nicholas Farrell, *Mussolini. A New Life*, New York: Sharpe Books 2018, p. 2.

¹²⁶⁸ Peter Neville, *Mussolini* (Rob Hartmans vert.), Amsterdam: Uitgeverij Veen Media 2015, p. 152.

¹²⁶⁹ Neville 2015, p. 169.

¹²⁷⁰ Smend 2010, p. 150. Zie tevens p. 154.

¹²⁷¹ Schmitt 2004, p. 30.

¹²⁷² Smend 2010, p. 151.

¹²⁷³ Smend 2010, p. 151.

¹²⁷⁴ Cloyd 1991, p. 316.

Hiermee wordt de integrerende werking van het parlement bij uitstek duidelijk: het individu dat wellicht behoorde tot een politieke minderheid krijgt middels deelname aan verkiezingen (de politieke strijd) de mogelijkheid tot integratie met de meerderheid.

Smend gaat ook in op de discussie die zich heeft afgespeeld tussen Schmitt en de Duitse rechtsgeleerde Richard Thoma (1874-1957) over het wezen van de parlementaire staatsvorm. In paragraaf 6.4 kwam aan de orde dat het parlement volgens Schmitt zijn oorspronkelijke intellectuele grondslagen van openheid en discussie is verloren. Hiermee is tevens de politieke strijd om tot waarheid en gerechtigheid te komen verloren gegaan.¹²⁷⁵ Volgens Smend schetst Schmitt hiermee een verkeerd beeld van wat de parlementaire staatsvorm wezenlijk is: het gaat niet om het komen tot de waarheid of gerechtigheid, maar om de integrerende functie die het parlement heeft. Net als Smend, verwijt Thoma Schmitt dat hij te veel waarde hecht aan de ideologische grondslagen, die hij bovendien bekijkt zonder rekening te houden met hun ontwikkeling door de tijd.¹²⁷⁶ Smend en Thoma zijn beiden van mening dat de waarde van een statelijke instantie niet te maken heeft met de ideologie waar deze op gebaseerd is, maar beoordeeld dient te worden op haar vitaliteit en kracht.¹²⁷⁷

Naast verkiezingen en participatie van het individu in de politieke staat, zijn ook parlementaire debatten, het formeren van een kabinet of het formuleren van een regeringsbeleid integrerende delen van de Staat. Echter draait het Smend, in tegenstelling tot Max Weber, niet om het nemen van goede besluiten of het worden tot goede leiders, maar om de dialectische functie die zij vervullen.¹²⁷⁸ Het doel is ‘integrieren, d.h. schaffen zu ihrem Teile die jeweilige politische Individualität des Volksganzen und damit die Voraussetzung für sein rechtlich faßbares, inhaltlich gutes oder schlechtes Tätigwerden’.¹²⁷⁹ Deze dialectische functie hangt samen met de rol van de meerderheid, die hierboven aan de orde kwam: indien deze integrerende kracht heeft, komt dit uiteindelijk ten goede aan de gehele gemeenschap. De integrerende kracht van de meerderheid kan worden afgemeten aan de vorming van een waardengemeenschap.¹²⁸⁰

Tot slot is er de derde categorie van integratie: de zakelijke integratie. Deze vorm van integratie heeft betrekking op de opvatting dat de staat er is om gemeenschappelijke doelen te behartigen of dat het bestaan van de staat door het bestaan van gemeenschappelijke doelen wordt gerechtvaardigd.¹²⁸¹ Door deze doelen wordt de staat gevormd als totaliteit of eenheid. Smend beschrijft dit als volgt: “[...] das Staatsleben als Ganzes nicht eine Summe, sondern eine individuelle Einheit, eine Totalität ist, bestimmt durch die Konkretisierung objectiver Wertgesetzmäßigkeiten in

¹²⁷⁵ Schmitt 1985, p. 34, 49-50.

¹²⁷⁶ Richard Thoma, ‘Appendix: On the Ideology of Parliamentarism (1925)’, in: Carl Schmitt, *The crisis of parliamentary democracy* (Ellen Kennedy vert.), Cambridge/MA: The MIT Press 1985, p. 77.

¹²⁷⁷ Smend 2010, p. 152.

¹²⁷⁸ Smend 2010, p. 154.

¹²⁷⁹ Smend 2010, p. 154.

¹²⁸⁰ Smend 2010, p. 155.

¹²⁸¹ Smend 2010, p. 160.

diesen konkreten geschichtlichen Verhältnissen”.¹²⁸² Om op deze manier integrerend te werken, dienen de individuen als eenheid te worden gerepresenteerd door politieke symbolen zoals vlaggen, wapens, staatshoofden en nationale feestdagen. In tegenstelling tot de persoonlijke integratie, waarbij het bij het staatshoofd gaat om de verbinding door het geven van leiding en de functionele integratie, waarbij het bij een nationaal feest gaat om de deelname aan dit feest, gaat het hier om de directe representatie van de staat door het bestaan van het symbool. Deze symbolen geven het gezamenlijke verleden en de toekomst van het land tegelijk weer en hebben daarom een integrerende werking.¹²⁸³ Het belang van deze symbolen wordt in het bijzonder duidelijk in de tegenstelling tot andere landen.¹²⁸⁴

Deze vorm van integratie hangt volgens Smend ook bij uitstek samen met het leefgebied [*Lebensraum*]¹²⁸⁵ waarop het statelijke leven plaatsvindt: het staatsgebied, de grenzen en de kenmerken van het landschap – de geografische kenmerken van de staat.¹²⁸⁶ Deze geografische kenmerken zorgen op meerdere manieren voor integratie: ten eerste door de verdediging en bewerking van het land. Daarnaast is het grondgebied het totale bezit van een staat en volk en staat hiermee symbool voor de Staat als geheel als *Vaterland* en *Heimat*:¹²⁸⁷ “[m]it dieser Funktion tritt das Gebiet in die Reihe der integrierenden Symbolisierungen einer unformulierbaren Wertfülle, einer Werttotalität, und zwar an die ersten Stelle dieser Reihe”.¹²⁸⁸ Tot slot is de Grondwet volgens Smend nog van belang in het kader van zakelijke integratie indien zij de volgende zaken vastlegt: gebied, kleuren en wapens, staatsvorm en staatskarakter.¹²⁸⁹

Volgens Smend hangen alle drie de vormen van integratie met elkaar samen: de werkelijkheid van het statelijke leven is de steeds voortdurende productie van zijn werkelijkheid als soeverein wilsverband en deze werkelijkheid draagt bij aan de integratie.¹²⁹⁰ Volgens Smend wordt de integratie in de moderne tijd wel bemoeilijkt door het verval van de onproblematische en natuurlijke waardengemeenschap die in de middeleeuwen bestond. De moderne mens is volgens Smend geen mens zonder waarde of substantie, maar een mens zonder gemeenschappelijke en traditionele waarden, die noodzakelijk zijn voor een statelijke culturele en sociale orde. Daarom is integratie in de moderne massastaat juist zo belangrijk.¹²⁹¹ Het doel van Smends teksten is dan ook voornamelijk het

¹²⁸² Smend 2010, p. 162.

¹²⁸³ Smend 2010, p. 167.

¹²⁸⁴ Smend 2010, p. 163.

¹²⁸⁵ Hoewel deze term later, onder invloed van de nazi's een negatieve connotatie verwierf, heeft Smend hier enkel het geografische territorium op het oog.

¹²⁸⁶ Smend 2010, p. 168.

¹²⁸⁷ Smend 2010, p. 169.

¹²⁸⁸ Smend 2010, p. 170.

¹²⁸⁹ Smend 2010, p. 170.

¹²⁹⁰ Smend 2010, p. 171.

¹²⁹¹ Smend 2010, p. 172.

benadrukken van het belang van een gemeenschappelijke waardencultuur (en de integratie die hiervoor nodig is).

§ 7.6. *Het wezen van de constitutie*

Volgens Smend is het bestaan van de Grondwet en de uitleg van deze Grondwet van groot belang voor de integratie. De Grondwet is een belangrijk onderdeel voor de rechtsorde dat zich van andere wetten onderscheidt vanwege haar politieke karakter.¹²⁹² De uitleg van deze Grondwet, die volgens Smend wordt gevormd door het gezamenlijke politieke leven in de Staat,¹²⁹³ staat centraal in de voorliggende paragraaf.

In tegenstelling tot het positivisme of formalisme dat zich wat betreft de Grondwet van de staat enkel op wetten baseert, gaat het volgens Smend bij de interpretatie van de Grondwet om het weergeven van politieke krachten die onafhankelijk van wetsartikelen bestaan. De belangrijkste vraag die centraal staat wat betreft de Grondwet is de vraag naar het *wezen* van de Staat.¹²⁹⁴ Dit wezen van de Staat wordt gevormd door zowel wetsartikelen als politieke krachten en daarnaast door hun onderlinge verhouding: “[h]ier handelt es sich um die Einheit der Staatsverfassung als ideelles Sinnsystem, für dessen Erassung mit Recht die Einbeziehung auch jener ‘soziologische Kräfte’ neben dem geschriebenen Verfassungstext gefordert wird – also um ein Sonderproblem dieses geisteswissenschaftliche Sondergebiets”.¹²⁹⁵ Hier wordt opnieuw het contrast met Kelsen duidelijk, aangezien Smend refereert aan sociologische krachten – krachten die volgens Kelsen juist moeten worden geweerd wanneer het gaat om de interpretatie van wetten.

In de vorige paragraaf besprak ik al dat het gezamenlijke politieke leven het belangrijkste doel is van de integratietheorie van Smend. Dit gezamenlijke politieke leven krijgt bij uitstek vorm middels de Grondwet waarin de Staat zijn levenswerkelijkheid heeft.¹²⁹⁶ Deze levenswerkelijkheid maakt het integratieproces mogelijk – een integratieproces dat zich niet alleen op de enkeling, maar op de gemeenschap als geheel richt (op de totaliteit van de Staat).¹²⁹⁷ De Grondwet zorgt er bij uitstek voor dat de wisselwerking tussen het individu en de gemeenschap kan plaatsvinden en maakt daarom integratie mogelijk.¹²⁹⁸ Deze integratie zorgt er mede voor dat de Grondwet volgens Smend een elastisch en geen statisch karakter heeft: door het constitutionele leven en de interactie tussen individu

¹²⁹² Smend 2010, p. 238.

¹²⁹³ Smend 2010, p. 187.

¹²⁹⁴ Smend 2010, p. 188.

¹²⁹⁵ Smend 2010, p. 188-189.

¹²⁹⁶ Smend 2010, p. 189.

¹²⁹⁷ Smend 2010, p. 190.

¹²⁹⁸ Smend 2010, p. 191.

en gemeenschap vindt de constitutie zich steeds opnieuw uit.¹²⁹⁹ Hierover kom ik verderop in deze paragraaf uitgebreider te spreken.

Aangezien de totaliteit van de staat voor Smend zo belangrijk is, richt hij zich tegen de opvatting – die wordt voorgestaan door onder andere Schmitt¹³⁰⁰ en Gerhard Anschütz¹³⁰¹ – dat de verschillende delen van de Grondwet met elkaar in tegenspraak zijn. Volgens Smend is de Grondwet één geheel, dat er juist als geheel voor kan zorgen dat de voor hem zo belangrijke integratie kan plaatsvinden.¹³⁰² De vergelijking met Schmitt op dit punt is interessant. In paragraaf 6.5 kwam aan de orde dat Schmitt ervan uit gaat dat er een politieke wil bestaat *voorafgaand* aan de Grondwet.¹³⁰³ Met andere woorden, er bestaat al een politieke wil voordat de Grondwet als document tot stand komt. Volgens Schmitt komt deze politieke wil bij uitstek tot stand in de artikelen in de Weimargrondwet die de democratie, de republikeinse staatsvorm, de (burgerlijke) rechtsstaat en de parlementaire vertegenwoordiging regelen.¹³⁰⁴ Deze artikelen regelen de existentiële beslissingen en dienen volgens Schmitt extra beschermd te worden. Hieruit blijkt tevens het statische karakter van de Grondwet volgens Schmitt: de beslissingen zijn eenmaal genomen en dienen als zodanig gehandhaafd te worden.

Voor Smend is de politieke wil binnen de Staat tevens van belang. Echter, deze politieke wil is niet iets dat voorafgaat aan de Grondwet ('jede Auffassung ablehnen [muss], die den Staat als eine irgendwie (meist völlig unklar) gegeben Substanz'),¹³⁰⁵ maar iets dat gevormd wordt *gedurende* het constitutionele leven zelf. Met andere woorden, de artikelen in de Grondwet maken het mogelijk dat de politieke wil van het volk gevormd worden in plaats van dat de politieke wil aan de basis ligt van de Constitutie. Smend is dus juist een tegenstander van het bestaan van een statische politieke wil en ziet de constitutie hiermee juist als middel om de politieke wil te vormen. Het immanente karakter van integratie wordt in deze vergelijking duidelijk.

Waar Schmitt de nadruk legt op bepaalde existentiële beslissingen in de Grondwet, dient de Grondwet voor Smend te worden gezien als een geheel – in dit geheel zijn bepaalde (existentiële) artikelen niet belangrijker dan andere, maar maakt juist het geheel de integratie mogelijk. Dat betekent niet dat bepaalde artikelen niet in meerdere mate bijdragen aan integratie dan andere. Het eerste deel van de Grondwet, waarin de verschillende staatsorganen worden beschreven, is bijvoorbeeld juist belangrijk voor de persoonlijke integratie van de Staat.¹³⁰⁶ Dit eerste deel van de Grondwet geeft bij uitstek het politieke karakter van de Staat aan, omdat 'es sich um Lebensgesetz einer Konkretheit

¹²⁹⁹ Smend 2010, p. 192. Smend beschrijft dat hij zich bij uitstek verzet tegen de constitutionele theorie van Max Weber die de constitutie voorstelt als mechanisch, geobjectiveerd en technisch apparaat dat erop toeziet om bepaalde doelen te verwezenlijken (zie Smend 2010, p. 196).

¹³⁰⁰ Schmitt 2008, p. 83-84.

¹³⁰¹ Cloyd 1991, p. 304.

¹³⁰² Smend 2010, p. 198.

¹³⁰³ Carl Schmitt, *Constitutional Theory* (Jeffrey Seitzer vert.), Durham: Duke University Press 2008, p. 76, 78.

¹³⁰⁴ Schmitt 2008, p. 77-78.

¹³⁰⁵ Smend 2010, p. 205.

¹³⁰⁶ Smend 2010, p. 198.

handelt und zwar, da diese Konkretheit nicht eine Statue, sondern ein einheitlicher, diese Wirklichkeit immer von neuem herstellender Lebensprozeß ist, um das Gesetz ihrer Integration'.¹³⁰⁷ Hoewel Smend er dus vanuit gaat dat de verschillende artikelen van de Grondwet een eenheid vormen, is het wel noodzakelijk om vast te stellen dat deze artikelen niet voor niets vooraan in de Grondwet zijn opgenomen: deze artikelen vestigen en bepalen het politieke karakter van de Staat en maken integratie – middels de andere artikelen – bij uitstek mogelijk.¹³⁰⁸ In de rechtstheorie van de Weimarrepubliek heeft dit deel van de Grondwet weinig aandacht gekregen, juristen gaan ervan uit dat het een 'deel' van de Constitutie is zonder duidelijke of belangrijke betekenis.¹³⁰⁹ Dat is volgens Smend niet het geval. Artikel 1 en 3 van de Weimargrondwet werken 'als Festlegung des Legitimitätstypus des Staats in sein Leben über, wollen insbesondere als Auslegungsregeln für den Geist seines Rechts, sogar unter Bindung des Gesetzgebers, gelten'.¹³¹⁰

Dit betekent, zoals gezegd, niet dat de andere onderdelen van de Constitutie niet belangrijk zijn. Zo heeft het geheel van grondrechten voor Smend twee functies:

[..] er will eine sachliche Reihe von einer gewissen Geschlossenheit, d.h. ein Wert- order Güter-, ein Kultursystem normieren, und er normiert es als nationales, als das System gerade der Deutschen, das allgemeinere Werte national positiviert, eben dadurch aber den Angehörigen dieser Staatsnation etwas gibt, einen materialen Status, durch den sie sachlich ein Volk, untereinander und im Gegensatz gegen andere, sein sollen.¹³¹¹

Met andere woorden: de grondrechten geven het geheel van een cultuursysteem weer en daarnaast geven zij de staat een materiële status als volk, waardoor de staat zich ten opzichte van andere staten kan verhouden. De Grondwet ziet aldus toe op het systeem van de cultuur en een positieve oriëntatie op grondrechten draagt bij aan de integratie van het volk.¹³¹² Hiermee wordt duidelijk dat de Grondrechten voor Smend niet alleen juridische status of betekenis in positiefrechtelijke zin hebben, maar dat deze tevens een bepaalde cultuur of een bepaald waardensysteem vestigen waar de Staat op gebaseerd is.¹³¹³

Naast de Grondrechten die in de Constitutie zijn opgenomen en de belangrijke artikelen aan het begin van de Constitutie, is het systeem van de federale staat een belangrijk kenmerk van de Weimarrepubliek. Smend contrasteert dit met de Grondwet van Bismarck uit 1871: in de Grondwet van Bismarck wordt de nadruk gelegd op de individuele *Länder* en in de Weimargrondwet gaat het om de rechtsmacht van de federale staat. Deze eenheid van de federale staat is ook in de deelstaten het

¹³⁰⁷ Smend 2010, p. 239.

¹³⁰⁸ Smend 2010, p. 239, 260.

¹³⁰⁹ Smend 2010, p. 261.

¹³¹⁰ Smend 2010, p. 262.

¹³¹¹ Smend 2010, p. 264.

¹³¹² Smend 2010, p. 264.

¹³¹³ Smend 2010, p. 265.

belangrijkste moment van statelijke integratie.¹³¹⁴ Smend beschrijft dan ook dat het onjuist is om de verschillende deelstaten als rivalen en vijanden voor te stellen, zoals de Amerikaanse staatsman James Madison (1751-1836) ook aangaf.¹³¹⁵

Smend betoogt dat ieder staatsorgaan zijn eigen specifieke functie heeft en bijdraagt aan de integratie. Het parlement wordt bijvoorbeeld gekenmerkt door de integrerende functies van verkiezingen, openbare debatten, stemmingen, debatten tussen parlement en regering of tussen parlement en andere staatsorganen (dit kwam reeds aan de orde in paragraaf 7.2). Het succes van de integrerende functie van het parlement hangt volgens Smend af van het bestaan van verschillende tegenstanders,¹³¹⁶ het bestaan van gezamenlijke opvattingen en de mogelijkheid van een gezamenlijke, overkoepelende opvatting van het volk die tot stand kan worden gebracht. Wanneer hieraan wordt voldaan, maakt het volgens Smend niet uit dat niet *iedereen* bij de verkiezingen op de regeringspartijen heeft gestemd – de meerderheid is dan de optimale verwerkelijking van de vrijheid.¹³¹⁷

Als deze opvatting van Smend wordt vergeleken met die van Kelsen (zie paragraaf 5.4), valt op dat beiden het meerderheidsprincipe in de democratie verdedigen. Kelsen doet dit echter op grond van de overtuiging dat de meerderheid de minderheidsopvatting uiteindelijk ook dient te verdedigen. Zoals ik beschreef in hoofdstuk 4, is Kelsen – contra Rousseau – geen voorstander van een meta-individuele identiteit; een politieke identiteit die losstaat van de particuliere wil van de burger. Deze meta-individuele identiteit is voor Smend wel belangrijk, uiteindelijk dient de burger – of deze nu behoort tot de meerderheid of de minderheid – door middel van integratie te worden betrokken bij de collectieve gemeenschap, die de staat vormt. Net als Rousseau¹³¹⁸ lijkt Smend ervan uit te gaan dat er een overstijgende, collectieve identiteit binnen de democratie bestaat. Echter verschillen beiden van mening over het antwoord op de vraag hoe deze overstijgende, collectieve identiteit gevormd wordt. Is het een identiteit die vooraf vaststaat (Rousseau) of het resultaat van integratie (Smend)? Daarnaast kan de algemene wil (de meta-individuele identiteit) volgens Rousseau niet dwalen¹³¹⁹ – indien het individu een andere wil heeft, dient deze wil desnoods met lichte dwang te worden aangepast.¹³²⁰ Dit is niet het standpunt van Smend: volgens hem dient er op basis van integratie uiteindelijk een collectief standpunt gevormd te worden.

De vraag die zich aandient, is hoe nu de uiteindelijke wil binnen de Staat wordt vastgesteld, aangezien er dus volgens Smend niet een objectief vast te stellen algemene wil (cf. Rousseau) bestaat.

¹³¹⁴ Smend 2010, p. 269.

¹³¹⁵ Smend 2010, p. 271.

¹³¹⁶ Smend 2010, p. 201.

¹³¹⁷ Smend 2010, p. 202.

¹³¹⁸ Zie bijvoorbeeld Rousseau 2015, p. 65, 72, 111.

¹³¹⁹ Zie Pateman 1970, p. 23.

¹³²⁰ Zie Rousseau 2015, p. 76-77.

Smend beschrijft dat er uiteindelijk een orgaan is binnen de staat dat de definitieve wil vaststelt.¹³²¹ Dit hoogste orgaan is het eindpunt van de integratie.¹³²² Volgens Smend kan het per staat verschillen welk orgaan hiervoor wordt aangewezen. Het kan bijvoorbeeld het constitutioneel hof zijn, zoals het Amerikaanse *Supreme Court*, maar het kan ook – zoals in Europa gebruikelijker is – aan de wetgever worden overgelaten. ‘Heute mag der Parlamentarismus die elastischen letztinstanzlichen Ausgleichsmöglichkeiten liefern’, aldus Smend.¹³²³

Naast de persoonlijke integratie van de Staat zelf, is een andere functie van de organen van de Staat dat zij de integrerende strijd mogelijk maken en hiermee ook bijdragen aan de functionele integratie. In de moderne constituties wordt deze functionele integratie mogelijk gemaakt door een systeem van machtenscheiding (zie hiervoor paragraaf 6.5).¹³²⁴ Waar het volgens Schmitt kenmerkend is voor de burgerlijke rechtsstaat dat deze middels machtenscheiding een bepaalde mate van verdeling, in plaats van de voor hem zo noodzakelijke eenheid, in de constitutie teweeg brengt, is het voor Smend juist een onderdeel van de Constitutie dat kan bijdragen aan de vormende strijd binnen het constitutionele leven.¹³²⁵ Er zijn drie van deze systemen waar te nemen in de constitutie: het politieke samenspel van de wetgever en de uitvoerende macht, de regering en de mogelijkheid tot dictatuur op basis van artikel 48 van de Grondwet als onmiddellijk politieke en integrerende functie en tot slot de wetgever en de rechterlijke macht als dragers van het rechtssysteem.¹³²⁶ Al deze elementen dragen bij aan de dialectische werking binnen de staat – de afbakening van de verschillende onderdelen van de staatsmacht is dan ook belangrijk, maar de samenwerking – of wellicht beter gezegd, het samenspel – tussen de staatsmachten is eveneens van belang.¹³²⁷ In dit samenspel van de hogere staatsorganen wordt de integratie binnen de Staat mogelijk.¹³²⁸

Smend gaat tot slot in *Verfassung und Verfassungsrecht* in op het probleem van de legitimatie van de staat, dat door Schmitt aan de orde werd gesteld. Smend is van mening dat er zonder legitimiteit geen positieve constitutie of rechtsorde mogelijk is.¹³²⁹ Volgens hem zijn er verschillende onderdelen van de Constitutie die bijdragen aan de mogelijkheid van deze legitimiteit, zoals grondrechten, de preambule, het staatsgebied, de staatsvorm en haar dragende principe, maar ook de vlag die de staat vertegenwoordigt.¹³³⁰ Zoals ik al meermaals benadrukte, is de grondslag van deze legitimiteit volgens Smend echter niet te vinden in een transcendent moment van legitimering – het moment van de beslissing van de politieke wil voorafgaand aan de constitutie (cf. Schmitt) – maar in

¹³²¹ Smend 2010, p. 202.

¹³²² Smend 2010, p. 203.

¹³²³ Smend 2010, p. 203.

¹³²⁴ Smend 2010, p. 205.

¹³²⁵ Smend 2010, p. 207.

¹³²⁶ Smend 2010, p. 213. Zie tevens Smend 2010, p. 259.

¹³²⁷ Smend 2010, p. 214-215.

¹³²⁸ Smend 2010, p. 246.

¹³²⁹ Smend 2010, p. 215.

¹³³⁰ Smend 2010, p. 217.

een immanent moment van integratie; een steeds vernieuwende integratie die middels handelingen van zowel de burger als de gemeenschap als geheel gestalte krijgt. Deze immanente integratie kan worden bevorderd door bepaalde rituelen, zoals dansen of door een vertegenwoordigend symbool. Dit vertegenwoordigend symbool kan ook een persoon zijn, zoals een monarch – dit is volgens Smend de reden dat de legitimiteit in een monarchie gemakkelijker benadrukt kan worden dan in een democratie.¹³³¹

Het onderscheidende element van de democratie is echter dat deze gedragen dient te worden door actief burgerschap, dat als bezit voortleeft en doorgezet wordt.¹³³² Dit kwam in paragraaf 7.3 al aan de orde waar ik het belang van politieke participatie voor Smend beschreef. De democratische constitutie wordt verzwakt indien de burgers zich niet beschouwen als effectieve politieke actoren.¹³³³ Hoewel Smend, zoals Koriath terecht opmerkt (zie paragraaf 7.2), zich weinig lijkt aan te trekken van de daadwerkelijke politieke situatie in de Weimarrepubliek, legt hij hier wel de vinger op de zere plek: in de Weimarrepubliek bestond een groot gebrek aan een actief volk van democraten. Dit werd bij uitstek duidelijk in de latere jaren van de Republiek (na de *Beurskrach*, zie paragraaf 2.7.1) wanneer een steeds kleinere groep personen bereid bleek om te vechten voor het voortbestaan van de Republiek. Hiermee onderschrijft Smend feitelijk het betoog van de Franse filosoof Charles de Montesquieu (1689-1755), die pleit voor een bezielde volk van democraten. Dit bezielde volk van democraten kan zich echter alleen vormen door het *leven* in de democratie zelf.¹³³⁴ Smend betoogde dat de Europese democratieën in een crisis terecht waren gekomen omdat ze de behoefte van burgers aan een integrerend proces in de staat uit het oog waren verloren – dit integrerend proces draagt immers bij aan een collectief gevoel van ‘behoren tot’.¹³³⁵

§ 7.7. *Dworkin en Smend: waarden in interpretatie*

Een van de belangrijkste kenmerken van de theorie van Smend is dat waarden dienen te worden meegenomen in de interpretatie van wetsartikelen. Hiermee komt de theorie van Smend dichtbij de theorie van de Amerikaanse filosoof Ronald Dworkin (1931-2013), die tevens beschrijft dat rechters mensenrechten moeten behandelen als afgeleid van principes en dat rechters hierbij worden gedwongen hier rekening mee te houden in hun interpretatie. In de voorliggende paragraaf sta ik stil bij de opvattingen van Dworkin wat betreft de interpretatie van rechterlijke principes om hiermee de theorie van Smend tevens te verduidelijken.

¹³³¹ Smend 2010, p. 220.

¹³³² Smend 2010, p. 222.

¹³³³ Cloyd 1991, p. 276.

¹³³⁴ Montesquieu 2006, p. 87; Afshin Ellian & Raisa Blommestijn, ‘100 jaar Weimar. Reflectie op democratie’, *NJB* afl. 40, 2019, p. 3024. Zie voor verdere uitleg Afshin Ellian, ‘*L’amour de la démocratie* versus de dictatuur van de rechtsstaat. De weerbaarheid van de democratie zelf’, in: Afshin Ellian, Gelijk Molier & Bastiaan Rijpkema (red.), *De strijd om de democratie. Essays over democratische zelfverdediging*, p. 190-191.

¹³³⁵ Cloyd 1991, p. 277-278.

In hoofdstuk 3 kwam aan de orde dat de scheidingstheorie een belangrijk onderdeel is van het Angelsaksische, statisch rechtspositivisme (te onderscheiden van het Duitse wetspositivisme). In het boek *Taking Rights Seriously* (1977) betoogt Dworkin dat er in het Engelse rechtspositivisme, onder anderen door H.L.A. Hart, te veel nadruk is gelegd op de betekenis van wetten en hun verhouding tot moraal, maar te weinig aandacht is besteed aan de vraag hoe rechters in een rechtszaak tot hun oordeel komen.¹³³⁶ Dit hangt tevens samen met de vraag wanneer de rechter nu ‘recht maakt’ in zijn uitspraak.¹³³⁷ Volgens Dworkin is er te weinig aandacht besteed aan de relatie tot moraal, morele principes horen volgens hem ook bij het recht. In zaken waar de beslissing niet direct voor de hand ligt, maken rechters gebruik van deze principes om tot een beslissing te komen.¹³³⁸ Hij noemt onder andere het voorbeeld van de zaak *Riggs v. Palmer* (1889).¹³³⁹ In deze zaak had een kleinzoon zijn opa vermoord met het doel zo snel mogelijk het geld van zijn erfenis te ontvangen. De wet schreef voor dat deze jongen inderdaad de erfenis diende te krijgen. Volgens Dworkin kan iedereen aanvoelen dat dit onbevredigend is en biedt de wet daarom in dit geval geen uitkomst. De rechters in deze zaak voelden dit ook aan en oordeelden dat ‘no one shall be permitted to profit by his own fraud, or take advantage of his own wrong, or to found any claim upon his own iniquity, or to acquire property by his own crime’.¹³⁴⁰

In deze zaak, maar ook in de zaak *Henningsen v. Bloom field Motors, Inc.* (1960), konden de rechters zich bij hun oordeel niet louter verlaten op de wet – deze bood in beide gevallen geen uitkomst. In het geval *Riggs v. Palmer* zou dit geresulteerd hebben in het feit dat de moordende kleinzoon ‘gewoon’ zijn erfenis had ontvangen.¹³⁴¹ De uitspraak van de rechter is in dit geval – en in soortgelijke gevallen – dan ook niet gebaseerd op een *rechtsregel*, maar op een *rechtsprincipe*. Het kenmerk van een *rechtsregel* is dat ‘rules are applicable in an all-or-nothing fashion’.¹³⁴² Met andere woorden, nuance is niet mogelijk. In tegenstelling tot wat H.L.A. Hart betoogt, bestaat het recht volgens Dworkin dan ook niet enkel uit *rechtsregels*. Rechtsprincipes zijn eveneens een belangrijk onderdeel van het recht, die in ‘hard cases’ uitkomst kunnen bieden voor de rechter.¹³⁴³

Het samenspel van principes als onderdeel van het recht en de interpretatie van de rechter van de wet in het licht van deze principes, vertoont grote overeenkomsten met de theorie van Smend. Net als Dworkin, gaat Smend ervan uit dat er bepaalde funderende beginselen van de gemeenschap zijn. Deze beginselen zijn belangrijk in de toepassing van het recht – het samenspel van deze funderende beginselen en de toepassing van het recht, noemt Smend integratie. Dworkin geeft dit samenspel weer

¹³³⁶ Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, Londen: Bloomsbury 1997, p. 15.

¹³³⁷ Dworkin 1997, p. 17.

¹³³⁸ Dworkin 1997, p. 38.

¹³³⁹ Dworkin 1997, p. 39.

¹³⁴⁰ Zie Dworkin 1997, p. 39 voor een beschrijving van deze zaak en het oordeel van de rechters.

¹³⁴¹ Dworkin 1997, p. 39-40.

¹³⁴² Dworkin 1997, p. 40.

¹³⁴³ Dworkin 1997, p. 41-43.

in zijn uitleg over de *moral reading* van de Amerikaanse Constitutie – abstracte rechten in de Constitutie dienen te worden uitgelegd en toegepast volgens morele principes van politieke betamelijkheid en rechtvaardigheid. Deze morele principes vormen de funderende beginselen van de Amerikaanse Constitutie zelf.¹³⁴⁴ Zoals in paragraaf 7.2 en 7.3 aan de orde kwam, wijst Smend een zuiver formalistische opvatting van rechtspraak af. Een dergelijke opvatting van recht en rechtspraak doet afbreuk aan de integrerende functie die de ambtenaren van de Staat (en dus ook rechters) volgens Smend hebben – zij hebben de taak om de individuele wet te integreren in de Staat als geheel als ‘eines geistigen Gansen’. Thornhill beschrijft dit treffend: “[w]here the constitution expresses a set of objectively held values, citizens feel themselves personally and objectively bound to the state, and the constitution integrates the citizens in support of the state”.¹³⁴⁵

§ 7.8. Conclusie

In dit hoofdstuk stond het denken van Smend centraal en is speciaal aandacht besteed aan de vraag naar de aanknopingspunten wat betreft mogelijkheden tot verdediging van de Weimardemocratie tegen vijandige tendensen. In eerdere hoofdstukken kwam naar voren dat Kelsen de vraag naar de legitimiteit van de rechtsorde geheel vermijdt en legaliteit en legitimiteit volledig aan elkaar gelijkstelt, terwijl Schmitt komt tot een *transcendente* fundering van de legitimiteit. Hun beider theorieën blijven echter in een discours dat de staat en het recht niet alleen van elkaar onderscheidt, maar dat tevens weerloos blijft tegenover autoritaire, totalitaire en antidemocratische tendensen binnen de rechtsorde.

Smend had kritiek op zowel de opvattingen van Schmitt als die van Kelsen. Duidelijk werd dat Smend voornamelijk de nadruk legt op de wederzijdse beïnvloeding van burger en de staat; een proces dat hij integratie noemt. Deze integratie kan tot stand komen door een dialectische relatie tussen de burger en bepaalde symbolen van de staat – hierdoor kan, als het ware, een eenheid tussen beide tot stand komen. Het parlement is voor Smend belangrijk als instrument voor de burger om te integreren in de democratie – in de Weimarrepubliek, met het systeem van proportionele vertegenwoordiging, wordt geen recht gedaan aan deze integrerende functie. Er wordt enkel gekeken naar de politieke verhoudingen in het land, maar niet naar de *functie* van het parlement. Het parlement is er om de dialectische vereniging tussen verschillende politieke opvattingen tot stand te brengen. Het parlement is voor Smend bij uitstek van belang omdat het ervoor zorgt dat vanuit verschillende individuele belangen één gezamenlijk belang tot stand komt. Het gaat er dus om dat het parlement uiteindelijk de gehele gemeenschap vertegenwoordigt en dat er middels een politieke strijd tot een eenduidige wil kan worden gekomen.

¹³⁴⁴ Ronald Dworkin, ‘The Moral Reading of the Constitution’, *The New York Review of Books*, 1996.

¹³⁴⁵ Thornhill 2007, p. 275.

Smend legt in zijn theorie nadruk op politieke participatie – door participatie in de statelijke instituties komt niet alleen de wil van deze instituties tot stand, maar wordt de burger ook actief betrokken bij de vorming van deze wil. De burger wordt, met andere woorden, een onderdeel van de Staat die hij tegelijkertijd zelf vormgeeft. Smend ziet democratie uiteindelijk als een creatief conflict, dat ervoor zorgt dat er een eenduidige wil tot stand komt. De Staat is voor Smend een individu, dat zich door zijn handelen en door het in contact komen met de werkelijkheid ontwikkelt. Louter formele criteria, zonder politieke en inhoudelijke betekenis (cf. Kelsen), kunnen deze functies niet tot stand brengen en doen afbreuk aan het karakter van de Staat.

Om de eenheid binnen de Staat te vormen en de dialectische relatie tussen burger en Staat tot stand te brengen, onderscheidt Smend drie vormen van integratie. De eerste categorie is de persoonlijke integratie die bij uitstek mogelijk wordt door de persoon van de leider. Daarnaast is er de functionele integratie, die wordt gevormd door het geheel van collectieve levensvormen zoals marcheren of demonstreren. In een massademocratie is deze vorm van integratie lastig te waarborgen, maar Smend is van mening dat deelname aan de democratische strijd gezien kan worden als een vorm van functionele integratie. Tenslotte is er de zakelijke integratie – die betrekking heeft op politieke symbolen, zoals vlaggen, wapens, staatshoofden of nationale feesten. Mede om deze reden is Smend van mening dat de kleuren van de vlag van de Weimarrepubliek van belang zijn (artikel 3 van de Grondwet). Alle drie deze vormen van integratie hangen met elkaar samen: het statelijke leven is de continue ontwikkeling van deze vormen van integratie – het proces van eenheid tussen de burger en de Staat.

De vraag die rest is of de theorie van Smend een betere waarborg zou kunnen bieden tegen autoritaire, totalitaire of anderszins antidemocratische tendensen binnen de staat dan die Kelsen enerzijds en Schmitt anderzijds. Om deze vraag goed te kunnen beantwoorden, is het belang te beseffen dat voor Smend de samenleving (bestaande uit burgers), het recht en de staat in een dialectische verhouding tot elkaar staan. Met andere woorden, statelijke autoriteit dient gedragen te worden door de burgers en de burgers dienen deze statelijke autoriteit, middels participatie in de samenleving, te dragen. Voor het recht, tevens gedragen door (de uitgangspunten van) burgers, geldt hetzelfde.

De leemte in de theorie van Smend is echter dat het onduidelijk blijft welke waarden ten grondslag liggen aan deze integratie. Met andere woorden, welke waarden zijn zo fundamenteel dat deze niet in het dialectisch proces verloren kunnen raken? Dit is een vraag die onbeantwoord blijft. Dit is in zekere zin een onvermijdelijk gevolg van Smends theorie: hij gaat er immers van uit dat deze waarden zich door het samenspel van burgers zullen vormen – hetzelfde geldt voor de interpretatie van belangrijke grondwetsartikelen.

Geconcludeerd dient dan ook te worden dat de theorie van Smend een eerste aanzet geeft tot een andere kijk op de rechtstheorie dan die door het wetspositivisme enerzijds en door Schmitt en Kelsen anderzijds wordt voorgesteld. Deze aanzet kan verder worden uitgewerkt met de theorie van

Hermann Heller, die zoals gezegd in zekere zin als complementair ten opzichte van die van Smend kan worden beschouwd. Zijn rechtsfilosofische opvattingen staan centraal in het volgende hoofdstuk.