



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 8

Hermann Heller: de vorming van een waardengemeenschap

*Tatsächlich ist die geistesgeschichtliche Basis des Parlamentarismus nicht der Glaube an die öffentliche Diskussion als solche, sondern der Glaube an die Existenz einer gemeinsamen Diskussionsgrundlage und damit die Möglichkeit eines fair play für den innerpolitischen Gegner, mit dem man sich unter Ausschaltung der nackten Gewalt einigen zu können meint.*¹³⁴⁶

Hermann Heller (1891-1933)

§ 8.1. Inleiding

In het vorige hoofdstuk stonden de denkbeelden van Rudolf Smend centraal. Duidelijk werd dat Smend het recht voornamelijk ziet als de uitdrukking van de waardencultuur die tot stand komt middels integratie. Zijn theorie biedt hiermee een betere waarborg tegenover de vijandige tendensen die zich binnen de Weimardemocratie bevonden dan die van Kelsen en Schmitt. Hij geeft hiermee een eerste aanzet tot een verdedigingslinie tegenover dergelijke tendensen. Hetzelfde geldt voor Hermann Heller, wiens denkbeelden in dit hoofdstuk centraal staan. De vraag die specifiek wordt beantwoord is hoe zijn theorie kan worden gezien als aanvulling van de verdedigingslinie die wordt opgebouwd door Smend.

Ik kies voor het bespreken van Heller, aangezien theorieën van Smend en Heller in zekere zin als complementair kunnen worden gezien.¹³⁴⁷ ‘Complementair’ betekent niet ‘hetzelfde’ en er bestaan dan ook duidelijke verschillen tussen beide denkers. Zo is Heller bijvoorbeeld van mening dat de funderende principes [*Rechtsgrundsätze*] in het recht zelf zijn gelegen. Voor Heller vormen deze funderende, ethische principes die enerzijds ten grondslag liggen aan het positieve recht en anderzijds bij de interpretatie ervan moeten worden betrokken, de belangrijkste basis voor de legitimatie van de Staat.¹³⁴⁸ Heller is dan ook – in tegenstelling tot Schmitt en net als Smend – een protagonist van een immanente vorm van legitimatie van de Staat. Deze immanente vorm van legitimatie biedt, zo kwam in het vorige hoofdstuk aan bod, een belangrijk aanknopingspunt in de verdedigingslinie tegenover de vijanden van de democratische staatsvorm.

Behalve dat hij de nadruk legde op funderende en ethische beginselen in het recht, speelde Heller tevens een belangrijke rol bij het tot stand brengen van een inclusieve vorm van democratie. Hij stelde zich ten doel een democratische staatsvorm te ontwikkelen die zich gemakkelijk zou kunnen

¹³⁴⁶ Heller 1971b, p. 427.

¹³⁴⁷ Caldwell 1997, p. 141. Zie tevens Caldwell 1997, p. 133.

¹³⁴⁸ David Dyzenhaus, ‘Hermann Heller – an introduction’, *Cardozo Law Review*, december 1996, vol. 18(3), p. 1134.

aanpassen aan sociale veranderingen. De Spaanse rechtsgeleerde Agustín José Menéndez benadrukt dat dit niet altijd gemakkelijk was:

This implied reconciling normative institutions, sociological assumptions and legal theories that were far from obviously compatible. In particular, Heller struggled constantly to square his simultaneous commitment to a rather Hegelian conception of political community, a quasi-Hobbesian understanding of public power and a (strong) cognitivist normative theory, while keeping a vigilant eye on the evolving social, economic, cultural and political context.¹³⁴⁹

De theorieën van Heller en Smend kunnen dus in zekere zin als complementair worden gezien, maar hun positie binnen de Weimarrepubliek was geenszins met elkaar te vergelijken. Heller was van Joodse afkomst – hoewel hij zelf terugtrad uit de Joodse cultuurfamilie¹³⁵⁰ – en daarnaast openlijk aanhanger van de *Sozialdemokratische Partei Deutschlands* (SPD) waar hij zich in 1920 bij aansloot.¹³⁵¹ Zijn afkomst en politieke overtuigingen bemoeilijkten het verkrijgen van een universitaire aanstelling en ondanks zijn vele publicaties – hij groeide uit tot de meest prominente en invloedrijkste socialistische rechtsgeleerde van de Weimarperiode¹³⁵² – werd Heller pas op 15 maart 1931 benoemd tot professor *Öffentliches Recht* aan de Universiteit van Frankfurt.¹³⁵³

Heller studeerde rechts- en staatswetenschap in Wenen, Graz en Innsbruck en was voor het uitbreken van de Eerste Wereldoorlog actief in de jongerenbeweging *Wandervogel*.¹³⁵⁴ Hij onderbrak zijn studie om als vrijwilliger in het Oostenrijkse leger te dienen. Aan de ervaringen op het front hield hij een hartafwijking over, die ertoe leidde dat hij al op 42-jarige leeftijd kwam te overlijden.¹³⁵⁵ Na de Eerste Wereldoorlog hervatte hij zijn studie en habileerde hij bij de Duitse rechtsgeleerde Gustav Radbruch (1878-1949) op een werk over Hegel en nationalisme, getiteld ‘Hegel und der nationale Machtstaatsgedanke in Deutschland’.¹³⁵⁶ Hegels werk bleef ook na dit *Habilitationschrift* een belangrijke inspiratie voor Heller,¹³⁵⁷ hetgeen ook naar voren komt in het hiervoor aangehaalde citaat van Menéndez.

Ten tijde van de Weimarrepubliek was Heller, zoals Cloyd terecht opmerkt, een loyale interpreet van de Constitutie.¹³⁵⁸ Echter gold zijn loyaliteit niet alleen voor de interpretatie van de Constitutie, maar bleek Heller ook bereid om de Constitutie op andere wijzen te verdedigen. Zo nam

¹³⁴⁹ Agustín José Menéndez, ‘Hermann Heller NOW’, *European Law Journal*, mei 2015, vol. 21(3), p. 285. Zie tevens Rainer Wolf, ‘Hermann Heller’, *Kritische Justiz*, 1 januari 1993, vol. 26(4), p. 504.

¹³⁵⁰ Christoph Müller, ‘Hermann Heller: Leben, Werk, Wirkung’, in: Hermann Heller, *Gesammelte Schriften. Dritter Band*, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1992, p. 435.

¹³⁵¹ Müller 1992, p. 436.

¹³⁵² Cloyd 1991, p. 341.

¹³⁵³ Müller 1992, p. 439.

¹³⁵⁴ Caldwell 1997, p. 127.

¹³⁵⁵ Müller 1992, p. 435; Dyzenhaus 1996, p. 1129.

¹³⁵⁶ Wolf 1993, p. 501.

¹³⁵⁷ Martin Drath & Christoph Müller, *Einleitung*, in: Hermann Heller, *Gesammelte Schriften. Erster Band*, Leiden: A.W. Sijthoff's Uitgeversmaatschappij n.v. 1971, p. x.

¹³⁵⁸ Cloyd 1991, p. 343. Zie ook Heller 1971b, p. 377.

hij samen met de Duitse rechtsgeleerde Gustav Radbruch deel aan het verzet tegen de Kapputsch in 1920 (zie paragraaf 2.5.1) en verdedigde hij in 1932 de Pruisische deelstaatregering tijdens de juridische procedure die volgde op de Pruisenslag (zie paragraaf 2.7.2).¹³⁵⁹ Heller was van mening dat de Pruisenslag door de regering-Papen en de nazi's was gepland. Daarnaast vond hij het inzetten van artikel 48 van de Constitutie onnodig, omdat er al vanaf 1914 continu onrust in Pruisen was geweest en, belangrijker nog, omdat de deelstaatregering voornemens was in te grijpen en de onrust te beëindigen.¹³⁶⁰ Er was dus in het geheel geen sprake van een dusdanige dreiging die het gebruik van noodbevoegdheden legitimeerde. Heller zag het nationaalsocialisme als grote bedreiging voor de Weimarrepubliek en was van mening dat de Weimargrondwet verdedigd diende te worden, desnoods met het wapen in de hand.¹³⁶¹

In maart 1933 – net voor de *Machtsgreiferung* van de nazi's (zie paragraaf 2.7.2) – ging Heller in op de uitnodiging van de Britse politieke wetenschapper en econoom Harold Laski (1893-1950) om naar Engeland te komen. Door de maatregelen die tijdens zijn verblijf in Engeland tegen de Joden waren uitgevaardigd – Heller werd op 17 april 1933 de toegang tot het ambt officieel ontzegd¹³⁶² – door de NSDAP was het voor Heller onmogelijk om terug te keren naar Duitsland.¹³⁶³ Dientengevolge accepteerde hij een uitnodiging om naar Madrid te komen, maar zijn verbleef was van korte duur. In 1934 stief hij aan de hartafwijking die hij tijdens de Eerste Wereldoorlog had opgelopen.

§ 8.2. *Socialisme en nationalisme*

Heller was aanhanger van de SPD. Voor hem was het socialisme een manier om een nationale gemeenschap tot stand te brengen, die gebaseerd diende te zijn op een gevoel van saamhorigheid en wederzijds respect tussen nationale kameraden.¹³⁶⁴ Hij pleitte voor een nationaal georiënteerd socialisme,¹³⁶⁵ dat het best tot uiting zou kunnen komen in een sociale rechtsstaat en democratie om zo vrijheid en gelijkheid mogelijk te maken.¹³⁶⁶ De nationalistische opvattingen van Heller hingen samen met de negatieve voorwaarden van de Vrede van Versailles (zie paragraaf 2.4) en de bezetting van het Ruhrgebied (zie paragraaf 2.5.1).¹³⁶⁷ Deze zetten de Duitse Staat – onnodig – onder druk.

Heller achtte de natiestaat van belang. Het was de plaats waar de gemeenschap zich diende te vormen, omdat de gemeenschap voor een groot deel bestond uit kenmerken van natuurlijke origine:

¹³⁵⁹ Dyzenhaus 1996, p. 1129; David Dyzenhaus, 'Eight. Hermann Heller, Introduction', in: Arthur Jacobson & Bernhard Schlink, *Weimar. A jurisprudence of crisis* (Belinda Cooper vert.), Berkeley/Los Angeles/Londen: University of California Press 2002, p. 249.

¹³⁶⁰ Dyzenhaus 1999, p. 208-209.

¹³⁶¹ Müller 1992, p. 440.

¹³⁶² Müller 1992, p. 429.

¹³⁶³ Dyzenhaus 1996, p. 1130.

¹³⁶⁴ Caldwell 1997, p. 127.

¹³⁶⁵ Zie hiervoor Cloyd 1991, p. 356.

¹³⁶⁶ Wolf 1993, p. 504.

¹³⁶⁷ Menéndez 2015, p. 286.

het grondgebied van de Staat [*Boden*] en de ‘bloedband’ tussen de burgers [*Blut*].¹³⁶⁸ Door de interactie tussen beide, door middel van een proces dat hij *Blutverfestigung* noemde,¹³⁶⁹ kon een saamhorigheidsgevoel of politieke gemeenschap tot stand komen. Het socialisme was voor hem aldus meer dan economische vooruitgang of het opheffen van de klassenongelijkheid. Het was Heller vooral te doen om de vorming van een politieke cultuur.¹³⁷⁰ Zowel wat betreft dit standpunt als het eerdergenoemde standpunt over de vorming van een nationale (en niet internationale) gemeenschap ging hij in tegen de dominante lijn van het communisme en socialisme, voorgestaan door Marx.¹³⁷¹

De Duitse juristen Martin Drath (1902-1976) en Christoph Müller beschrijven in de inleiding bij *Gesammelte Schriften* (het gebundelde werk van Heller, voor het eerst uitgegeven in 1971 en heruitgegeven in 1992) dat Heller de Staat – in navolging van Hegel die ervan uit ging dat de *Weltgeist* zich verwerkelijkt in natiestaten – als onderdeel van de sociologische werkelijkheid beschouwde.¹³⁷² Voor Heller was het voornaamste doel van de Staat de vorming van een natie ofwel gemeenschap.¹³⁷³ In deze natie diende socialisme en nationalisme beide een plaats te hebben. Enerzijds was nationalisme belangrijk voor de eerdergenoemde vorming van de gemeenschap, anderzijds diende iedere burger onderdeel te kunnen zijn en deel uit te kunnen maken van deze gemeenschap. Dit laatste werd volgens Heller mogelijk onder invloed van het socialisme. Heller beschouwde het parlement als de plaats om de verbinding tussen beide mogelijk te maken.¹³⁷⁴ Het parlement is een belangrijke plaats voor het vormen van de sociale rechtsstaat en democratie: het verschaft de sociale en politieke basis voor de arbeiders om hun doelen te bereiken. Op deze manier waren parlementarisme en de klassenstrijd niet alleen verenigbaar, maar maakte het parlementarisme het einde van de klassenstrijd juist mogelijk.¹³⁷⁵

Heller schaarde zich achter Schmitt en Smend in de aanval op Kelsen, die als een rode draad door zijn werken loopt. Hij betoogt dat de ideeën van Kelsen de absolute vervolmaking en consequentie van de opvattingen van de Gerber/Laband-school; een staatrechtelijke theorie waarin de Staat zelf, volledig afgesloten van de sociologie, politiek en ethiek – kortom van de werkelijkheid –

¹³⁶⁸ Heller 1992b, p. 414; Caldwell 1997, p. 128-129. Belangrijk hierbij op te merken is dat *Blut* voor Heller geen zuiver biologisch kenmerk is, maar gelezen moet worden in de betekenis van een band die tot stand komt door het samenspel van de burgers en het grondgebied – met andere woorden, in de betekenis van een culturele bloedband. Termen als *Blut* en *Boden* zouden na 1933 een totaal andere lading krijgen wanneer de nazi's deze gebruikten voor hun misdadige ideologie. Tot 1933 was hiervan geen sprake; in dit licht moet het gebruik van deze termen door Heller dan ook worden begrepen.

¹³⁶⁹ Letterlijk vertaald uit het Duits ‘bloedstolling’. Dit is op zich een interessante benaming voor het proces waar Heller op wijst: bloedstolling vindt plaats op basis van een interactie tussen het bloed (de wond) en de huid en vormt op deze manier een nieuwe werkelijkheid of een nieuw uiterlijk.

¹³⁷⁰ Cloyd 1991, p. 341.

¹³⁷¹ Menéndez 2015, p. 286; Drath & Müller 1971, p. xviii.

¹³⁷² Drath & Müller 1971, p. xi.

¹³⁷³ Drath & Müller 1971, p. xi.

¹³⁷⁴ Drath & Müller 1971, p. xiii-xiv.

¹³⁷⁵ Drath & Müller 1971, p. xv.

geen plaats meer heeft.¹³⁷⁶ Volgens Heller was het belangrijk de gevaarlijke kanten van het denken van Kelsen te laten zien, die geen oplossing voor de crises ten tijde van de Weimarrepubliek bood, maar juist bijdroeg aan deze crises en deze zelfs in zekere zin veroorzaakte.¹³⁷⁷ Heller weet de crisis in de Weimarrepubliek aan ‘the failure to succeed in finding a way for so-called “liberal values” (those that invoke individual reason) and necessary illiberal ones (those that sustain community) to complement and support one-another’.¹³⁷⁸

De kritiek op Kelsens *Reine Rechtslehre* ging vanaf 1928, nadat Heller Italië had bezocht, gepaard met kritiek op het fascisme.¹³⁷⁹ Heller was een van de weinige socialisten die het fascisme (en de dreiging die ervan uit ging) serieus nam. Ondanks de onwenselijke gevolgen, was Heller van mening dat het enkele fundamentele zwaktes in het democratisch systeem blootlegde.¹³⁸⁰ Deze zwaktes dienden volgens Heller te worden verholpen om ervoor te zorgen dat de democratische staatsvorm in staat was een krachtig weerwoord te bieden aan het fascisme. In tegenstelling tot Smend, die vond dat de democratie in zekere zin een voorbeeld kon nemen aan bepaalde kenmerken van het fascisme (zie paragraaf 7.5) was Heller van mening dat het fascisme in het geheel onwenselijk was en fel bestreden diende te worden.

Waar Kelsen zijn belangrijkste ideologische tegenstander was, was Schmitt zijn belangrijkste politieke tegenstander. Dat betekent echter niet dat Heller op geen enkele manier inspiratie vond in Schmitts werk, deze vond hij wel – voornamelijk wat betreft zijn idee dat zowel de vorming als de toepassing van het recht gebonden waren aan een menselijk oordeel.¹³⁸¹ Het belangrijkste verschil tussen beide denkers is dat dit oordeel voor Schmitt altijd van buiten de rechtsorde kwam, hetgeen vooral gereflecteerd wordt in zijn theorie over soevereiniteit (zie paragraaf 6.5). Heller was van mening dat zowel de beslissing als soevereiniteit een essentieel onderdeel van het recht zelf uitmaken – recht en soevereiniteit waren volgens Heller veel meer met elkaar verbonden dan Schmitt deed voorkomen; het recht speelt een ondersteunende rol in de vorming en het behoud van soevereiniteit van de Staat.¹³⁸² De soevereiniteit is essentieel voor de Staat zelf, die Heller beschouwde als een soevereine organisatie: een eenheid die samenwerking tussen verschillende groepen en individuen mogelijk maakte, die met andere woorden de politieke gemeenschap mogelijk maakte, maar zelf uiteindelijk in staat was de doorslaggevende en finale beslissing te nemen.¹³⁸³

¹³⁷⁶ Caldwell 1997, p. 128; Dyzenhaus 2002, p. 251.

¹³⁷⁷ Dyzenhaus 2002, p. 251.

¹³⁷⁸ Cloyd 1991, p. 363.

¹³⁷⁹ Caldwell 1997, p. 130.

¹³⁸⁰ David Dyzenhaus, *Legality and legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, Oxford: Oxford University Press 1999, p. 187.

¹³⁸¹ Cloyd 1991, p. 383.

¹³⁸² Cloyd 1991, p. 384; Caldwell 1997, p. 131; Wolf 1993, p. 504.

¹³⁸³ Caldwell 1997, p. 131.

De politieke gemeenschap is voor Heller een immanente realiteit. Hij vertegenwoordigt dan ook, net als Smend, een immanente staatsopvatting. Dit in tegenstelling tot Schmitt, die – zoals in de paragrafen over Smend al uitgebreid aan de orde is gekomen – een transcendente staatsopvatting voorstaat en Kelsen, die het recht ziet als het geheel van wetten.¹³⁸⁴ Hoewel in dit opzicht overeenstemming bestaat met de theorie van Smend, was Heller ten tijde van de Weimarrepubliek een buitenbeentje. Dit bleef hij na de Tweede Wereldoorlog, hetgeen voornamelijk te maken heeft met het feit dat zijn werk grotendeels verbonden is met de concrete situatie in de Weimarrepubliek. Echter kan zijn denken dienen als model wat betreft de vraag hoe om te gaan met crisissituaties, iets dat het belang toont van het denken in het interbellum in het algemeen.¹³⁸⁵ In de volgende paragrafen staan achtereenvolgens zijn opvattingen over de crisis van de Weimarrepubliek, de Staat, de democratie en het fascisme centraal.

§ 8.3. *De crisis van de staatstheorie in de Weimarrepubliek*

In de voorgaande paragraaf kwam al aan de orde dat een belangrijk thema in het werk van Heller wordt gevormd door de crisis in de staatstheorie van de Weimarrepubliek en de hiermee samenhangende vraag naar de legitimatie van de staatsmacht.¹³⁸⁶ Deze thematiek staat onder meer centraal in de teksten *Die Krisis der Staatslehre* (1926) en *Die Souveränität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts* (1927) waarin hij de crisis van de staatstheorie koppelt aan de crisis van soevereiniteit en middels een analyse van de gebreken van de huidige staatstheorieën tracht te komen tot een diagnose van het ontstaan van de crisis. Deze thematiek staat in de voorliggende paragraaf centraal.

De crisis in de staatstheorie ten tijde van de Weimarrepubliek is volgens Heller het gevolg van twee oorzaken, die hun oorsprong vinden in de periode na de Franse Revolutie (1789-1799). Ten eerste het wegvallen van het natuurrechtelijk fundament van legitimiteit en daarnaast de opkomst van het rationalisme en het daarmee samenhangende liberalisme, dat wordt gekenmerkt door de ontwikkeling van de gedepersonaliseerde rechtsstaat. Hoewel de crises in de periode na de Franse Revolutie tot uiting komen, wordt de basis ervan volgens Heller al gelegd na afloop van de middeleeuwen – waarna het transcendente fundament van de Staat in toenemende mate onder druk kwam te staan. Dit transcendente fundament van de Staat was gebaseerd op goddelijke macht. Zowel de Koning (wereldlijke macht) als de Paus (goddelijke macht) ontleenden hun macht direct aan God en waren in het zogenaamde *Corpus Mysticus* met elkaar verenigd. Toen het onwankelbare geloof in dit transcendente fundament wegviel, begon de zoektocht naar een nieuwe legitimatie van de staatsmacht – een legitimatie die voortaan niet meer van *boven* (van God), maar van *onder* (van het

¹³⁸⁴ Caldwell 1997, p. 130.

¹³⁸⁵ Müller 1992, p. 431.

¹³⁸⁶ Dyzenhaus 1999, p. 168.

volk) diende te komen.¹³⁸⁷ Hobbes is volgens Heller de eerste die de staatsmacht op dergelijke wijze poogt te funderen in zijn *Leviathan* (1651).¹³⁸⁸

Bij Hobbes spelen natuurrechtelijke principes echter nog een belangrijke rol. Dit veranderde in het denken na de Franse Revolutie, toen empirische en positivistische theorieën steeds meer de boventoon begonnen te voeren.¹³⁸⁹ Voor Heller markeert dit het begin van de crisis van de staatstheorie, omdat het recht en de staatsmacht vanaf dat moment steeds verder af komen te staan van ethiek en sociologie. Recht en staatsmacht komen, met andere woorden steeds verder af te staan van de werkelijkheid.¹³⁹⁰ Het belangrijkste element dat onder druk komt te staan, is volgens Heller de verbinding tussen staat en macht. Macht wordt, als sociologische categorie, in toenemende mate uitgesloten van staatstheorieën. Dit hangt volgens Heller samen met de ontwikkeling van het rechtsstaatsidee: macht wordt hierdoor steeds minder relevant in de Staat en de rechtsorde, aangezien het idee van de Staat steeds meer gedepersonaliseerd [*Entpersönlichung*] raakt.¹³⁹¹

Door deze depersonalisering komen zakelijkheid en objectiviteit als structurerende principes van staat en recht steeds meer op de voorgrond te staan en verdwijnt macht steeds verder naar de achtergrond. Het achterliggende idee van de rechtsstaat is immers dat vrijheid wordt gewaarborgd wanneer de burger onderworpen is aan een objectieve en eenduidige wet, die elke vorm van willekeur uitsluit.¹³⁹² Deze willekeur wordt daarentegen juist geassocieerd met het element van macht waarop het absolutisme van voor de Franse Revolutie was gebaseerd.¹³⁹³ Naast de ontwikkeling van de rechtsstaat, draagt aldus ook de secularisering, waardoor het natuurrechtsdenken onder druk komt te staan, hieraan bij.¹³⁹⁴

Samengevat constateert Heller dat het wegvallen van het natuurrechtelijk fundament, de transcendente vorm van soevereiniteit enerzijds en de ontwikkeling van het rechtsstaatsidee anderzijds ertoe leiden dat de vraag naar de legitimiteit van de Staat steeds verder door een formalistische legaliteit wordt verdrongen.¹³⁹⁵ De kern van de crisis in de staatstheorie van de Weimarrepubliek is voor Heller dan ook gelegen in het liberale rationalisme van de rechtsstaat, dat het begrip van staat, volk, vertegenwoordiging en soevereiniteit aldus heeft geabstraheerd en gedepersonaliseerd.¹³⁹⁶ Dit denken is niet in staat te dienen als fundament voor een waardencultuur of gemeenschap en is tevens niet in staat om de macht van de staat adequaat in beeld te brengen en te beschrijven. De consequentie

¹³⁸⁷ Heller 1971b, p. 38; Heller 1992c, p. 394. Zie hiervoor ook Paul Cliteur & Afshin Ellian, *Legaliteit en legitimiteit. De grondslagen van het recht*, Leiden: Leiden University Press 2017, p. 247-248.

¹³⁸⁸ Heller 1971b, p. 6. Zie tevens Heller 1992c, p. 63.

¹³⁸⁹ Heller 1971b, p. 8; Heller 1992c, p. 5; Dyzenhaus 1999, p. 170.

¹³⁹⁰ Waar het gaat om sociologie wordt door Heller voornamelijk gedomd op de maatschappelijke verhoudingen.

¹³⁹¹ Heller 1971b, p. 38.

¹³⁹² Heller 1971b, p. 39. Zie tevens Cliteur & Ellian 2017, p. 53-54.

¹³⁹³ Heller 1971b, p. 285.

¹³⁹⁴ Heller verbindt dit aan het rationalisme. Zie hiervoor tevens Heller 1971b, p. 214.

¹³⁹⁵ Heller 1971b, p. 40-41.

¹³⁹⁶ Heller 1971b, p. 95.

hiervan is volgens Heller duidelijk zichtbaar in de opvattingen van Gerber en Laband (zie paragraaf 3.2.1)¹³⁹⁷ en wordt onder invloed van Georg Jellinek (zie paragraaf 3.3)¹³⁹⁸ en Kelsen verder doorgezet.¹³⁹⁹ Zoals duidelijk werd in paragraaf 4.2, zijn de Staat en het positieve recht voor Kelsen volledig identiek.¹⁴⁰⁰ Heller is van mening dat het een logische consequentie is van Kelsens denken dat er geen autoriteit meer *buiten* het recht gelegen kan zijn – met andere woorden, enkel de rechtsorde zelf kan soeverein zijn.¹⁴⁰¹ Deze laatste stap is de vervolmaking van de depersonalisering van de Staat.

Volgens Heller is dit niet zonder gevaar. Het probleem is dat de staatstheorie en de rechtswetenschap volledig hulpeloos tegenover de werkelijke problemen waar de Staat mee wordt geconfronteerd komen te staan.¹⁴⁰² Zij zijn immers niet in staat een verbinding met de werkelijkheid aan te gaan of deze werkelijkheid in beeld te brengen. Een volledig rationele staatstheorie is enkel in staat om positieve wetgeving te analyseren en te systematiseren,¹⁴⁰³ terwijl de werkelijk belangrijke vragen – naar de eenheid van de Staat, de legitimatie van de staat, het doel van de staat maar vooral de vraag naar de verhouding tussen recht en macht – niet beantwoord kunnen worden.¹⁴⁰⁴ Dit leidt volgens Heller onherroepelijk tot problemen: het is onmogelijk om een juridische norm (een *Sollen*) geheel los te zien van de sociologische context (het *Sein*).¹⁴⁰⁵ Kelsen vereenzelvigt staat en recht volledig met elkaar, terwijl de staat voor Heller veel meer is dan het recht alleen en dus ook niet louter met behulp van een juridische methode geduid kan worden.¹⁴⁰⁶ De staat dient voor Heller te worden gezien als een verbinding tussen *Sein* en *Sollen*, die enkel in beeld kan worden gebracht middels een sociologische methode: “Denn nur auf der soziologischen Ebene sind Staat und Recht in Verbindung zu setzen, indem beide als sozialpsychologisch wirksame gesellschaftliche Seinsgebilde, selbstverständlich aber nicht als Naturphänomene betrachtet werden”.¹⁴⁰⁷ De staatsopvatting van Heller blijft voor hier verder buiten beschouwing, deze komt in paragraaf 8.4 aan de orde.

Een belangrijk probleem in de theorie van Kelsen is voor Heller het ontbreken van de inhoud of de ‘substantie’ van de soevereiniteit.¹⁴⁰⁸ Van origine was het rechtsstaatsideaal materieel, georiënteerd op een ethisch-politiek ideaal van vrijheid en gelijkheid. Dit ethisch-politieke ideaal is steeds verder naar de achtergrond verdwenen. Heller wil hier weer naar terug: naar een rechtsstaat met substantie, waardoor vrijheid en gelijkheid voor alle burgers mogelijk wordt.¹⁴⁰⁹ Dit ideaal noemt hij,

¹³⁹⁷ Heller 1971b, p. 9. Zie tevens Heller 1971b, p. 199; Heller 1992c, p. 8.

¹³⁹⁸ Niemeyer 1992, p. 82.

¹³⁹⁹ Heller 1971b, p. 41.

¹⁴⁰⁰ Heller 1971b, p. 42.

¹⁴⁰¹ Heller 1971b, p. 43.

¹⁴⁰² Dyzenhaus 1999, p. 166-167.

¹⁴⁰³ Heller 1971b, p. 9.

¹⁴⁰⁴ Zie tevens Dyzenhaus 1999, p. 167.

¹⁴⁰⁵ Heller 1971b, p. 10. Zie tevens Heller 1992c, p. 127.

¹⁴⁰⁶ Heller 1971b, p. 25. Zie tevens Heller 1971b, p. 28.

¹⁴⁰⁷ Heller 1971b, p. 28, 185. Zie tevens Heller 1992c, p. 9, 21-22, p. 287-288, 290-291 en Niemeyer 1992, p. 84.

¹⁴⁰⁸ Heller 1971b, p. 81.

¹⁴⁰⁹ Heller 1971b, p. 211.

zoals verder in dit hoofdstuk duidelijk zal worden, de sociale rechtsstaat [*Soziale Rechtsstaat*]. Het ontbreken van deze substantie betekent echter dat nu enkel het ‘uiterlijk’ van de soevereiniteit kan worden beschreven, maar dat aan de basis of inhoud van die soevereiniteit geen aandacht kan worden besteed. Aangezien de Staat bij uitstek berust op een interpretatie van soevereiniteit, heeft deze opvatting ertoe geleid dat het begrip van de Staat zelf verloren is gegaan.¹⁴¹⁰ De crisis van de staatstheorie hangt volgens Heller dan ook nauw samen met de crisis wat betreft de betekenis van soevereiniteit.¹⁴¹¹

Deze crisis wat betreft de betekenis van soevereiniteit hangt samen met de crisis in de democratie van de Weimarrepubliek. Heller beschrijft dat macht een inherent sociale functie heeft en hiermee een essentieel element van het politieke samenleven is.¹⁴¹² Deze sociale functie is erin gelegen dat de Staat ervoor zorgt dat er, ondanks de diversiteit die er altijd in de samenleving bestaat, een gezamenlijke *status vivendi* tot stand komt.¹⁴¹³ Deze gezamenlijke *status vivendi* is voor Heller een essentiële voorwaarde voor de democratie en wordt ondermijnd door de opvattingen over het recht en de Staat die in deze paragraaf aan de orde kwamen.¹⁴¹⁴ Voordat ik in ga op de essentie van democratie volgens Heller (paragraaf 8.6), komt nu eerst zijn staatsopvatting aan bod.

§ 8.4. De staatstheorie en de Staat volgens Heller

In paragraaf 4.2 kwam aan de orde dat Kelsen zich ten doel stelt om een staatswetenschap en rechtswetenschap te ontwikkelen die aan de natuurwetenschappen kan worden gespiegeld – een rechtswetenschap die leidt tot absolute objectiviteit en voorspelbaarheid. Volgens Heller is er, ondanks de overeenkomst dat beide pogen hun wetenschapsgebied te doordenken en te ordenen,¹⁴¹⁵ wel een belangrijk verschil tussen deze wetenschapsgebieden. Dit verschil komt bijvoorbeeld aan de orde in de tekst *Bemerkungen zur Staats- und Rechtstheoretischen Problematik der Gegenwart* (1929). In deze paragraaf ga ik in op de specifieke aard van de staatswetenschap en, in het verlengde daarvan, zijn opvatting over de Staat.

Heller beschrijft dat geesteswetenschappen – waar de staatstheorie en rechtstheorie volgens hem onderdeel van uitmaken – sociaal vormend [*gesellschaftsgestaltlich*] en politiek van aard zijn. Dit geldt niet voor natuurwetenschappen, deze *beschrijven* de natuur enkel, zonder hierbij ook een *vormend* element in zich te dragen. Tevens zijn geesteswetenschappen gericht op de toekomst: zij houden zich bijvoorbeeld bezig met de inrichting van de staat en hoe deze in de toekomst verbeterd kan worden. Het belangrijkste verschil tussen geesteswetenschap en natuurwetenschap is volgens

¹⁴¹⁰ Heller 1971b, p. 30.

¹⁴¹¹ Heller 1971b, p. 56.

¹⁴¹² Heller 1992c, p. 39.

¹⁴¹³ Heller 1992c, p. 37.

¹⁴¹⁴ Heller 1992c, p. 40.

¹⁴¹⁵ Heller 1971b, p. 269.

Heller de mate van zekerheid of berekenbaarheid wat betreft de toekomst. Vaak wordt – met Kelsen – geprobeerd om de geesteswetenschappen van dezelfde mate van zekerheid te voorzien als de natuurwetenschappen, waarbij wordt vergeten dat aan het specifieke karakter van de eerstgenoemde wetenschappen (die altijd een subjectief element bevatten) geen recht kan worden gedaan. Volledige objectiviteit kan enkel bestaan wanneer er op geen enkele wijze een beslissing hoeft te worden genomen.¹⁴¹⁶ Deze beslissing is juist van essentieel belang voor Heller (zie ook paragraaf 8.3).

Heller bekritiseert hiermee nogmaals het dominante positivisme van zijn tijd, dat juist bijdraagt aan deze verwarring door de geesteswetenschappen naar een vorm van schijnobjectiviteit te laten streven. Een dergelijke vorm van staatstheorie, die streeft naar absolute objectiviteit en berekenbaarheid, is volgens hem een staatstheorie waarin de staat zelf geen plek meer heeft. In het verlengde daarvan leidt een dergelijke opvatting van het recht tot een rechtstheorie waarin het recht zelf geen plek meer heeft (over het recht zie paragraaf 8.3).¹⁴¹⁷ Hiermee hangt samen dat de problemen in de Weimarrepubliek niet kunnen worden opgelost en niet in kaart kunnen worden gebracht, aangezien deze überhaupt niet worden aangesneden of in het geheel niet worden gemaakt blootgelegd.¹⁴¹⁸ Met andere woorden, Heller onderschrijft hier de eerdere analyse die in dit proefschrift aan de orde kwam: de rechtstheorie is weerloos geworden ten overstaan van haar vijanden.

In de voorgaande paragraaf werd duidelijk dat de Staat voor Heller niet gelijkgesteld kan worden aan het positieve recht alleen.¹⁴¹⁹ Hij wijst, met andere woorden, de vereenzelviging van recht en staat, zoals deze wordt voorgestaan door Kelsen, af.¹⁴²⁰ Volgens Heller voert Kelsen de droom van een volledig waardevrije en gedepolitiseerde staatstheorie en politiek door tot in den extreme, met het gevolg dat hij de werkelijkheid ontkent.¹⁴²¹ Heller betoogt, zoals gezegd, dat de interactie tussen juridische en sociologische elementen – voornamelijk het element van macht – essentieel is voor het begrip van de staat. Wat betreft dit samenspel tussen zedelijke natuur, wetten en cultuur is de Staat voor Heller bij uitstek van belang.

De staat dient volgens Heller begrepen te worden als de uitkomst van de interactie die de mens met de natuur aangaat – de interactie tussen natuur (normaliteit) en cultuur (normativiteit).¹⁴²² Natuur en cultuur¹⁴²³ staan in een dialectische relatie (zie voor dit begrip paragraaf 7.2) tot elkaar,¹⁴²⁴ hetgeen betekent dat de uitkomst nooit van tevoren vaststaat en steeds aan verandering onderhevig is.¹⁴²⁵ De

¹⁴¹⁶ Heller 1971b, p. 251. Zie tevens Heller 1992c, p. 58.

¹⁴¹⁷ Heller 1971b, p. 252.

¹⁴¹⁸ Heller 1992c, p. 116, 118.

¹⁴¹⁹ Heller 1971b, p. 101.

¹⁴²⁰ Zie bijvoorbeeld Heller 1992c, p. 124; Heller 1992c, p. 146-147.

¹⁴²¹ Heller 1992c, p. 149, 156.

¹⁴²² Heller 1971b, p. 106. Zie bijvoorbeeld Heller 1971b, p. 103.

¹⁴²³ Zie voor dit onderscheid Heller 1992c, p. 364-366; Niemeyer 1992, p. 86.

¹⁴²⁴ Heller 1992c, p. 167, 174, 127, 177; Niemeyer 1992, p. 85, 92.

¹⁴²⁵ Heller 1992b p. 237, 148.

belangrijkste natuurlijke omstandigheden van de staat zijn het grondgebied [*Boden*] en de aanwezige bevolking [*Blut*].¹⁴²⁶ Het proces van interactie tussen beide (de eerder genoemde *Blutverfestigung*)¹⁴²⁷ is samen met sociologische, technologische en economische omstandigheden van belang in de vorming van de Staat.¹⁴²⁸ Volgens Heller kan dit samenspel tussen natuurlijke en culturele omstandigheden enkel worden geduid door de staat op ‘immanente’ wijze te begrijpen.¹⁴²⁹ Dit betekent dat de Staat enkel geduid kan worden door deze te beschouwen als onderdeel van de sociale werkelijkheid. De Staat is, met andere woorden, een *Sozialgebilde*¹⁴³⁰ dat zich enerzijds niet laat omschrijven als een geheel subjectieve ervaringswereld, maar anderzijds niet geheel buiten de burger en de samenleving is gelegen.¹⁴³¹

De Staat komt tot stand middels alle sociale verhoudingen op haar grondgebied. De eenheid in de staat wordt volgens Heller gewaarborgd wanneer de beslissingen die de staat neemt door de burgers als legitiem worden gezien.¹⁴³² Zoals Heller het beschrijft: “[t]ätsächlich ist aber der Staatswille nur als ein durch die Gesamtheit der natürlichen und gesellschaftlichen Ordnungen und zuletzt durch staatliche Organe individualisierte, wirksame Entscheidungseinheit zu verstehen”.¹⁴³³ Het doel van de staat is het vormen van een waardengemeenschap, het verenigen van natuur en cultuur. De staat is voor Heller de gehele wezenstotaliteit, die alle verhoudingen op haar grondgebied omvat.¹⁴³⁴

Hoewel voor alsnog voornamelijk de kritiek op het denken van Kelsen aan bod is gekomen, betekent dit niet dat Heller geen waarde hecht aan de normen die deel uitmaken van het recht. Deze normen vormen het statische element binnen de staat, dat in het vormen van de wezenstotaliteit onontbeerlijk is – zonder dit element is er überhaupt geen stabiele toestand van de samenleving mogelijk. Heller vindt dat Kelsen echter geen aandacht besteedt aan de vereniging van deze statische normen met de dynamische werkelijkheid.¹⁴³⁵ Deze vereniging is essentieel voor Heller, het geheel van normen is nooit een gesloten systeem dat geheel afstaat van de werkelijkheid. Het is juist

¹⁴²⁶ Zie tevens Heller 1992b, p. 414. De termen *Blut* en *Boden* kregen onder invloed van de nazi’s een negatieve connotatie. Heller beschouwt *Blut* echter als de mensen die met elkaar samenleven op het grondgebied van de Staat – zonder te kijken naar raciale kenmerken. Wederom is het belangrijk hier op te merken dat dergelijke termen tot 1933 een totaal andere (onschuldige) betekenis hadden in vergelijking tot de latere betekenis die hier door de nazi’s aan werd gegeven.

¹⁴²⁷ Letterlijk vertaald uit het Duits ‘bloedstolling’. Dit is op zich een interessante benaming voor het proces waar Heller op wijst: bloedstolling vindt plaats op basis van een interactie tussen het bloed (de wond) en de huid en vormt op deze manier een nieuwe werkelijkheid of een nieuw uiterlijk.

¹⁴²⁸ Heller 1992c, p. 101; 123.

¹⁴²⁹ Heller 1992c, p. 125.

¹⁴³⁰ Heller 1992c, p. 139, 160.

¹⁴³¹ Heller 1992c, p. 162.

¹⁴³² Heller 1992c, p. 16.

¹⁴³³ Heller 1971b, p. 105.

¹⁴³⁴ Heller 1992c, p. 163.

¹⁴³⁵ Heller 1992c, p. 368.

mensenwerk, dat naar zijn aard altijd onvolledig en onvolkomen is¹⁴³⁶ en pas betekenis krijgt in zijn verhouding tot de werkelijkheid.

Het voorgaande leidt tot de constatering dat het Heller uiteindelijk gaat om de eenheid binnen de staat en binnen het rechtssysteem. Deze eenheid is echter niet, zoals Kelsen aanneemt, een boven elke twijfel verheven vanzelfsprekendheid, maar berust op een eenheid binnen de staat die tot stand komt door een zich steeds herhalende interactie tussen de statische normen en het dynamische leven – hetgeen leidt tot een immanente eenheid van de soevereine wil.¹⁴³⁷ Deze immanente eenheid is aldus niet uit de loutere wettekst af te leiden, maar is het resultaat van het samenspel van natuurlijke en culturele omstandigheden.¹⁴³⁸ De staat is dan ook geen complex van normen, maar van sociale verbinding. Deze sociale verbinding is bij uitstek van belang voor het recht en het voortbestaan van de democratie,¹⁴³⁹ die in de volgende paragrafen centraal staan.

§ 8.5. De staat en het recht

In de vorige paragrafen stipte ik kort aan dat de eenheid en de vorming van de waardengemeenschap voor Heller belangrijk zijn. Het recht speelt een essentiële rol in deze vorming. In de voorliggende paragraaf licht ik Hellers rechtstheorie en het belang van het recht in de Staat toe en wordt duidelijk dat de legaliteit en de legitimiteit van de rechtsorde voor Heller bij uitstek met elkaar verbonden zijn.¹⁴⁴⁰

Een van de belangrijkste aspecten van Hellers rechtstheorie is de rol die hij toedicht aan de funderende principes of beginselen [*Rechtsgrundsätze*] die volgens hem aan het recht ten grondslag liggen. Deze funderende principes spelen zowel een rol bij de rechtsontwikkeling als bij de rechtstoepassing.¹⁴⁴¹ De funderende principes van het recht dragen de cultuur, de gemeenschap van waarden, waar het recht op gebaseerd is. Het recht en deze gemeenschap van waarden staan in een dialectische, elkaar wederzijds vormende, relatie. Enerzijds is het recht afhankelijk van de waardengemeenschap, omdat de funderende principes waarop het recht gebaseerd is hieruit voortkomen. Anderzijds geeft het recht de gemeenschap ook vorm, door de (normatieve) ordening van de funderende principes en het systeem dat hieruit voortkomt. Met andere woorden, door het rechtssysteem worden de funderende principes getransformeerd in rechtsnormen.¹⁴⁴²

Deze opvatting van het recht lijkt op het eerste gezicht overeenkomsten te hebben met die van Smend. Heller en Smend vinden het vormen van een waardencultuur belangrijk en gaan ervan uit dat

¹⁴³⁶ Heller 1992c, p. 381.

¹⁴³⁷ Heller 1971, p. 111.

¹⁴³⁸ Heller 1971, p. 117.

¹⁴³⁹ Drath & Müller 1971, p. xix.

¹⁴⁴⁰ Heller 1992b, p. 355.

¹⁴⁴¹ Gerhart Niemeyer, 'Einleitung', in: Hermann Heller, 'Staatslehre', in: Hermann Heller, *Gesammelte Schriften. Dritter Band*, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), p. 88.

¹⁴⁴² Caldwell 1997, p. 132.

deze waardencultuur een essentiële rol vervult in het recht en de interpretatie van het recht. Een belangrijk verschil tussen beiden is echter dat Heller de funderende principes van het recht ziet als beginselen die ten grondslag liggen aan het rechtssysteem zelf en die hiermee – zij het niet absoluut – *voorafgaan* aan de vorming van de rechtsorde. Dit is bij Smend niet het geval, voor hem is de waardengemeenschap het *gevolg* van integratie en is de waardengemeenschap dan ook meer het resultaat van de interactie tussen burger en rechtsorde. Ik beschreef in paragraaf 8.1 al dat Caldwell de opvattingen van beiden in zekere zin als complementair beschouwt.¹⁴⁴³ Ik ben van mening dat zij, inderdaad, in zekere zin als complementair kunnen worden beschouwd: Heller wijst op de funderende beginselen die ten grondslag liggen aan het recht en deze beginselen zouden ‘verwerkelijk’ kunnen worden door de integratie waar Smend de nadruk op legt. Deze vereniging is echter niet iets dat een van beide denkers zelf aan de orde stelt, maar het resultaat van een interpretatie van hun denken.

Waar Smend als Heller het over eens zijn, is hun opvatting dat de vraag naar legitimiteit van de rechtsorde niet enkel kan worden beantwoord door te wijzen op de positieve wetgeving. Heller betoogt dat om te kunnen spreken van een legitieme rechtsorde de positieve wetgeving gerechtvaardigd dient te worden door de funderende, ethische principes in het recht die ten grondslag liggen van de rechtsorde en waardoor de rechtsorde wordt gedragen.¹⁴⁴⁴ Deze funderende principes vormen de uiteindelijke grondslag van de legitimiteit van de rechtsorde:

Die Legitimität der staatlichen Normsetzungsinstanz ist dann gegeben, wenn und soweit die Normadressaten daran glauben, daß bestimmte, den Staat und sein Recht transzendierende und sie eben damit fundierende, ethisch verpflichtende Rechtsgrundsätze es sind, welche der Rechtssetzer zu Rechtssätzen positiviert.¹⁴⁴⁵

De burger dient deze funderende beginselen als geldig te erkennen en op deze manier te vertrouwen op de legitimiteit van de rechtsorde. Indien dit niet het geval is, blijft er enkel sprake van ‘naakte’ machtsuitoefening door de Staat.¹⁴⁴⁶

Het recht en de legitimiteit van de rechtsorde berusten volgens Heller dus grotendeels op de *Rechtsgrundsätze*. Deze funderende beginselen schrijven echter geen definitieve of finale beslissing voor in een individueel geval.¹⁴⁴⁷ Hoewel Heller rechtszekerheid een belangrijk beginsel vindt, ziet hij dit niet als een technische of mechanische rechtszekerheid – zoals het legisme (zie paragraaf 5.5) voorstaat – waardoor op wiskundige wijze de uitkomst kan worden voorspeld. Hij beschouwt rechtszekerheid als de waarborg dat de funderende beginselen van het recht worden toegepast en dat iedere beslissing in het licht van deze funderende beginselen wordt genomen.¹⁴⁴⁸ Op deze manier wordt de legitimatie van de funderende beginselen, en hiermee van de rechtsorde als geheel, met

¹⁴⁴³ Caldwell 1997, p. 141. Zie tevens Caldwell 1997, p. 133.

¹⁴⁴⁴ Heller 2002, p. 278.

¹⁴⁴⁵ Heller 1992c, p. 297.

¹⁴⁴⁶ Heller 1992c, p. 298. Zie tevens Heller 2002, p. 266; Dyzenhaus 1999, p. 202.

¹⁴⁴⁷ Heller 1992c, p. 332.

¹⁴⁴⁸ Heller 1992c, p. 333. Zie tevens Heller 1971b, p. 288; Dyzenhaus 1999, p. 204.

iedere beslissing opnieuw bekrachtigt. De rol van de funderende beginselen is terug te zien in de taak van de jurist: deze dient het recht te interpreteren alsof het een volkomen, autonome orde is. Dit wordt mogelijk door de fundamentele principes van de rechtsorde: deze verschaffen duidelijkheid en hebben daarom een stabiliserende werking.¹⁴⁴⁹

De *Rechtsgrundsätze* zijn volgens Heller ethische denkbeelden, die door de rechtsorde als geheel worden uitgedragen en deze tevens funderen. Voor Heller – in tegenstelling tot Kelsen, zie paragraaf 5.2 – is de juridische sfeer nauw verbonden met zowel de sociologische of maatschappelijke sfeer als met de ethisch-politieke sfeer.¹⁴⁵⁰ Wat betreft de sociologische of maatschappelijke sfeer is het recht verbonden met de maatschappelijke orde, die een tweeledig karakter heeft. Aan de ene kant kan dit gaan om een bepaalde, in de werkelijkheid bestaande, verhouding tussen mensen. Aan de andere kant kan het gaan om een normatieve orde, waarin het recht een rol speelt.¹⁴⁵¹ Ethiek, macht en recht zijn alle met elkaar verbonden in het rechtssysteem. Aan de ene kant waarborgt het recht de macht, aan de andere kant wordt de macht beperkt door het recht. Beide staan in een dialectische verhouding tot elkaar, die vorm krijgt door de funderende beginselen.¹⁴⁵²

Op het eerste gezicht lijkt deze opvatting van het recht wellicht op het natuurrecht, maar een belangrijk verschil tussen het natuurrecht enerzijds en Hellers opvatting van de *Rechtsgrundsätze* anderzijds is dat de inhoud van de funderende principes noch van tevoren noch definitief vaststaat. Deze zijn dynamisch van aard en steeds afhankelijk van de dialectische relatie tussen natuur en cultuur (zie paragraaf 8.3).¹⁴⁵³ Daarnaast zijn de funderende principes – hetgeen ook al uit het voorafgaande bleek – niet onafhankelijk van tijd en plaats, maar gegrond in de specifieke cultuurgemeenschap: “[d]er materiell-sittliche Gehalt des Rechts ist aber im wesentlichen in den Fluß der Geschichte gestellt und unterliegt den Bedingungen der ihn tragenden und verwirklichenden Kulturgemeinschaft”.¹⁴⁵⁴ Met andere woorden, de funderende principes van het recht verschillen per samenleving en zijn niet onveranderlijk, maar juist veranderlijk en afhankelijk van het samenspel tussen normativiteit en normaliteit, tussen natuur en cultuur, binnen een bepaalde samenleving.¹⁴⁵⁵ Geconcludeerd kan worden dat Heller zowel de absolute moralisering van het recht, zoals deze gestalte krijgt in het natuurrecht, als de demoralisering van het recht (de liberale, rationale opvatting van de rechtsstaat die in paragraaf 5.2 aan de orde kwam) afwijst.¹⁴⁵⁶ Zijn theorie vormt het midden tussen beide: aan de ene kant krijgen ethiek en moraal een belangrijke plaats, maar kunnen deze niet

¹⁴⁴⁹ Dyzenhaus 1999, p. 204.

¹⁴⁵⁰ Heller 1971b, p. 57.

¹⁴⁵¹ Heller 1971b, p. 58, 88.

¹⁴⁵² Dyzenhaus 1999, p. 202.

¹⁴⁵³ Zie bijvoorbeeld Caldwell 1997, p. 138.

¹⁴⁵⁴ Niemeyer 1992, p. 89.

¹⁴⁵⁵ Niemeyer 1992, p. 89.

¹⁴⁵⁶ Heller 1992c, p. 303. Zie hiervoor Müller 1992, p. 433.

absoluut zijn. Aan de andere kant speelt de positieve wetgeving een belangrijke rol, maar dient deze altijd in het licht van de – veranderlijke – morele principes te worden geïnterpreteerd.

Hierboven kwam al aan de orde dat het gezien de waarborg van de legitimiteit van de rechtsorde, van belang is dat de burgers de funderende beginselen van het recht en de hieruit voortvloeiende individuele wetten als geldig erkennen. Indien de burgers zich in de funderende principes van de Staat herkennen, kan er een gevoel van saamhorigheid [*Wir-Bewußtsein*] tot stand komen.¹⁴⁵⁷ Dit saamhorigheidsgevoel is het resultaat van de dialectische relatie tussen het individu en de gemeenschap en wordt bijvoorbeeld tot uitdrukking gebracht door de vertegenwoordigers van de staat zoals rechters en parlementariërs.¹⁴⁵⁸ De burger hoeft het niet eens te zijn met alles wat door de staat wordt besloten, maar om de eenheid van de staat te waarborgen dient deze wel de structuur van de staat als geheel te steunen en zich dientengevolge te herkennen in de funderende beginselen van de staat.¹⁴⁵⁹ Met andere woorden, er is een bepaalde mate van bewustzijn en bestaan van homogeniteit noodzakelijk voor zowel de vorming als het voortbestaan van de eenheid binnen de staat.¹⁴⁶⁰

Door het bestaan van de homogeniteit is het vormen van een natie mogelijk: “[j]e stärker ein Volk das Bewußtsein von seiner Eigenart und damit von seiner Verscheidenheit andern Völkern gegenüber zu einem gemeinschaftlichen Gefühl und Bewußtsein des ‘Wir’ entwickelt, in desto höherem Maße kann es ‘Volksgemeinschaft’ und, im Gebiet des Politischen, Nation werden”.¹⁴⁶¹ Het vormen van de natie is voor Heller essentieel in verband met de legitimatie van de Staat en de rechtsorde – beide worden door de natie gedragen. Ik noemde hierboven al dat Heller zich afkeert van het idee van de volksgemeenschap die van tevoren bestaat. Hij richt zich bijvoorbeeld ook tegen het idee van de algemene wil van Rousseau (zie hiervoor paragraaf 5.3).¹⁴⁶² Daarnaast berust de volksgemeenschap ook niet, zoals Schmitt betoogt, op een door de soeverein genomen beslissing over vriend en vijand (zie paragraaf 6.6).¹⁴⁶³ Beide opvattingen zouden door Heller als ‘statisch’ omschreven worden en doen volgens hem te weinig recht aan het veranderlijke aspect van de natie: hij gaat uit van een dialectische relatie tussen de gemeenschap en het individu, die steeds aan verandering onderhevig is.¹⁴⁶⁴ Deze relatie tussen gemeenschap en individu – en de eenheid die hiermee tot stand komt – kan alleen tot stand komen middels de staat. Deze kan niet enkel in normen – of zelfs in een

¹⁴⁵⁷ Heller 1971b, p. 428.

¹⁴⁵⁸ Heller 1992c, p. 18; Heller 1971b, p. 428.

¹⁴⁵⁹ Heller 1992c, p. 19; Heller 1971b, p. 428. Zie bijvoorbeeld ook Caldwell 1997, p. 132.

¹⁴⁶⁰ Heller 1971b, p. 427; Dyzenhaus 1999, p. 189.

¹⁴⁶¹ Heller 1992c, p. 262.

¹⁴⁶² Heller 1992c, p. 265.

¹⁴⁶³ Dyzenhaus 1999, p. 189-190.

¹⁴⁶⁴ Zie Cloyd 1991, p. 283-385.

enkele *Grundnorm* – worden uitgedrukt.¹⁴⁶⁵ Dit leidt tot de conclusie dat staat, gemeenschap en recht alle met elkaar samenhangen.¹⁴⁶⁶

Eine Einheit der staatlichen Rechtsordnung gibt es nur, weil und soweit es eine reale staatliche Herrschaftseinheit gibt, ein Normensystem des Rechts gibt es nur, weil und soweit Widersprüche der Rechtsordnung eine die Herrschaftseinheit bedrohende tatsächliche Unordnung bedeuten würden, und eine ‘spezifische juristisch-normative Einheit’ des Staates gibt es nur, weil es eine wirkliche soziologische Staatseinheit gibt.¹⁴⁶⁷

Heller keert zich tegen eenheidsvorming in de Staat middels juridische decreten, zoals die in de nadagen van de Weimarrepubliek werden uitgevaardigd (zie paragraaf 2.7.2) – op dergelijke wijze kan een waardengemeenschap niet tot stand komen.¹⁴⁶⁸ De besluitvorming wordt immers van bovenaf opgelegd in plaats van dat deze vanuit de gemeenschap zelf komt.

Dit betekent niet dat de waardengemeenschap niet af en toe verdedigd dient te worden of verdedigd kan worden volgens Heller. Wat betreft de verdediging van de Constitutie, is Hellers interpretatie van artikel 48 van de Weimargrondwet interessant. Als het gaat om het tweede lid van het voornoemde artikel, betoogt hij dat dit in samenhang met artikel 1 lid 2 van de Weimargrondwet moet worden gelezen.¹⁴⁶⁹ In dit artikel is neergelegd dat de Weimarrepubliek een democratie is waarbij alle macht van het volk uit gaat (‘die Staatsgewalt geht vom Volke aus’, zie paragraaf 4.5). Dit betekent dat Heller hier duidelijk de nadruk legt op het democratisch element van de noodtoestand en op het feit dat democratische besluitvorming de basis dient te zijn waarop de noodtoestand gebaseerd is. Met andere woorden, hoewel de Rijkspresident degene is die beslist over de uitzonderingstoestand, dient dit wel te gebeuren in samenspraak met de Rijksdag – zoals bepaald in artikel 48 lid 3 van de Weimargrondwet. Heller is voornamelijk van mening dat het volk dient te beslissen over de noodtoestand indien deze langer aanhoudt. Volgens hem is dit niet enkel een kenmerk van democratische besluitvorming, maar ook van de rechtsstaat waarin de bevoegdheid om beslissingen te nemen zich niet concentreert in één enkel staatsorgaan.¹⁴⁷⁰

Hier is wederom een duidelijk verschil te zien met Schmitt, die enerzijds juist de nadruk legt op het democratische karakter van de Rijkspresident (die door het gehele volk gezamenlijk wordt gekozen) en anderzijds benadrukt dat juist het liberale, rechtsstatelijke element – dat de staatsmacht verdeelt – de slagvaardigheid in de noodtoestand onmogelijk maakt. Schmitt is van mening dat in een noodtoestand de Rijkspresident de directe bevoegdheid dient te verkrijgen om beslissingen te nemen. Daarnaast is er ook een duidelijk verschil met de opvattingen van Kelsen. Heller beschrijft zelf dat het logisch is dat er in de Oostenrijkse Grondwet van die tijd geen regeling omtrent de noodtoestand is

¹⁴⁶⁵ Heller 1992c, p. 19, 20; Heller 1971b, p. 186.

¹⁴⁶⁶ Zie Cloyd 1991, p. 385.

¹⁴⁶⁷ Heller 1992c, p. 20.

¹⁴⁶⁸ Heller 1971b, p. 374.

¹⁴⁶⁹ Heller 1971b, p. 127.

¹⁴⁷⁰ Heller 1971b, p. 128.

opgenomen, aangezien Kelsen aan de wieg van deze Grondwet stond.¹⁴⁷¹ Voor Kelsen bestaat de noodtoestand in het geheel niet, aangezien iedere beslissing direct afgeleid dient te zijn van wettelijke normen. Iets dat afwijkt van deze normen, kan geen juridische toestand zijn en hiermee is er dus in het gesloten systeem van Kelsen geen ruimte voor de noodtoestand.

De beschouwingen van Heller over juridische decreten en noodtoestand zijn nauw verbonden met de politieke situatie in Duitsland van dat moment. Op deze politieke situatie gaat hij verder in in de tekst *Autoritärer Liberalismus* (1933). Heller beschrijft dat sinds 1932 het woord ‘autoritaire staat’ van toepassing is op Duitsland, een ideaal van de regering-Papen (zie paragraaf 2.7.2). Gezien de feitelijke situatie heeft Heller hier mijns inziens geheel gelijk: *de facto* was er sprake van een regering die steeds meer macht naar zich toetrok door het regeren via decreten en die in steeds mindere mate door de bevolking werd ondersteund, terwijl er *de jure* nog steeds sprake was van een democratische staatsvorm. Volgens Heller is het regeren via decreten geenszins democratische te noemen.¹⁴⁷² Hij wijst de besluitvorming op dergelijke wijze dan ook af. Voor Heller is democratische besluitvorming essentieel wat betreft de vorming van een waardengemeenschap en doet het regeren via decreten hier geen recht aan. Hellers democratie-opvatting staat in de volgende paragraaf centraal.

§ 8.6. Democratie aan de basis van homogeniteit

In de vorige paragraaf kwam werd duidelijk dat Heller van mening was dat homogeniteit en saamhorigheid binnen de Staat belangrijk zijn voor het recht. De aanname van een homogene gemeenschap – of in ieder geval de mogelijkheid om hiertoe te komen – ligt tevens aan de basis van Hellers democratietheorie.¹⁴⁷³ Dit saamhorigheidsgevoel is de eenheid waarop de democratie uiteindelijk dient te berusten: de democratische staatsvorm, de regering door het volk, vereist dat het volk onder alle omstandigheden een eenheid kan vormen door actie en beslissing.¹⁴⁷⁴ Belangrijk is hier het woord ‘kan’: de regering in een democratie is gebaseerd op inherente verdeeldheid en pluraliteit van mensen, maar moet wel in staat zijn deze te integreren tot een geheel wanneer dat nodig is.

De beslissende vraag is hoe deze eenheid tot stand kan komen. Politiek is voor Heller altijd de organisatie en het met elkaar verenigen van tegengestelde meningen op grond van een wilsgemeenschap. De democratie is bij uitstek van het bestaan van deze eenheid afhankelijk, omdat dwang en onderwerping een minder grote rol kunnen spelen dan in andere staatsvormen, zoals in de autocratische staat.¹⁴⁷⁵ Een belangrijk onderdeel in de vorming van de eenheid binnen de democratie is het kiezen en benoemen van volksvertegenwoordigers.¹⁴⁷⁶ Volgens Heller zijn politieke partijen hierbij

¹⁴⁷¹ Heller 1971b, p. 132.

¹⁴⁷² Heller 1992b, p. 645.

¹⁴⁷³ Caldwell 1997, p. 137.

¹⁴⁷⁴ Heller 1971b, p. 289.

¹⁴⁷⁵ Heller 1992b, p. 467.

¹⁴⁷⁶ Heller 2002, p. 259.

van essentieel belang – zij zijn onmisbaar aangezien het onmogelijk is om de wil van het volk direct af te leiden.¹⁴⁷⁷ Interessant is hier wederom het verschil met Schmitt, die ervan uit gaat dat de eenheid binnen de democratische regering niet gevormd kan worden uit een parlement dat bestaat uit meerdere politieke partijen (zie paragraaf 6.5). Heller is het niet met hem eens, voor hem zijn de politieke partijen juist van belang voor de immanente rechtvaardiging van de Staat en kan de inherente verdeeldheid en pluraliteit van het volk middels de vertegenwoordiging door politieke partijen worden omgebogen tot eenheid. Hij raakt hier aan de democratie-opvatting van Preuß die aan de wieg stond van de Weimargrondwet en refereerde aan democratie als het komen tot eendracht uit verscheidenheid [*Einheit in Vielfalt*].¹⁴⁷⁸ Voor Heller is de mogelijkheid hiertoe, net als voor de acceptatie van het recht, wel afhankelijk van het bestaan van een bepaalde mate van sociale homogeniteit. Hij beschrijft:

Democracy is supposed to be a continuous process of the formation of political unity from bottom to top; all representation is supposed to remain legally dependent of the community's will. The people as a plurality is supposed consciously to form itself into the people as a unity. For the formation of political unity to be possible at all, there must be a certain degree of social homogeneity.¹⁴⁷⁹

Voor Heller is de parlementaire democratie gestoeld op de voornoemde sociale homogeniteit, die gebaseerd is op de gezamenlijke fundamenteën van de discussie en de mogelijkheid tot ‘eerlijk spel’ [*fair play*]: het afzweren van geweld en de optie om iemand met geweld te onderwerpen aan jouw ideeën. Wanneer deze mogelijkheid verdwijnt, is er geen politieke eenheid meer mogelijk.¹⁴⁸⁰ Hiermee is de democratie-opvatting van Heller meer verwant aan die van Kelsen (zie paragraaf 5.4) dan aan die van Schmitt. Schmitt verklaarde dat de oorspronkelijke betekenis van het parlement, het komen tot de waarheid, niet meer mogelijk is (zie paragraaf 6.4). Vanzelfsprekend heeft hij volgens Heller gelijk als hij beschrijft dat discussie een belangrijk element is in de parlementaire democratie, maar het oorspronkelijke doel is niet het komen tot de waarheid, maar het bestaan van een gemeenschappelijke grond van discussie. Zonder deze basis verliest de democratie haar geldingskracht.¹⁴⁸¹ Voor Heller gaat het proces van politiek vooraf aan deze beslissing en heeft Schmitt onvoldoende oog voor de vorming van de eenheid die voortvloeit uit deze beslissing en is hij enkel bezig met het politieke dat al tot stand is gebracht – dat terwijl juist het ‘Prozeß des Werdens und Sichbehauptens des Staates als Einheit in der Vielheit seiner Glieder’ essentieel is voor de democratie.¹⁴⁸² Net als voor Kelsen, is de democratie voor Heller gericht op compromis. Echter legt hij naast deze compromisvorming de nadruk, meer dan Kelsen, op het komen tot een overkoepelende eenheid. Cloyd beschrijft treffend:

¹⁴⁷⁷ Heller 2002, p. 260. Zie tevens Heller 1971b, p. 423.

¹⁴⁷⁸ Zie hiervoor Voßkuhle 2011, p. 257. Dit werd in 1928 in vrijwel gelijke bewoordingen herhaald door Herman Heller, zie Stolleis 2002, p. 102.

¹⁴⁷⁹ Heller 2002, p. 260.

¹⁴⁸⁰ Heller 2002, p. 260; Heller 1971b, p. 427.

¹⁴⁸¹ Heller 1992b, p. 469; Heller 1971b, p. 427.

¹⁴⁸² Heller 1971b, p. 425.

Unification and sovereign will through democratic and representative government should be considered 'a technical means by which the people as a unity rules the people as a plurality'. The precondition of this was 'the real existence of a 'general will' capable of carrying the dissenting minority along'.¹⁴⁸³

Waar Heller dus, meer dan Kelsen, de nadruk legt op het komen tot een overkoepelende eenheid, legt hij tevens de focus op de funderende beginselen die ten grondslag liggen aan het proces van compromis- en eenheidsvorming. Dit neigt meer naar een materiële democratie-opvatting, waarbij er wordt uitgegaan van enkele waarden die ten grondslag liggen aan de democratie zelf, dan op de loutere formele democratie-opvatting van Kelsen (zie paragraaf 5.8). De conclusie dat Heller een voorstander is van een materiële democratie waarin de funderende beginselen vastliggen en nooit veranderd of afgeschaft kunnen worden, zou echter te ver gaan. Hoewel er volgens hem bepaalde waarden ten grondslag liggen aan het democratisch systeem is Heller niet van mening dat deze onveranderlijk zijn.

Eerder in dit hoofdstuk kwam aan de orde dat een van de belangrijkste elementen in het denken van Heller zijn opvatting over de sociale rechtsstaat is. Voor hem kan de voor een democratische staat essentiële sociale homogeniteit enkel worden bereikt in een sociale rechtsstaat waarin vrijheid en gelijkheid voor alle burgers het uitgangspunt zijn. Heller beschrijft dat de maatschappelijke homogeniteit zich in Duitsland steeds verder heeft ontwikkeld: er bestaan bijna geen groepen mensen meer die uitgesloten worden door de Staat. Dit geldt tevens voor de formeel-juridische homogeniteit: ieder mens heeft een gelijk aandeel in de eenheidsvorming binnen de democratie.¹⁴⁸⁴ Hij ziet echter ook een keerzijde: het bewustzijn van vrijheid kan ook bedreigend werken voor de eenheidszin.¹⁴⁸⁵ Indien iedereen zijn eigen wil kan nastreven en hierbij geen oog heeft voor de eenheid binnen de samenleving, zou dit desastreus zijn voor de vorming van eenheid binnen de democratie. Deze eenheid is, zoals ik al meermaals benadrukte, bij uitstek van belang voor Heller: een cultuurgemeenschap en een saamhorigheidsgevoel binnen de democratie zijn pas mogelijk wanneer er een bepaalde mate van homogeniteit bestaat.¹⁴⁸⁶ Juist deze homogeniteit stond in de Weimarrepubliek van zijn tijd onder druk.¹⁴⁸⁷ Hij weet dit vooral aan het verlies van de waardengemeenschap – dat volgens hem aan de wieg stond van de crisis in het Europa van zijn tijd.¹⁴⁸⁸ Een van de stromingen die een antwoord poogt te geven op deze problemen is het fascisme. Hellers opvattingen over het fascisme staan in de volgende paragraaf centraal.

¹⁴⁸³ Cloyd 1991, p. 385.

¹⁴⁸⁴ Heller 1971b, p. 429.

¹⁴⁸⁵ Heller 1971b, p. 430.

¹⁴⁸⁶ Heller 1971b, p. 432.

¹⁴⁸⁷ Heller 1992b, p. 470, 476.

¹⁴⁸⁸ Heller 1992b, p. 476.

§ 8.7. Heller: *het fascisme als schijnoplossing*

In paragraaf 8.2 kwamen al enkele problemen van de staatstheorie van de Weimarrepubliek die Heller identificeerde aan de orde. Hier voegde hij vanaf het einde van de jaren '20 van de vorige eeuw nog een analyse aan toe, die hij verbond met een verkenning van de aantrekkingskracht van het fascisme. De staatstheorie van zijn tijd was volgens Heller gebaseerd op tegengestelde ideeën: aan de ene kant op een begrip van de politieke leider, maar aan de andere kant op het automatisch functioneren van de massa. Dit laatste was voor hem gebaseerd op een liberaal idee, waarbij de regering als onafhankelijk van het politieke belang werd voorgesteld.¹⁴⁸⁹ Dit deed volgens Heller geen recht aan de realiteit en daarom ontstond er langzaam behoefte aan een politieke leider.¹⁴⁹⁰ Cloyd vat dit helder samen: “Heller described the two fatal political diseases of the Weimar Republic, the irresponsibility of the parliamentary factions and the worship of a politically disembodied ‘leadership’, as the consequences of the failure of political and legal theory to illuminate essential problems”.¹⁴⁹¹

Heller nam het fascisme, in tegenstelling tot veel andere socialisten, uiterst serieus. Het legde volgens Heller een aantal essentiële zwaktes in de staatstheorie van zijn tijd bloot.¹⁴⁹² Zo had de liberale politieke theorie de democratie verzwakt door de aanval op soevereiniteit en de hiermee samenhangende abstracte visie op het recht (zie paragraaf 8.3).¹⁴⁹³ Met dat eerste doelt hij voornamelijk op het gedepersonaliseerde soevereiniteitsbegrip van de rechtsstaat: de rechtsstaat deelt soevereiniteit op om het vervolgens te verdelen het over verschillende onderdelen van de Staat. In het verlengde daarvan ligt de abstracte visie op het recht, waarbij ervan uit wordt gegaan dat het recht zelfstandig functioneert – op een algemene wijze. Beide – volgens Heller rationele – elementen tezamen voeden de aantrekkingskracht van het fascisme.¹⁴⁹⁴

Volgens Heller maakte het fascisme twee dingen duidelijk. Ten eerste dat de rationele politieke theorie had gefaald wat betreft het begrijpen van de essentie van autoriteit in de democratie. Zoals ik in paragraaf 8.3 noemde, was de autoriteit in de democratische rechtsstaat gebaseerd op een abstract begrip van het recht – recht dat ‘als vanzelf’ de burgers in de Staat beheerst. Democratie kon volgens Heller niet los worden gezien van autoriteit, maar ging om de vraag welke standaarden worden toegepast op de macht en autoriteit die democratisch tot stand zijn gekomen.¹⁴⁹⁵ Het fascisme legde de nadruk op het element van autoriteit en macht waar de dominante staatstheorie van de Weimarrepubliek geen plaats aan kon geven.

Daarnaast maakte de opkomst van het fascisme duidelijk dat er een crisis van waarden bestond en dat de democratie deze enkel te boven kon komen door het creëren van eigen, alternatieve

¹⁴⁸⁹ Cloyd 1991, p. 387-388.

¹⁴⁹⁰ Cloyd 1991, p. 391.

¹⁴⁹¹ Cloyd 1991, p. 392.

¹⁴⁹² Heller 1992b, p. 465.

¹⁴⁹³ Cloyd 1991, p. 386.

¹⁴⁹⁴ Cloyd 1991, p. 387.

¹⁴⁹⁵ Cloyd 1991, p. 394.

waarden.¹⁴⁹⁶ De Constitutie dient gedragen te worden door deze alternatieve waarden.¹⁴⁹⁷ De ratio van het parlement ligt in het behoud van de openheid wat betreft het opnieuw tot stand brengen van de eenheid. Het is gebaseerd op het idee dat er een – hoewel aan verandering onderhevige toch – gezamenlijke en stabiele basis voor discussie bestaat.¹⁴⁹⁸ Het probleem was dat in de nadagen van de Weimarrepubliek niet alleen deze basis, maar ook de sociale homogeniteit ontbrak.¹⁴⁹⁹

De formele rechtsstaat – ontstaan uit liberale opvattingen – diende volgens Heller getransformeerd te worden tot een sociale rechtsstaat: indien de sociale homogeniteit en sociale gelijkheid die hiermee samenhang afwezig waren, waren de individuele waarden en vrijheden die het liberalisme voorstaat waardeloos.¹⁵⁰⁰ Cloyd vat dit als volgt samen: “[t]he liberal interpretation of the Rechtsstaat obscured the need for an effective political will grounded in a community of value. Democracy, as Heller saw it, very much depended on there being a community of value [..]”.¹⁵⁰¹ Met andere woorden, burgers kunnen wel individuele vrijheden hebben maar indien er aan deze algemene vrijheden geen fundament van saamhorigheid ten grondslag ligt, zullen deze eerder leiden tot verdeeldheid dan tot eenheid. Dit was precies wat waargenomen kon worden aan het einde van de Weimarrepubliek: onder invloed van verscheidene crises daalde het vertrouwen in de Weimardemocratie en diens uitgangspunten steeds verder. Hierdoor ontstond ook een vruchtbare voedingsbodem voor de democratie vijandig gezinde ideologieën, zoals het fascisme en communisme.

Het normatieve denken van Kelsen ziet in de rechtsstaat vooral het principe van *Führerlosigkeit* (het ontbreken van de leider). Dit draagt eraan bij dat burgers op zoek gaan naar de zedelijke grondslag van het rechtssysteem en de Staat. Hier is in het normatieve denken van Kelsen – en het liberale, formalistische denken in het algemeen – geen ruimte voor aangezien dergelijke elementen worden geweerd uit het recht. Burgers, die toch behoefte hebben aan een dergelijke rechtvaardiging, voelen zich hierdoor in toenemende mate aangetrokken tot de fascistische dictatuur.¹⁵⁰² Het fascisme speelt dankbaar in op deze behoefte en misbruikt het idee van een volksheerschappij. Zij beschouwt zichzelf als de vertegenwoordiger van de ‘ware’ democratie; zij vertegenwoordigt dit volk immers *direct* en laat haar beslissingen ook door het volk bekrachtigen. Schmitt toont het democratische karakter van het fascisme op deze manier.¹⁵⁰³ In het voorwoord uit 1926 van de tweede druk van *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* beschrijft hij het als volgt:

¹⁴⁹⁶ Cloyd 1991, p. 393.

¹⁴⁹⁷ Cloyd 1991, p. 395.

¹⁴⁹⁸ Zie Cloyd 1991, p. 401.

¹⁴⁹⁹ Cloyd 1991, p. 403.

¹⁵⁰⁰ Dyzenhaus 2002, p. 250.

¹⁵⁰¹ Cloyd 1991, p. 395.

¹⁵⁰² Heller 1971b, p. 451.

¹⁵⁰³ Heller 1992b, p. 541.

The stronger the power of democratic feeling, the more certain is the awareness that democracy is something other than a registration for secret ballots. Compared to democracy that is direct, not only in the technical sense but also in a vital sense, parliament appears an artificial machinery, produced by liberal reasoning, while dictatorial and Caesaristic methods not only can produce the acclamation of the people but can also be a direct expression of democratic substance and power.¹⁵⁰⁴

Dit citaat drukt precies het problematische aspect van het fascisme uit volgens Heller: het fascisme doet voorkomen alsof het gebaseerd is op een directe acclamatie van de volkswil, maar in werkelijkheid berust het enkel op het misbruiken van de democratie aangezien er geen enkele mogelijkheid tot inspraak en controle van de macht mogelijk is door het volk.¹⁵⁰⁵ Tegelijkertijd zou Heller zich wel aansluiten bij de diagnose van Schmitt dat een verbinding van burgers die samenkomen in een homogene, sociale gemeenschap of een waardencultuur op basis van ‘registration for secret ballots’ niet tot stand kan komen. Deze optelsom van stemmen is volgens Schmitt bij uitstek een gevolg van het liberale denken waar ook Heller zich tegen keert (zie paragraaf 8.3).

Behalve het beroep op de directe acclamatie van de volkswil, draagt het fascisme nog op een andere manier bij aan het verhullen van haar despotische karakter door zich te beroepen op het idee van de coöperatieve staat [*berufsständische Staat*]. In een dergelijke Staat bestaan verschillende coöperaties, die gezamenlijk de Staat vormen. Volgens Heller is ook dit type Staat – ook al wordt het anders voorgedaan – niet gebaseerd op democratische uitgangspunten. Het wordt mogelijk gemaakt door een willoos gemaakte massa, die geen inspraak heeft in de besluitvorming.¹⁵⁰⁶ Het dictatoriale karakter van de coöperatieve staat wordt echter verbloemd doordat de macht niet in één persoon geconcentreerd lijkt te zijn. Dit berust volgens Heller op een onjuiste voorstelling van zaken: de verschillende coöperaties worden in toenemende mate afhankelijk gemaakt van de dictator en hiermee ‘warm gemaakt’ voor de dictatuur.¹⁵⁰⁷ Hij vat samen:

Ohne die Gewißheit der gesetzmäßigen Freiheit der Meinungsäußerung, der Freiheit des Religionsbekenntnisses, der Wissenschaft, Kunst und Presse, ohne die rechtsstaatlichen Sicherungen gegen willkürliche Verhaftungen und gegen willkürliche Verurteilungen durch diktatorisch abhängige Richter, ohne das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung kann das Bürgertum weder geistig noch ökonomisch leben.¹⁵⁰⁸

Een ander belangrijk kenmerk van het fascisme dat de bevolking aantrekt, is dat het inspeelt op de behoefte aan een eenduidige realiteit.¹⁵⁰⁹ De mythe van de natie als een symbolisch geformuleerde en daardoor als geleefde intensieve totaliteit werkt als integrerende kracht beter dan een rationele

¹⁵⁰⁴ Carl Schmitt, *The crisis of parliamentary democracy* (Ellen Kennedy vert.), Cambridge/MA: The MIT Press 1985, p. 16-17.

¹⁵⁰⁵ Heller 1971b, p. 457.

¹⁵⁰⁶ Heller 1971b, p. 458.

¹⁵⁰⁷ Heller 1971b, p. 459.

¹⁵⁰⁸ Heller 1971b, p. 460.

¹⁵⁰⁹ Heller 1992b, p. 510.

benadering zoals die wordt voorgestaan door iemand als Kelsen.¹⁵¹⁰ De opvatting van Heller wat betreft de eenduidige realiteit vertoont grote overeenkomsten met de opvatting van de Duitse politiek filosoof Hannah Arendt (1906-1975) wanneer zij schrijft over de aantrekkingskracht van de totalitaire ideologie op de massa:

The masses' escape from reality is a verdict against the world in which they are forced to live and in which they cannot exist, since coincidence has become its supreme master and human beings need the constant transformation of chaotic and accidental conditions into a mad-made pattern of relative consistency¹⁵¹¹

Volgens Arendt legt de ideologie de wereld op een begrijpelijke wijze uit en zorgt ervoor dat alle toevalligheden worden geëlimineerd.¹⁵¹² In de nadagen Weimarrepubliek, waarin onzekerheid steeds meer de overhand krijgt onder invloed van de economische en politieke crises (zie paragraaf 2.7.1 en 2.7.2), voelden dergelijke consistentie en duidelijkheid als een warm bad. Volgens Heller is dit exact wat de aantrekkingskracht van het fascisme verklaart.

Hij stelt aldus dat het begrijpelijk is dat het fascisme de oplossing *lijkt* te zijn voor de problemen van de Weimarrepubliek. Dit is echter een illusie, het is een dictatoriale staatsvorm, die anarchie en overheersing voorstaat.¹⁵¹³ Waar Smend van mening is dat bepaalde kenmerken van het fascisme zouden kunnen dienen als voorbeeld voor de democratie om deze van binnenuit te versterken, keert Heller zich in het geheel tegen het fascisme.¹⁵¹⁴ Geconcludeerd kan dan ook worden dat hoewel het fascisme enkele problemen inherent aan de democratische staatsvorm blootlegt, het voor Heller nooit een alternatief kan zijn voor democratie – de democratie dient, om de aantrekkingskracht van het fascisme te vermijden te streven naar de ontwikkeling van een sociale homogeniteit, van een cultuurgemeenschap die aan de basis ligt van Staat en recht en die door de burgers wordt gedragen.

§ 8.8. Conclusie

In de inleiding van dit hoofdstuk beschreef ik dat de theorieën van Smend en Heller aan elkaar verwant zijn en in zekere zin zelfs als complementair kunnen worden beschouwd. In het vorige hoofdstuk kwam aan de orde dat de theorie van Smend – in tegenstelling tot die van Schmitt en Kelsen – aanknopingspunten biedt voor een rechtstheoretische verdedigingslinie tegen bescherming van de vijanden van de Weimardemocratie. Hetzelfde kan worden gesteld wat betreft de theorie van Heller, wiens theorie in zekere zin een versteviging van deze verdedigingslinie biedt.

Waar Smend de nadruk legt op de integrerende werking tussen burger en instituties – waardoor de gemeenschappelijke wil aldus tot stand komt *na* de vorming van de Staat – legt Heller de

¹⁵¹⁰ Heller 1992b, p. 506.

¹⁵¹¹ Hannah Arendt, *The Origins of Totalitarianism*, Londen: Penguin Classics 2017, p. 461.

¹⁵¹² Arendt 2017, p. 460.

¹⁵¹³ Heller 1992b, p. 604-606.

¹⁵¹⁴ Heller 1971b, p. 460.

nadruk op de gemeenschappelijke wil die ten grondslag ligt aan de instituties van de Staat. Duidelijk is dat beiden de verdeeldheid in de Staat zien als een inherent onderdeel van democratie, maar dat zij van mening zijn dat er uit die verdeeldheid een bepaalde vorm van eenheid tot stand moet komen. Hier verschillen zij van Schmitt, die verdeeldheid zo veel mogelijk wil voorkomen en hierin een onderdeel van zwakte van de staat ziet, en van Kelsen die ervan uitgaat dat de minderheid in de democratie zich uiteindelijk dient te schikken naar de wil van de meerderheid (zij het middels een compromis en geen dictatuur van de meerderheid).

Heller legt veel nadruk op de funderende principes van het recht, de *Rechtsgrundsätze*. Deze liggen volgens hem ten grondslag aan het recht zelf en vormen de belangrijkste vorm van legitimatie van de staat. Heller heeft kritiek op de theorie van Kelsen die hij ziet als de vervolmaking van het Duitse positivistische denken, dat na de Franse Revolutie steeds meer aan invloed won. Op basis van dit denken kan geen recht worden gedaan aan de sociologische betekenis van de staat. Het is voor Heller voornamelijk het element van macht dat tekort wordt gedaan. De soevereiniteit van de Staat wordt ontdaan van zijn substantie of inhoud. Tegelijkertijd is hij zich ervan bewust dat een te grote nadruk op het machts-element binnen de staat, zoals dit in Schmitts denken zichtbaar wordt, tevens onwenselijk is en zelfs een bedreiging kan opleveren voor de democratie wanneer deze macht in verkeerde handen valt.

Het doel is voor Heller dan ook een rechtsstaat met substantie, die volgens hem vorm kan krijgen in het ideaal van de sociale rechtsstaat dat gebaseerd is op het uitgangspunt van vrijheid van gelijkheid van iedere burger. De staat ontstaat voor Heller door het continue samenspel van cultuur en natuur, die in een dialectische relatie tot elkaar staan. De staat is een sociaal proces en berust op de eenheid van beslissingen die door de burgers als legitiem worden gezien. Dit kan door het tot stand brengen van gemeenschappelijke grondslag voor discussie, die gegrond is in de *Rechtsgrundsätze*. Het recht en de gemeenschap staan hierdoor in een elkaar wederzijds vormende relatie. Indien de burgers zich in de *Rechtsgrundsätze* erkennen, komt er een gevoel van saamhorigheid [*Wir-Bewußtsein*] tot stand. Uiteindelijk is deze saamhorigheid – of homogeniteit – de belangrijkste basis voor de democratie en de legitimiteit van de staatsmacht voor Heller. Indien dit bewustzijn sterk genoeg is, komt een democratische cultuur tot stand die enerzijds vormend is voor de burgers, maar anderzijds ook vorm krijgt door de burgers.

Zowel Smend als Heller is verontrust over de mogelijkheid tot de vorming van eenheid en homogeniteit in de democratie van de Weimarrepubliek. Dat deze zorgen terecht zijn, kwam in hoofdstuk 2 uitgebreid aan de orde: op papier kan er wel sprake zijn van een democratische staatsvorm, maar wanneer de realiteit is dat steeds meer burgers zich van de democratische uitgangspunten afkeren, dreigt de democratie op den duur weerloos te worden. De rechtstheorie kan hiertoe een verdedigingslinie bieden en Smend en Heller geven goede aanzetten tot de totstandkoming van een dergelijke verdedigingslinie. Zij geven duidelijk de voorkeur aan de democratie en niet aan

het fascisme, dat zij zien als een van de belangrijkste uitdagers en alternatieven ten tijde van de Weimarrepubliek.

Het fascisme legt desalniettemin enkele belangrijke tekortkomingen in de democratie van de Weimarrepubliek bloot. Waar het fascisme burgers door een krachtige ideologie aan zich weet te binden, heeft de Weimardemocratie moeite om een waardengemeenschap te vestigen en het vertrouwen van burgers vast te houden. Het antwoord dat Heller en Smend op deze tekortkoming formuleren is het ontwikkelen van een alternatieve, democratische politieke cultuur die wel een tegenwicht kan bieden aan het opkomende fascisme. Zij verschillen echter van mening over het antwoord op de vraag hoe deze politieke cultuur er dan uit moet zien en vooral over de vraag of er sprake moet zijn van een vooraf gevormde politieke identiteit, die ten grondslag ligt aan de instituties van de staat (Heller) of dat deze politieke identiteit tot stand komt na de dialectische verwerkelijking (Smend).

Geconcludeerd moet worden dat hun beider theorieën, zeker samen genomen, belangrijke aanknopingspunten voor de verdediging tegenover de vijanden van de Weimardemocratie. Indien de homogeniteit – die tot uiting komt in de acceptatie van kernwaarden – waar de democratie uiteindelijk op gebaseerd is onder druk komt te staan, komt tegelijkertijd de legitimiteit van de democratie onder druk te staan. Dit is exact wat er gebeurde in de nadagen van de Weimarrepubliek. De vraag die rest is of de mogelijkheden tot de verdediging van de Weimardemocratie die Smend en Heller bieden ook ook *reëel* waren in de steeds verder ontwarende crises binnen de Weimardemocratie. Dit vraag wordt in de slotbeschouwing beantwoord.

