

Redt de vrijheid zich slechts door zichzelf op te geven? Carl Schmitts dilemma voor de liberale democratie

Tussen identificeren en misbruiken van de zwaktes van de Weimarrepubliek

Aavid Roctus

*Onder wetenschappelijke begeleiding van
Prof. Dr. Stefan Sottiaux en Drs. Christophe Maes*

INLEIDING

1. Dat Fukuyama met zijn *'The End of History'* (1992) te voorbarig de universele overwinning van de liberale democratie uitriep, is inmiddels een veelgemaakte conclusie. Toch genieten de principes van de liberale democratie nog steeds een brede consensus in de westerse samenlevingen. Iets fundamenteels lijkt echter veranderd: de bewijslast is verschoven. Niet langer is de liberale democratie een vanzelfsprekendheid, die niet genoeg afstand kon nemen van de natiestaat, die vereenzelvigd werd met de donkerste bladzijden uit de twintigste-eeuwse geschiedenis. Voortaan is de globalisering geen onafwendbare lotsbestemming meer en moet ze concurreren met het pleidooi voor de natiestaat. Onder druk van de migratiestromen en het toenemende culturele en religieuze pluralisme luidt bovendien het argument dat een democratie slechts kan bestaan in de natie, die in de noodzakelijke begrenzing voorziet. Daarbij versterken de recente aanslagen de polarisatie, waarbij tegelijk ook gezocht wordt naar een gemene deler. Dat in de pluralistische samenleving van vandaag slechts deze democratische principes de gemene deler kunnen zijn, lijkt algemeen aanvaard. Toch begeeft de liberale democratie zich hier in een voor haar ongemakkelijke positie. Niet langer volstaat een negatieve argumentatie ('wat anders?') om zichzelf te verdedigen. Tegelijk is een positieve erkenning eisen moeilijk, zo niet onmogelijk. Al zou de democratie een legitieme idee zijn, dan nog is men volgens haar principes vrij om daar anders over te denken. Tot haar essentie behoort immers de *a priori* gelijkheid van alle overtuigingen. De vraag waar de democratie van vandaag mee worstelt is het eindpunt van haar eigen relativiteit. Waar stopt de discussie

en verdedigt de democratie zichzelf? Met welke middelen? En kan de liberale democratie zich wel redden zonder haar eigen principes te ondergraven?

2. In het zoeken naar een antwoord op deze vragen komt men steeds vaker uit bij de Duitse jurist Carl Schmitt (1888-1985). Niet zonder recht en rede verbond hij in het voorwoord van zijn *magnum opus* ‘*Verfassungslehre*’ zijn eigen relevantie aan het voortbestaan van de liberale democratie.¹ Als geen ander wist Schmitt de knelpunten van het liberale denken aan te duiden. Toch is zijn relevantie geen sinecure en is er terecht scepsis over zijn motieven. Voor de ene wou Schmitt de knelpunten van de liberale democratie identificeren net om ze te versterken. Voor de ander misbruikte hij deze knelpunten, waardoor hij een intellectuele wegbereider zou geweest zijn van de nazidictatuur die de democratie in 1933 opvolgde. Laat dit echter geen reden zijn om Schmitt bij voorbaat te ontwijken, integendeel. Het duidt immers des te meer op de problematiek van de liberale democratie. Zo blijkt de grens tussen een ‘weerbare democratie’ en een totalitair regime vaak dun. Niet omdat er zich geen ‘grijze zone’ tussen begeeft, maar omdat de liberale democratie berust op principes die, eenmaal er aan wordt toegegeven, hun kracht lijken te verliezen. In het bijzonder lange en vruchtbare intellectuele leven van Schmitt bespreken we dan ook zijn werken uit de Weimarrepubliek (1919-1933), waar hij zich op deze grens begaf.

3. In het eerste hoofdstuk onderzoeken we, vanuit Schmitts theorie over politiek en staat, de dilemma’s waarvoor hij de liberale democratie stelt. Welke premissen duidt Schmitt aan waarmee de liberale democratie haar eigen voortbestaan ondergraaft? In het tweede hoofdstuk onderzoeken we het antwoord dat hij de liberale democratie aanreikt om zichzelf te verdedigen. Daarbij gaan we na in welke mate er nog sprake is van een vorm van democratie, dan wel een totalitair systeem. In het derde hoofdstuk bespreken we Schmitts receptie bij ‘weerbare democraten’, zoals Ernst-Wolfgang Böckenförde en John Rawls. Bieden zij een meer aanvaardbaar antwoord voor de knelpunten van de liberale democratie? Antwoorden zij daarbij wel op de dilemma’s waarvoor Schmitt de liberale democratie stelt? Zo kunnen we uiteindelijk met een antwoord op onze onderzoeksvraag besluiten: “*Welk antwoord reikt Carl Schmitt de liberale democratie aan in het verdedigen van zichzelf en blijft ze daarmee nog wel liberaal en democratisch?*”

1. STAAT EN POLITIEKE EENHEID

4. Schmitt dacht vanuit de concrete politieke realiteit en geeft ook aan hem zo te moeten lezen. Hij stelt immers: “*Alle politischen Begriffe entstehen aus einem konkreten, außen- oder innenpolitischen Gegensatz und sind ohne diesen Gegensatz nur mißverständliche, sinnlose Abstraktionen.*”² Zijn politieke filosofie begrijpen kan dan ook slechts in het licht van de concrete ontwikkelingen van de Weimarrepubliek, de revolutionaire dreiging in het bijzonder.

¹ C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2010, V.

² C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, Berlijn, Duncker & Humblot, 1996, 165.

1.1 STAAT EN ‘DAS POLITISCHE’

1.1.1 *Revolutie, contrarevolutie en ‘Dezisionismus’*

5. CONTRAREVOLUTIE ZONDER RESTAURATIE - Het jaar 1918 geldt als de ‘*Umwertung aller Werte*’ in het denken van Carl Schmitt. Niet toevallig woonde en werkte Schmitt toen in München. De Beierse hoofdstad was tijdens de Eerste Wereldoorlog een schouwspel van chaos en revolutie geworden. Revolutionaire marxisten zetten de koning, Ludwig III, van de troon.³ Schmitt ondervond zelfs *in persona* de gevolgen van wat als de ‘Beierse burgeroorlog’ geldt.⁴ München werd al gauw de norm en niet langer uitzondering. De nieuwe politieke actor, de massa, brak met de monarchie en aristocratie, waardoor de positie van keizer Wilhelm II niet langer houdbaar was.⁵ In het vacuüm dat de instorting van het keizerrijk naliet tijdens de Novemberrevolutie, trachtten revolutionaire krachten hun politieke orde met geweld op te leggen.⁶ Het contrast tussen de orde en stabiliteit van het keizerrijk en de chaos van de naoorlogse revolutie, zijn bepalend voor Schmitts ontwikkeling.⁷ De gelijkenissen met de Franse en Europese revolutie van 1789 en 1848 bepaalden Schmitts levenslange interesse in de grote contrarevolutionaire denkers, Joseph de Maistre en Juan Donoso Cortés voorop.⁸ Die laatste, een Spaanse katholieke diplomaat, beschouwde de monarchie als de antirevolutionaire idee bij uitstek, want: “*Nullum tempus currit contra regem.*”⁹ Met hen deelde Schmitt echter het inzicht dat de tijd van de monarchie voorbij was. Waar Schmitt naar zocht, was dus een alternatief voor de monarchie dat toch dezelfde orde en stabiliteit kon garanderen.¹⁰ Een derde weg moest dus gezocht worden, en dat volgens het motto van de beroemde uitspraak van de Maistre: “*La contrerévolution ne sera point une révolution contraire, mais le contraire de la révolution.*”¹¹

6. ANTROPOLOGIE ALS GRONDSLAG STAATSDENKEN – De dreiging van de revolutionaire marxisten bracht Schmitt tot de stelling dat een negatief of positief mensbeeld de grondslag is waarop alle staats- en maatschappijbeelden voortbouwen.¹² Later verscherpte hij de vraagstelling tot: “... *of de mens een*

³ H. MOMMSEN, *Aufstieg und Untergang der Republik von Weimar*, Berlin, Ulstein, 2009, 200-201.

⁴ Revolutionaire marxisten vielen het kantoor van Schmitt binnen op het ministerie van Oorlog en schoten de officier naast hem neer. Zie: J.-W. MULLER, *A Dangerous Mind. Carl Schmitt in Post-War European Thought*, New Haven, Yale University Press, 2003, 19.

⁵ S. NEITZEL, *Weltkrieg und Revolution 1914-1918/19*, Bonn, Bundeszentrale für politische Bildung, 2011, 27.

⁶ J.-W. MULLER, *Das demokratische Zeitalter*, Bonn, Bundeszentrale für politische Bildung, 2013, 86.

⁷ H. ARIAS, *Donoso Cortés und Carl Schmitt*, Paderborn, Ferdinand Schöningh, 1998, 23; E. KENNEDY, *Constitutional Failure. Carl Schmitt in Weimar*, Durham, Duke University Press, 39-40.

⁸ Zie bijvoorbeeld het hoofdstuk ‘*On the Counterrevolutionary Philosophy of the State (de Maistre, Bonald, Donoso Cortés)*’ in C. SCHMITT, *Political Theology: four chapters on the concept of sovereignty*, Chicago, The University of Chicago Press, 2005, 53-67.

⁹ H. ARIAS, *Donoso Cortés und Carl Schmitt*, Paderborn, Ferdinand Schöningh, 1998, 34.

¹⁰ C. SCHMITT, *Political Theology: four chapters on the concept of sovereignty*, Chicago, The University of Chicago Press, 2005, 65-6.

¹¹ Geciteerd uit: H. ARENDT, *Over revolutie*, Amsterdam, Uitgeverij Atlas, 2004, 30.

¹² C. SCHMITT, *Römischer Katholizismus und politische Form*, Stuttgart, Klett-Cotta, 2016, 8.

'gevaarlijk' of ongevaarlijk, een riskant of een ongevaarlijk niet-riskant wezen is."¹³ Een negatieve perceptie gaat dan ook gepaard met een autoritaire staat. Schmitts negatieve mensbeeld wordt bepaald vanuit zijn katholieke en conservatieve 'Weltanschauung', die sterk was beïnvloed door Donoso Cortés.¹⁴ Bovendien is de natuurtoestand waaruit hij in zijn 'Der Begriff des Politischen' vertrekt daarvan een klare indicatie (*infra*, randnr. 14). Het liberalisme kent daarentegen een dubbelzinnige antropologie. Enerzijds stelt het vertrouwen in het vrije individu, anderzijds wantrouwt het machtshebbers volgens het gekende credo: "All power tends to corrupt, absolute power corrupts absolutely". Het gevolg is dat het liberalisme de staat niet ontkent, maar evenmin een echte staatstheorie heeft ontwikkeld.¹⁵ De liberale staatsopvatting gaat uit van een minimalistische staat, die slechts bestaat in functie van het vrije individu (*infra*, randnr. 49). Toch hield ook de liberale elite rekening met de marxistische revolutionairen.¹⁶ Hugo Preuss, de pen van de *Weimarer Verfassung* (WRV), achtte slechts twee alternatieven mogelijk: "Wilson of Lenin. Een democratie naar Frans en Amerikaans model of het Russische fanatisme. De keuze moet gemaakt worden."¹⁷ Het politieke klimaat werd echter steeds extremer, waardoor de traditionele partijen reeds vanaf 1920 met een minderheidskabinet moesten voortregeren. De Weimarrepubliek slaagde er bijgevolg niet in de paramilitaire bewegingen het hoofd te bieden die Duitsland op de rand van een burgeroorlog brachten.¹⁸ Dit bevestigde Schmitt in zijn fundamentele these, namelijk dat de liberale democratie een interne pacificatie niet kon garanderen, en dus geen natuurtoestand kon verhinderen (*infra*, randnr. 19).

7. REVOLUTIE VEREIST DEFINITIEVE KEUZE - Revolutie is een staat van transitie. Het luidt de overgang tussen twee politieke systemen in, staatkundig maar ook in haar metafysische premissen.¹⁹ De Duitse revolutie betekende in meerdere opzichten een fundamentele breuk met het verleden: de definitieve doorbraak van de moderniteit, de overgang van een monarchie naar een democratische republiek, van romantiek en mystiek naar een verlicht rationalisme en secularisme.²⁰ Of kortom, zoals Thomas Mann zijn beroemde antithese luidt: een vervaging tussen de Duitse 'Kultur' en de Westerse 'Zivilisation'.²¹ Duitsland democratiseerde en liberaliseerde, wat door de conservatieve elite, Schmitt inclusief, niet verwelkomd werd. Daarnaast zorgden de marxistische revolutionairen ervoor dat deze fundamentele overgang in de Duitse geschiedenis niet zonder slag of stoot verliep. Het gevolg is een strijd tussen verschillende maatschappelijke tegenstellingen, die elkaar

¹³ C. SCHMITT, *Het begrip politiek*, Amsterdam, Boom/Parrèsia, 2006, 91.

¹⁴ H. ARIAS, *Donoso Cortés und Carl Schmitt*, Paderborn, Ferdinand Schöningh, 1998, 27-31.

¹⁵ C. SCHMITT, *Het begrip politiek*, Amsterdam, Boom/Parrèsia, 2006, 93-4.

¹⁶ 'Demokratie oder Bürgerkrieg' was ook de inzet van de gematigde partijen. Zie: H. A. WINKLER, *Auf ewig in Hitlers Schatten? Über die Deutschen und ihre Geschichte*, München, Verlag C. H. Beck, 2007, 55.

¹⁷ H. PREUSS, *Staat, Recht und Freiheit*, Saarbrücken, Verlag Dr. Müller, 2007, 365.

¹⁸ F. BOTERMAN, *Duitse dichters en denkers*, Amsterdam, De Arbeiderspers, 2008, 122-5.

¹⁹ H. ARENDT, *Over revolutie*, Amsterdam, Uitgeverij Atlas, 2004, 34-5.

²⁰ H. A. WINKLER, *Auf ewig in Hitlers Schatten? Über die Deutschen und ihre Geschichte*, München, Verlag C. H. Beck, 2007, 43-51; F. BOTERMAN, *Duitse dichters en denkers*, Amsterdam, De Arbeiderspers, 2008, 31.

²¹ W. LEPENIES, *Kultur und Politik. Deutsche Geschichten*, München, Carl Hanser Verlag, 2006, 72.

hun politieke orde trachten op te leggen om zo te bepalen wat waarheid is, en dus wat recht is. Volgens Schmitt is deze strijd niets anders dan de *bellum omnium contra omnes* van Thomas Hobbes.²² Tussen revolutie en burgeroorlog ziet hij dan ook in wezen geen verschil.²³ Ook Hannah Arendt stelt in haar ‘*On Revolution*’ dat het verschil tussen revolutie en burgeroorlog vaak slechts nominaal is.²⁴ In deze revolutionaire context zagen volgens Schmitt de contrarevolutionairen als geen ander in dat hun tijd een keuze vereiste.²⁵ Om een permanente staat van revolutie te beëindigen, wist Donoso Cortés, moesten de antitheses die aan haar ontstaan ten gronde liggen, beslecht worden.²⁶ Deze idee vormt de kern van Schmitts filosofie, die trachtte af te bakenen en te begrenzen in een steeds complexere wereld.²⁷

8. LIBERALISME ALS BESLUITELOZE DENKVORM – Het contrasteren van de besluitvaardige contrarevolutionairen tegenover de besluiteloze liberalen vormt de centrale these van zijn ‘*Politische Romantik*’. Indrukwekkend is de snelheid waarmee Schmitt zijn nieuwe denken ontwikkelde, aangezien het als zijn eerste politieke traktaat reeds in het laatste oorlogsjaar te perse ging. Schmitt ziet de romantiek als het hoogtepunt van het bourgeois-individualisme.²⁸ De bourgeois, verwijt Schmitt, ziet de complexiteit van de wereld en deinst er voor terug. In de plaats van te oordelen over het onverklaarbare, de hogere sfeer laat hij het bijgevolg als een illusie bestaan.²⁹ Veiliger is het om een blijvende discussie te voeren, waardoor hij echter in besluiteloosheid vervalt.³⁰ Deze kritiek uitte ook de contrarevolutionairen, waaronder Donoso Cortés. Die omschreef de bourgeoisie als de ‘*clase discutidora*’.³¹ Het is de liberale school die “*nooit iets bevestigt of ontkent, maar op alles zegt: dat hangt ervan af.*”³² Daarin herkennen we Schmitts kritiek op het waardenrelativisme dat aan de basis van het parlementarisme ligt (*infra*, randnr. 31). Absolute waarheid erkent de bourgeois niet, maar daardoor is ook het liberalisme en dus de liberale democratie relatief. Bovendien wordt het onverklaarbare slechts voorlopig ontweken, waarin we de analogie met zijn ‘*Ausnahmezustand*’ herkennen (*infra*, randnr. 42).³³ Hij ontleende deze kritiek van de existentialist Kierkegaard en zijn beroemde ‘*Of/Of*’. Die verweet de

²² C. SCHMITT, *Political Theology: four chapters on the concept of sovereignty*, Chicago, The University of Chicago Press, 2005, 9.

²³ H. ARIAS, *Donoso Cortés und Carl Schmitt*, Paderborn, Ferdinand Schöningh, 1998, 131.

²⁴ H. ARENDT, *Over revolutie*, Amsterdam, Uitgeverij Atlas, 2004, 23.

²⁵ C. SCHMITT, *Political Theology: four chapters on the concept of sovereignty*, Chicago, The University of Chicago Press, 2005, 53.

²⁶ H. ARIAS, *Donoso Cortés und Carl Schmitt*, Paderborn, Ferdinand Schöningh, 1998, 46.

²⁷ J.-W. MULLER, *A Dangerous Mind. Carl Schmitt in Post-War European Thought*, New Haven, Yale University Press, 2003, 11-2; C. SCHMITT, *Political Theology: four chapters on the concept of sovereignty*, Chicago, The University of Chicago Press, 2005, 55.

²⁸ C. SCHMITT, *Politische Romantik*, Berlijn, Duncker & Humblot, 1998, 14.

²⁹ *Ibid*, 19.

³⁰ C. SCHMITT, *Political Theology: four chapters on the concept of sovereignty*, Chicago, The University of Chicago Press, 2005, 53-4.

³¹ H. ARIAS, *Donoso Cortés und Carl Schmitt*, Paderborn, Ferdinand Schöningh, 1998, 46-7; C. SCHMITT, *Political Theology: four chapters on the concept of sovereignty*, Chicago, The University of Chicago Press, 2005, 59.

³² J. DONOSO CORTÉS, *Katholicisme, liberalisme, socialisme*, Soesterberg, Uitgeverij Aspekt, 2002, 174.

³³ C. SCHMITT, *Politische Romantik*, Berlijn, Duncker & Humblot, 1998, 19.

besluiteloze ‘esthetische’ man de noodzakelijke keuzes van het leven te ontwijken.³⁴ De ‘ethische’ man daarentegen slaagt erin keuzes te maken. Daarbij is de inhoud van de keuze ondergeschikt aan het feit dat ze gemaakt is, wat voor Schmitts soeverein eveneens geldt: zijn keuze is onfeilbaar.³⁵ Ook Schmitt achtte het maken van keuzes omtrent de waarheid belangrijker dan de uiteindelijke inhoud, wat centraal staat in zijn nieuwe filosofie, het ‘*Entscheidungsdenken*’ of ‘*Dezisionismus*’.

9. MACHT GAAT VOORAF AAN RECHT – Ook wat betreft zijn rechtsfilosofie is er een Schmitt voor en een Schmitt na 1918 te onderscheiden. Het ‘decisionisme’ is immers ook een rechtsfilosofie, die hij onderscheidde van het positivisme (recht gescheiden van moraal) en het normativisme (recht gaat vooraf aan statelijk handelen).³⁶ Die laatste twee vormen samen het ‘*Neukantianismus*’, de leidende doctrine aan de Duitse rechtsfaculteiten, waarvan Hans Kelsen de belangrijkste vertegenwoordiger is.³⁷ Met deze doctrine heeft Schmitt in 1918 gebroken.³⁸ Ook hier is de radicaliteit en snelheid van zijn breuk opmerkelijk, wat ook zijn *Habilitationsschrift* ‘*Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*’ (1916) aantoont. Daarin verbond Schmitt de legitimiteit van de staat nog aan de concretisering van een vooropgestelde norm, wat overeenkomt met de liberale idee van de rechtsstaat.³⁹ Het is de val van het keizerrijk die hem tot dit fundamenteel nieuw uitgangspunt bracht, namelijk dat het recht zichzelf niet beschermt. Ellen Kennedy omschrijft Schmitts nieuwe denken als een ‘Machiavelliaans realisme’. Het is Machiavelli die stelde dat niets dan macht een politieke orde kan handhaven.⁴⁰ Een norm is immers slechts een ‘*Setzung*’, die niet bestaat zonder een ‘*Durchsetzung*’.⁴¹ Het is een zinloze abstractie wanneer geen reële politieke macht ze verwezenlijkt. De consequentie is dat het recht voorafgaat aan de staat, omdat buiten de staat om geen recht kan bestaan.⁴² Daarmee gaat hij in tegen de ratio van de rechtsstaat, die een norm als *antecedens* ziet en de staat slechts als *consequens*. Het is als het ware het ‘kip-of-het-ei-vraagstuk’ van de rechtsfilosofie: maakt macht recht of recht macht? Is het de staat die het recht verwezenlijkt of bepaalt het recht in welke mate de staat bestaat?⁴³ In het tweede hoofdstuk onderzoeken we dieper Schmitts stelling over dit probleem en zijn daaruit volgende kritiek op de rechtsstaat.

³⁴ R. HEISS, *Hegel, Kierkegaard, Marx. De grote dialectische denkers van de negentiende eeuw*, Utrecht, Het Spectrum, 1969, 275-6.

³⁵ C. SCHMITT, *Politische Romantik*, Berlijn, Duncker & Humblot, 1998, 76; R. SAFRANSKI, *Romantiek. Een Duitse affaire*, Amsterdam, Uitgeverij Atlas, 2009, 342.

³⁶ C. SCHMITT, *Political Theology: four chapters on the concept of sovereignty*, Chicago, The University of Chicago Press, 2005, 3.

³⁷ K. RENNERT, *Die “geisteswissenschaftliche Richtung” in der Staatsrechtslehre der Weimarer Republik*, Berlijn, Duncker & Humblot, 1987, 51-3.

³⁸ R. MEHRING, *Carl Schmitt zur Einführung*, Hamburg, Junius Verlag, 1992, 14.

³⁹ *Ibid.*, 21.

⁴⁰ E. KENNEDY, *Constitutional Failure. Carl Schmitt in Weimar*, Durham, Duke University Press, 21.

⁴¹ C. SCHMITT, *Die Tyrannei der Werte*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2011, 51-2.

⁴² C. SCHMITT, *Political Theology: four chapters on the concept of sovereignty*, Chicago, The University of Chicago Press, 2005, 10.

⁴³ F. NEUMANN, *The Rule of Law. Political Theory and the Legal System in Modern Society*, Heidelberg, Berg, 1986, 3.

10. DECISIONISME ALS ANTICIPATIE VAN DE ‘ENTSCHEIDUNG’ – Schmitts ‘decisionisme’ is dus zowel een cultuurhistorische kritiek op het waardenrelativisme van de moderniteit, als rechtsfilosofisch een (extreem) realistische benadering van het recht. In beide gevallen ligt de nadruk op het existentiële, op wat voorhanden is. Zo is bijvoorbeeld het natuurrecht slechts bestaande, wanneer iemand het verwezenlijkt. Daarom staat zijn soeverein centraal, die als hoogste en absolute macht de concretisering van het recht mogelijk maakt. Uit diens onbetwistbare ‘*Entscheidung*’ volgt wat waarheid en recht is. De vraag is wat deze keuze legitimeert. Op welke legitimiteit kon Schmitt, een katholiek in een seculiere, rationele ‘*Welt ohne Substanz*’ zich beroepen? Schmitt vervalt niet in nihilisme, maar een hem typerend pragmatisme, waarmee hij zijn denken aan de concrete situatie aanpaste. Zo kwam hij tot de vaststelling dat in een post-theologische wereld geen absolute waarheid meer bestond (*infra*, 36). De waarheid kon daarom slechts afgedwongen worden door een concrete, reële politieke macht.⁴⁴ In Thomas Hobbes beroemde dictum ‘*auctoritas, non veritas facit legem*’ zag hij dan ook de klassieke uitdrukking van het decisionisme.⁴⁵ Niet langer waarheid (in de vorm van religie) maar macht zal voortaan het maatschappelijke leven constitueren. Het is volgens Schmitt de staat die in opvolging van de rooms-katholieke kerk deze rol toekomt (*infra*, randnr. 37).⁴⁶ De staat moest daartoe, in tegenstelling tot de functionalistische visie van de staat, een substantie hebben (*infra*, randnr. 22). Die substantie bepaalt de legitimiteit, die onveranderlijk is. Zo begreep Schmitt de staat letterlijk als *status*, als de vaste bakens die het maatschappelijke leven vormen.⁴⁷ Alleen zo is het voorkomen van een revolutie en burgeroorlog mogelijk. Het parlementarisme bood niet het einde van de strijd om waarheid en recht. Het waardenrelativisme dat aan haar grondslag ligt, uit zich in een parlementair debat dat een definitieve keuze tracht te herleiden tot een eeuwige discussie.⁴⁸ Daardoor bleef de revolutionaire dreiging bestaande (*infra*, randnr. 33). Een monarchie was echter eveneens voorgoed uitgesloten, waardoor voor Schmitt hetzelfde geldt als voor Donoso Cortés: “*Die Revolution förderte eine Gegenrevolution, die keine Restauration sein konnte, und so entschied sich Donoso Cortés für eine Theorie der Diktatur.*”⁴⁹ Een dictatuur noemt hij het tegenovergestelde van discussie.⁵⁰ In tegenstelling tot een parlementaire discussie, wacht de dictator de uitkomst van de discussie immers niet af, maar dwingt haar af. Deze anticipatie berust niet op *veritas* maar op *auctoritas*. Want uiteindelijk, herinnert

⁴⁴ J.-W. MULLER, *A Dangerous Mind. Carl Schmitt in Post-War European Thought*, New Haven, Yale University Press, 2003, 11.

⁴⁵ C. SCHMITT, *Political Theology: four chapters on the concept of sovereignty*, Chicago, The University of Chicago Press, 2005, 33; C. SCHMITT, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2006, 23.

⁴⁶ C. SCHMITT, *Politische Romantik*, Berlijn, Duncker & Humblot, 1998, 72; C. SCHMITT, *Dictatorship*, Cambridge, Polity Press, 2014, 16-7.

⁴⁷ C. SCHMITT, *Het begrip politiek*, Amsterdam, Boom/Parrèsia, 2006, 91.

⁴⁸ C. SCHMITT, *Political Theology: four chapters on the concept of sovereignty*, Chicago, The University of Chicago Press, 2005, 63.

⁴⁹ H. ARIAS, *Donoso Cortés und Carl Schmitt*, Paderborn, Ferdinand Schöningh, 1998, 34.

⁵⁰ C. SCHMITT, *Political Theology: four chapters on the concept of sovereignty*, Chicago, The University of Chicago Press, 2005, 63.

Schmitt zich een spreuk zo eenvoudig als ze waar is: “*Der Sieger schreibt die Geschichte.*”⁵¹

1.1.2 Schmitts Staatsverständnis

a. Het politieke als vriend en vijand

11. KIERKEGAARDS EXISTENTIALISTISCHE DIALECTIEK – Kierkegaard verwijt de ‘esthetische’ man: “*You tell us, ‘life is a masked ball’, endlessly entertaining ... but don’t you know that there will come a midnight, when everyone will be unmasked, do you believe that life is forever a joke, that one can sneak away before that midnight hour and escape the unmasking?*”⁵² Het finale ogenblik (‘midnight hour’) waarop de onverhulde aard van het leven zich toont, waar keuzes niet langer kunnen ontweken worden, neemt Schmitt van Kierkegaard over. Het behoort immers tot de kern van het decisionisme om steeds het meest extreme ogenblik te veronderstellen, om op de ‘Dag des Oordeels’ te anticiperen.⁵³ In zijn meest gekende en tegelijk ook meest beruchte werk ‘*Der Begriff des Politischen*’ (1927) herleidt hij deze existentialistische dialectiek, in de vorm van de keuze tussen *vriend* en *vijand*, tot het summum van zijn politieke denken. Zijn politieke denken is zoals steeds nauw samenhangend met zijn rechtsfilosofie. Het vormt volgens de eminente *Staatsrechtler* Ernst-Wolfgang Böckenförde “... *der Schlüssel zum Verständnis des staatsrechtlichen Werkes von Carl Schmitt.*”⁵⁴ In het volgende hoofdstuk zien we immers de gelijkenis tussen de dialectiek van het politieke en zijn ‘*Ausnahmestand*’, de normloze toestand waarin de soeverein zich manifesteert. Het is uit deze uitzonderingstoestand dat een constitutionele orde resulteert (*infra*, randnr. 41). Bovendien veronderstelt ook de quasi-gelijktijdige publicatie met zijn staatsrechtelijk hoofdwerk ‘*Verfassungslehre*’ (1928) dat het noodzakelijk is eerst de betekenis van het politieke uiteen te zetten.

12. PLURALISME LEIDT MOGELIJK TOT CONFLICT - Vanuit zijn klassieke methodologie zoekt Schmitt naar wat het politieke onderscheidt van alle andere domeinen van het menselijke handelen. Er is immers geen heldere definitie van zonder het te gebruiken in een antithese: politiek en economie, politiek en ethiek, politiek en recht. Hij komt uit op (alweer) een antithese, de beroemde, tussen *vriend* en *vijand*.⁵⁵ Vijand is dus te onderscheiden van de vaak negatieve morele, ethische of economische connotaties uit het dagelijkse taalgebruik. Het gaat louter om “*een volgens een reële mogelijkheid strijdende collectiviteit die tegenover een andere collectiviteit staat.*”⁵⁶ Het uitgangspunt van politiek is dus wat Leo Strauss het ‘universele menselijke probleem’ noemt: mensen zullen nooit

⁵¹ C. SCHMITT, *Ex Captivitate Salus. Erfahrungen der Zeit 1945/47*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2015, 23.

⁵² Passage uit Kierkegaards ‘*Enten/eller*’ (‘Of/Of’), geciteerd uit: E. KENNEDY, *Constitutional Failure. Carl Schmitt in Weimar*, Durham, Duke University Press, 47.

⁵³ C. SCHMITT, *Political Theology: four chapters on the concept of sovereignty*, Chicago, The University of Chicago Press, 2005, 63.

⁵⁴ E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2016, 344.

⁵⁵ C. SCHMITT, *Het begrip politiek*, Amsterdam, Boom/Parrèsia, 2006, 62.

⁵⁶ C. SCHMITT, *Het begrip politiek*, Amsterdam, Boom/Parrèsia, 2006, 65.

in staat zijn een samenleving te creëren zonder tegenstellingen.⁵⁷ Dat bewijst de polarisatie in de Weimarrpubliek des te meer. Deze maatschappelijke tegenstellingen houden echter een gevaar in volgens Schmitt, namelijk dat ze steeds kunnen ontaarden in een conflict.⁵⁸ Zo betekent het onderscheid tussen vriend en vijand “*de uiterste graad van intensiteit van een verbinding of een scheiding, van een associatie of dissociatie.*”⁵⁹ Niet het onderscheid zelf bepaalt het politieke, maar de mate waarin vriend en vijand (twee of meerdere collectiviteiten) zich van elkaar dissociëren.⁶⁰ Ook de vijand moet volgens Schmitt existentieel benaderd worden, louter als de negatie van het eigen zijn. De dreiging van de dissociatie betekent dus in wezen conflict. In zijn meest uiterste, maar dus steeds mogelijke vorm escaleert dit tot een oorlog.⁶¹ De strijd tussen collectieven kan dus steeds leiden tot een burgeroorlog, een existentiële strijd op leven en dood. Schmitt is een kind van zijn tijd. Hij sluit in het bijzonder aan bij zijn generatiegenoten van de *conservatieve Revolution*, die sterk beïnvloed waren door de oorlogservaringen.⁶² Zij dweepten met oorlog als het moment waarop het masker van het burgerlijke leven afviel en de mens slechts door de meest existentiële krachten van zijn bestaan geleid wordt: leven en dood.⁶³

13. BURGEROORLOG ALS POLITIEK PARADIGMA – Politiek is volgens Schmitt conflict, althans de steeds mogelijke escalatie in conflict. Daardoor krijgt Schmitt vaak het verwijt conflict en oorlog normatief te benaderen, als wat hoort te zijn. Dit berust volgens Böckenförde echter op een misvatting, die Schmitt zelf weerlegt: “*Oorlog is volstrekt doel, noch middel en bestemming of zelfs inhoud van de politiek, maar wel als reële mogelijkheid de permanent aanwezige vooronderstelling die het menselijke handelen en denken op kenmerkende wijze bepaalt en daardoor een specifiek gedrag teweegbrengt.*”⁶⁴ We brengen immers in herinnering dat Schmitts doel net de stabiliteit en orde zoals in het keizerrijk was (*supra*, randnr. 5). Zelf omschreef hij dit volgens de formule ‘rust, veiligheid en vrede’.⁶⁵ Het politieke is dus onwenselijk, maar steeds in rekening te brengen. Daarin herkennen we hoe Giorgio Agamben burgeroorlog omschrijft als een politiek paradigma. Burgeroorlog vormt tegelijk de bestaansreden van de staat, maar een burgeroorlog is gelijk aan stateloosheid.⁶⁶ Het is tegelijk aanwezig en afwezig. Het meest gekende voorbeeld van dit paradigma is uiteraard Thomas Hobbes

⁵⁷ Y. STEIN “Leo Strauss” in BAUDET, T. en VISSER, M. (eds.), *Conservatieve Vooruitgang*, Amsterdam, Bert Bakker, 2010, 191.

⁵⁸ C. SCHMITT, *Het begrip politiek*, Amsterdam, Boom/Parrèsia, 2006, 63.

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ E. VOLLRATH, “Wie ist Carl Schmitt an seinen Begriff des Politischen gekommen?”, *Zeitschrift für Politik*, 1989, 153.

⁶¹ C. SCHMITT, *Het begrip politiek*, Amsterdam, Boom/Parrèsia, 2006, 64-5.

⁶² De radicale nationalistische intellectuele beweging van onder andere Ernst Jünger, Thomas Mann (toen nog) en Arthur Moeller van den Bruck, tot welke Schmitt ook wel gerekend wordt. Zie: K. SONTHEIMER, *Antidemokratisches denken in der Weimarer Republik*, München, Nymphenburger Verlagshandlung, 1968, 118-123; O. BOEHME, *Revolutie van rechts en intellectuelen in Vlaanderen tijdens het interbellum*, Leuven, Acco, 2011, 27.

⁶³ F. BOTERMAN, *Duitse dichters en denkers*, Amsterdam, De Arbeiderspers, 2008, 121-2.

⁶⁴ C. SCHMITT, *Het begrip politiek*, Amsterdam, Boom/Parrèsia, 2006, 69.

⁶⁵ C. SCHMITT, *Het begrip politiek*, Amsterdam, Boom/Parrèsia, 2006, 47.

⁶⁶ G. AGAMBEN, *Stasis. Civil War as a Political Paradigm*, Stanford, Stanford University Press, 2015, 4.

met zijn *'Leviathan'*.⁶⁷ Hij schreef deze klassieker immers tijdens de Engelse burgeroorlog, of volgens Bertrand Russell vanuit de dreiging ervan.⁶⁸ Niet toevallig beschouwde Schmitt zich als 'broeder' van Hobbes.⁶⁹ De natuurtoestand van Hobbes was een *bellum omnium in omnes*, die Schmitt met de revolutie gelijkstelde (*supra*, randnr. 8). Een belangrijk verschil, dat we verder bespreken, is dat Schmitts natuurtoestand uitgaat van een strijd tussen collectiviteiten, en niet zoals bij Hobbes tussen individuen (*infra*, randnr. 20).

b. Staat als politieke eenheid

14. STAAT ALS POLITIEKE EENHEID IS INTERNE PACIFICATIE - In zijn *'Glossarium'* staat te lezen: "*Staat = Souveränität = Dezision = Beendigung des Bürgerkrieges innerhalb des (eben dadurch erst entstehenden) Staates.*"⁷⁰ Het is de klassieke ontstaansverklaring van de staat, die op grond van zijn soevereine macht de burgeroorlog beëindigt. Dit vormt ook het uitgangspunt van Schmitts staatsdefinitie als de politieke eenheid van het volk.⁷¹ De staat moet daartoe een *'Dezision'* of beslissing nemen. De politieke eenheid, die een interne pacificatie betekent, volgt dus uit het beslechten van de ultieme antithese, tussen vriend en vijand. Daarin komt het proces van polarisatie enerzijds, en het zoeken naar een gemene deler anderzijds tot uiting. Het volk kan zich slechts associëren tot een eenheid, door zich te dissociëren van de ander, de vijand. Of: *distinguo ergo sum*.⁷² Natie is volgens Schmitt een preciezer begrip dan volk. Het benadrukt meer het bewustzijn van zijn politieke kracht en existentie.⁷³ De natie verenigt zich (als vriend) en kiest dus eendrachtig voor een bepaalde politieke orde, die overeenkomt met de staatsvorm (*infra*, randnr. 45). Wie zich bij deze keuze neerlegt, die is vriend en behoort dus tot de politieke eenheid. Daarmee is de strijd om de staatsorde, die eigen is aan de revolutie, beëindigd en volgt vrede. De natie ligt dus aan de grondslag van de staat, die bestaat uit een reële politieke eenheid en niet louter een systeem van normen is (*infra*, randnr. 44). Het gevaar op een burgeroorlog is vermeden en de staat vormt een "*Macht- und Friedenseinheit mit Gewaltmonopol nach innen.*"⁷⁴ De staat is dus een *'pouvoir neutre'*, een neutraliserende macht, die de maatschappelijke tegenstellingen overstijgt, relativerend en zo pacificeert.⁷⁵ De staat behoort daarvoor het monopolie van de politieke te hebben, maar slechts zolang zij ook, zoals steeds, de reële macht heeft.⁷⁶ De eenheid sluit dissociatie

⁶⁷ Ibid, 25.

⁶⁸ B. RUSSELL, *Geschiedenis van de westerse filosofie*, Utrecht, Servire, 2014, 577.

⁶⁹ C. SCHMITT, *Ex Captivitate Salus. Erfahrungen der zeit 1945/47*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2015, 64.

⁷⁰ C. SCHMITT, *Glossarium. Aufzeichnungen aus den Jahren 1947 bis 1958*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2015, 3.

⁷¹ C. SCHMITT, *Het begrip politiek*, Amsterdam, Boom/Parrèsia, 2006, 71.

⁷² C. SCHMITT, *Glossarium. Aufzeichnungen aus den Jahren 1947 bis 1958*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2015, 240.

⁷³ C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2010, 79.

⁷⁴ C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2011, 111; E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2016, 352.

⁷⁵ Naar de leer van Benjamin Constant (*infra*); C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2016, 132-3.

⁷⁶ E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2016, 350.

(vijandschap) uit, maar eigen aan het politieke is immers dat de dreiging van een escalatie altijd een reële mogelijkheid is.⁷⁷

15. DE NATIE ALS DE WIL OM SAMEN TE LEVEN - Ernest Renan omschrijft in zijn beroemde voordracht ‘*Qu’est-ce qu’une nation?*’ de natie als volgt: “*Zij veronderstelt een verleden, maar openbaart zich in het heden in de concrete bereidheid, de duidelijk verwoorde wens, om het leven gezamenlijk voort te zetten.*”⁷⁸ Bij Schmitt betekent de natie evenmin ras, cultuur of religie, maar een gezamenlijk ‘willen’ om een politieke eenheid te vormen rond de gekozen politieke orde.⁷⁹ De natie verwoordt dus de bereidheid van de verschillende collectieven om vreedzaam samen te leven. Hoe groter de consensus rond de gekozen politieke orde, hoe groter de sociale homogeniteit. Dit begrip heeft door zijn politieke keuzes na 1933 en zijn antisemitische geschriften uit diezelfde periode echter een negatieve connotatie gekregen.⁸⁰ Toch heeft het voor ons huidige denken een belangrijke betekenis. Dat een staatsorde zichzelf slechts kan garanderen door gedragen te worden in de homogene natie is een belangrijk inzicht voor de huidige pluralistische democratie (*infra*, randnr. 62). In Rousseaus ‘*volonté générale*’ ziet Schmitt deze stelling bevestigd: dat de staat slechts bestaat wanneer ze in essentie één unanieme wil kent.⁸¹ Wie niet tot de politieke eenheid wil behoren, de vijand, maakt deze unanimité echter onmogelijk en moet daarom bestreden worden. Hij vormt een bedreiging voor de politieke eenheid.⁸² Gelijkheid en vrijheid komen bijgevolg slechts toe wie tot de natie behoort, als ‘*citoyen*’ en niet als ‘*homme*’.⁸³ Slechts wie oprecht deel wil uitmaken van de natie komt rechten toe, waarmee Schmitt de democratische beginselen letterlijk begrijpt in het behoren tot de ‘*demos*’.⁸⁴ Zoals we ook verder zien, maakt Schmitt zo de democratische grondrechten opnieuw voorwaardelijk. Het hoeft weinig betoog dat de relevantie van deze idee vandaag bijzonder groot is. Zo buigt ook Paul Scheffer zich in zijn essay ‘*De vrijheid van de grens*’ over dit probleem. Het begrenzen brengt de liberaal in verlegenheid met zijn ideaal van een open samenleving, maar de vraag is in welke mate een democratie gerealiseerd kan worden zonder minimale voorwaarden te stellen aan het individu?⁸⁵ Wel moet steeds benadrukt worden dat Schmitts voornaamste doel niet democratische participatie is, maar veeleer het scheppen van een politieke eenheid (*infra*, randnr. 36).⁸⁶

⁷⁷ C. SCHMITT, *Het begrip politiek*, Amsterdam, Boom/Parrèsia, 2006, 63; G. AGAMBEN, *Stasis. Civil War as a Political Paradigm*, Stanford, Stanford University Press, 2015, 4.

⁷⁸ E. RENAN, *Wat is een natie?*, Amsterdam, Elsevier, 2013, 101.

⁷⁹ N. CAMPAGNA, *Carl Schmitt. Eine Einführung*, Berlijn, Parerga, 2004, 99; C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2010, 231.

⁸⁰ C. MOUFFE, “Carl Schmitt and the Paradox of Liberal Democracy” in DYZENHAUS, D. (ed.), *Law as Politics. Carl Schmitt’s Critique of Liberalism*, Durham, Duke University Press, 1998, 161-2.

⁸¹ C. SCHMITT, *The Crisis of Parliamentary Democracy*, Massachusetts, MIT Press, 1988, 15.

⁸² *Ibid.*

⁸³ C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2010, 245.

⁸⁴ N. CAMPAGNA, *Carl Schmitt. Eine Einführung*, Berlijn, Parerga, 2004, 95.

⁸⁵ P. SCHEFFER, *De vrijheid van de grens*, Rotterdam, Lemniscaat, 2016, 19-21.

⁸⁶ C. MOUFFE, “Carl Schmitt and the Paradox of Liberal Democracy” in DYZENHAUS, D. (ed.), *Law as Politics. Carl Schmitt’s Critique of Liberalism*, Durham, Duke University Press, 1998, 163; N. CAMPAGNA, *Carl Schmitt. Eine Einführung*, Berlijn, Parerga, 2004, 96.

16. DE PUBLIEKE EN DE PRIVATE SFEER - De democratische beginselen komen volgens het liberalisme wel onvoorwaardelijk toe aan ieder individu op grond van zijn ‘mens-zijn’.⁸⁷ De mensheid als concept is volgens Schmitt een voor het liberalisme typerende ontkenning van het politieke. Dan zou er immers geen vijandschap bestaan, want de mensheid omvat een totaliteit.⁸⁸ Dit kenmerkt het liberalisme als consensusdenken. Het liberalisme tracht alle tegenstellingen te herleiden tot de ethische en economische sfeer, tot discussie en concurrentie.⁸⁹ Die laatste, de economie, wordt door het liberalisme als de integrerende factor beschouwd, die de politieke eenheid garandeert.⁹⁰ Het gevolg is dat het politieke afhankelijk zou worden van de economie. De economie was tijdens de Weimarrepubliek echter bijzonder fluctuerend, wat maakt dat Schmitt, die stabiliteit en orde zocht, deze hierdoor niet gegarandeerd zag. Het is dan ook geen toeval dat hij het politieke onderscheidde van elk ander domein van het menselijke handelen, waaronder de economie. De vijand is namelijk de publieke en niet de private vijand, *hostis* en niet *inimicus*.⁹¹ Hij wil het monopolie van het politieke garanderen door het in een aparte sfeer, de publieke te laten bestaan. Door het te onderscheiden van de private sfeer, waar individualisme en economische belangen gelden, wil hij dat het politieke slechts door één principe geleid wordt: het voortbestaan van de politieke eenheid of de natie (*infra*, randnr. 52). Zo komt het politieke slechts de staat toe en niet de maatschappelijke belangengroepen. Daarin herkennen we zijn kritiek op het parlementarisme, waar verschillende belangengroepen samenkomen en zo niet in staat te zijn te handelen naar het voortbestaan van de politieke eenheid (*infra*, randnr.29). We kunnen dit samenvattend weergeven in volgend schema:⁹²

| Liberalisme | Schmitts begrip van het politieke |
|---|--|
| Individualisme | Politieke eenheid |
| Ethiek en economie | Vriend en vijand |
| Private sfeer | Publieke sfeer |
| Staat = beschermen van private eigendom | Staat = existentiële beslissingen over verdediging |

⁸⁷ C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2010, 227; C. SCHMITT, *Het begrip politiek*, Amsterdam, Boom/Parrèsia, 2006, 108-111.

⁸⁸ C. SCHMITT, *Het begrip politiek*, Amsterdam, Boom/Parrèsia, 2006, 87.

⁸⁹ *Ibid*, 91-2

⁹⁰ N. CAMPAGNA, *Carl Schmitt. Eine Einführung*, Berlijn, Parerga, 2004, 90.

⁹¹ C. SCHMITT, *Het begrip politiek*, Amsterdam, Boom/Parrèsia, 2006, 65.

⁹² E. KENNEDY, “*Hostis not Inimicus* Towards a Theory of the Public in the Work of Carl Schmitt” in DYZENHAUS, D. (ed.), *Law as Politics. Carl Schmitt’s Critique of Liberalism*, Durham, Duke University Press, 1998, 95.

c. Jus Publicum Europaeum

17. DE (ON)MOGELIJKHEID VAN EEN EEUWIGE VREDE – De politieke eenheid betekent een interne pacificatie. Is de homogeniteit totaal, dan vervult de staat zijn primaire en in het beste geval enige politieke (in Schmittiaanse zin) rol als ‘Träger des Völkerrechts’.⁹³ Het onderscheid tussen staats- en volkerenrecht is volgens Schmitt dan ook betekenisloos.⁹⁴ Hieruit volgt dat het politieke, als de steeds mogelijke escalatie richting oorlog, zich niet langer als een burgeroorlog manifesteert. Daarin ligt het succes van de moderne staat, die de burgeroorlog heeft verplaatst naar een oorlog tussen staten. Of zoals Rousseau het kort en krachtig verwoordt: “*La guerre est une relation d’Etat à Etat.*”⁹⁵ De staatsinterne natuurtoestand is dus verplaatst naar een natuurtoestand tussen staten. Al deze politieke eenheden zijn immers houder van het *jus ad bellum* als wezenlijk soeverein recht.⁹⁶ We raken hier een klassiek vraagstuk in het denken over de internationale orde. Immanuel Kant trachtte met zijn beroemde ‘*zum Ewigen Frieden*’ (1796) de natiestaten te onderwerpen aan een onafhankelijk orgaan, een ‘permanent staatscongres’. Deze beslecht de conflicten tussen staten, die daarvoor afstand moesten nemen van hun *jus ad bellum*.⁹⁷ Kant bepleitte zo een globale rechtstoestand die de volkeren verenigt en de oorlog afschaft, kortom: een wereldburgerrecht.⁹⁸ Daarmee geldt hij als de geestelijke vader van de Volkenbond. De andere grote Duitse filosoof, Hegel zag daarentegen de soevereine natiestaat als de meest volmaakte en universele levensvorm.⁹⁹ Hegel antwoordt Kant ook rechtstreeks dat: “... een statenbond die elke onenigheid zou slechten, en als een door elk afzonderlijke staat erkende macht alle meningsverschillen moest bijleggen en zo een beslissing door middel van oorlog onmogelijk zou maken, vooronderstelt de instemming van de betrokken staten.”¹⁰⁰ Ontbreekt ‘de bijzondere soevereine willen’ om zich in een verdrag te binden, dan is oorlog het enige middel om conflicten te beslechten.¹⁰¹ Daarmee is niet gezegd dat Hegel oorlog verheerlijkt. Zo benadrukte hij wel degelijk het belang van verdragen, maar stelt Franz Neumann: “... he rendered to the science of politics a far greater service than did Kant, because he recognised the forces driving towards war and, unlike Kant, did not veil them.”¹⁰²

⁹³ C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2011, 113.

⁹⁴ C. SCHMITT, *Het begrip politiek*, Amsterdam, Boom/Parrèsia, 2006, 48; C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2011, 132.

⁹⁵ J.-J. ROUSSEAU, *Het maatschappelijk verdrag*, Amsterdam, Boom, 2015, 60.

⁹⁶ C. SCHMITT, *Het begrip politiek*, Amsterdam, Boom/Parrèsia, 2006, 78.

⁹⁷ J. HABERMAS, *Recht en politiek in een tijd van globalisering*, Zoetermeer, Klement, 2011, 25.

⁹⁸ Ibid, 21.

⁹⁹ H. HELLER, *Hegel und der nationale Machtstaatsgedanke in Deutschland*, Aalen, Otto Zeller Verlagsbuchhandlung, 1963, 117; F. NEUMANN, *The Rule of Law. Political Theory and the Legal System in Modern Society*, Heidelberg, Berg, 1986, 171.

¹⁰⁰ G. W. F. HEGEL, *Hooflijnen van de rechtsfilosofie*, Amsterdam, Boom, 2014, § 333, 317.

¹⁰¹ Ibid.

¹⁰² F. NEUMANN, *The Rule of Law. Political Theory and the Legal System in Modern Society*, Heidelberg, Berg, 1986, 170; J. d’Hondt, “Die Einschätzung des revolutionären Krieges durch Hegel” in RIEDEL, M. (ed.), *Materialien zu Hegels Rechtsphilosophie. II*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2015, 415-20.

18. SOEVEREINE NATIES RATIONALISEREN OORLOGVOERING – Schmitt schaart zich achter Hegel wanneer hij de wereld een *pluriversum* en geen *universum* noemt.¹⁰³ Ook hij wijst Kants ‘realistische utopie’ af, zoals hij zijn eeuwige vrede noemde, door te stellen dat het politieke “... *noch door de uitspraak van een ‘niet betrokken’ en daarom ‘onpartijdige’ derde beslecht kan worden*”.¹⁰⁴ Ook hier herkent men de abstracte idee van een eeuwige vrede die volgens Schmitt niet bestaat in de realiteit van de internationale orde, waar politieke eenheden een *jus ad bellum* bezitten. Hij benaderde oorlog echter niet normatief, maar als een realiteit van het menselijke bestaan. De klassieke natiestaat was volgens Schmitt bovendien geen gevaar voor een vreedzame internationale orde, en er zelfs een garantie voor. Het statelijke monopolie op oorlogsvoering maakte immers een ‘*Formte Krieg*’ mogelijk. Als alleen staten oorlog voeren, dan zijn onderlinge afspraken mogelijk die haar beperken: het *jus in bello*.¹⁰⁵ Zo zou de oorlog uiteindelijk slechts dienen om conflicten te beslechten, waardoor een zekere beperking mogelijk wordt.¹⁰⁶ Zoals steeds trachtte hij duidelijk te onderscheiden, in dit geval tussen oorlog en vrede, tussen militair en burger.¹⁰⁷ Daarmee lijkt Schmitt te denken aan de oude Europese veldslagen, waarin de verschillende legers elkaar hoffelijk bekampten. De vraag is uiteraard in welke mate deze idee niet door de technische evolutie achterhaald is, maar is daarom niet minder relevant (*infra*, randnr. 27). De oude uitspraak van Cicero, “*inter pacem et bellum nihil est medium*”, krijgt zo een nieuwe betekenis.¹⁰⁸ Zoals vaker is Schmitt contra-intuïtief voor de moderne lezer, wanneer hij wijst op het historisch succes van de soevereine natiestaat. Deze garandeerde interne vrede, democratie, maar ook en bovenal een stijgende rationalisering van de oorlog. Schmitt voorspelde echter als een van de eerste dat na Versailles en Genève het *Jus Publicum Europaeum* niet langer de hoeksteen was van de wereldorde, de ‘*Nomos der Erde*’ (*infra*, randnrs. 26-27).

1.1.3 Schmitt en het Duitse staatsdenken

a. Sociaal contract als probleem

19. TWEEELEDIGE NALATENSCHAP VAN HOBBS – Het is niet de absolutistische staat die leidde tot de oorlogen die het Europese continent in de twintigste eeuw gekend heeft, maar haar opvolger, de burgerlijke rechtsstaat.¹⁰⁹ Die provocatieve these verdedigde Reinhart Koselleck, een van Schmitts apostelen, in zijn ‘*Kritik und Krise*’ (1954), die met twaalf drukken uitgroeide tot ‘Duitslands meest succesvolle dissertatie van de twintigste eeuw’. Habermas merkte er

¹⁰³ C. SCHMITT, *Het begrip politiek*, Amsterdam, Boom/Parrèsia, 2006, 86.

¹⁰⁴ Ibid, 89.

¹⁰⁵ C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2011, 113.

¹⁰⁶ C. SCHMITT, *Het begrip politiek*, Amsterdam, Boom/Parrèsia, 2006, 47; C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2011, 121; A. DE BENOIST, *Carl Schmitt Today*, Londen, Arktos, 2013, 24.

¹⁰⁷ C. SCHMITT, *Het begrip politiek*, Amsterdam, Boom/Parrèsia, 2006, 47.

¹⁰⁸ M. HERRERO, *The Political Discourse of Carl Schmitt*, London, Rowman & Littlefield, 2015, 116.

¹⁰⁹ R. KOSSELECK, *Kritik und Krise. Eine Studie zur Pathogenese der Bürgerlichen Welt*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2013, 7-9.

ironisch over op dat nu tenminste geweten is hoe Schmitt in die periode dacht.¹¹⁰ Kosselck was immers sterk beïnvloed door Schmitts monografie over de Leviathan van Hobbes, waarvoor hij zijn leermeester ook uitdrukkelijk in zijn voorwoord dankte.¹¹¹ De ondertitel van Schmitts interpretatie van de Leviathan luidt: ‘*Sinn und Fehlschlag¹¹² eines politischen Symbols*’. Daarin erkent Schmitt de tweeledige werking die de Leviathan heeft gekend. Enerzijds staat de Leviathan gekend als symbool van de absolute machtsstaat, maar anderzijds wordt Hobbes met hetzelfde werk ook als grondlegger van de liberale rechtsstaat beschouwd.¹¹³ Voor deze laatste receptie van Hobbes wijst Schmitt op het feit dat deze zich tegen retroactieve wetten kante en voor het ‘*nullum crimen sine lege*’-beginsel. Daaruit volgde het primaat van wetten op statelijk handelen, waarvoor ook John Locke, de geestelijke vader van de liberale rechtsstaat, streed.¹¹⁴ Hobbes legde volgens Schmitt daarmee zelf de eerste steen in het proces waarin de wet uitgroeide tot “*ein technisches Mittel, der Leviathan zu bändigen*.”¹¹⁵

20. SOCIAAL CONTRACT GROEIT UIT TOT WEDERKERIGE RELATIE – Het sociaal contract groeide onder de Franse verlichtingsdenkers uit tot een wederkerige relatie waar “*dieser Anti-Hobbes den unbedingten Gehorsam als eine Absurdität hinstellt ...*”.¹¹⁶ Het was onder meer onder Spinoza’s invloed dat het sociaal contract een meer doel-rationele invulling kreeg.¹¹⁷ Het individu moest niet langer onvoorwaardelijk gehoorzamen aan de staat, die voortaan handelde voor het individu en niet voor zichzelf. Hobbes’ sociaal contract, dat diende om de fysieke integriteit van het individu te garanderen, groeide om diezelfde reden uit tot een beperkte staat, die niet langer de deelname aan de strijd van zijn onderdanen kon verlangen.¹¹⁸ Volgens de oorspronkelijke betekenis van het contract trad de Leviathan echter niet toe, maar werd het gesloten tussen allen en met allen.¹¹⁹ Het was een pact gesloten om tot een vreedzame *modus vivendi* te komen. Dezelfde idee vindt men bij Schmitt, die ook de bescherming-gehoorzaamheidsrelatie de *cogito ergo sum* van de staat noemt.¹²⁰ Schmitt zag het echter niet als een wederkerige relatie tussen staat en individu, want dit zou impliceren dat het politieke opnieuw tot de private sfeer behoort (*supra*, randnr. 16). Het sociaal contract is dan ook de ontstaansvoorwaarde van de staat, maar niet haar voorwaarde om voort te bestaan.¹²¹ De natuurtoestand in Schmitts

¹¹⁰ J.-W. MULLER, *A Dangerous Mind. Carl Schmitt in Post-War European Thought*, New Haven, Yale University Press, 2003, 106.

¹¹¹ R. KOSSELECK, *Kritik und Krise. Eine Studie zur Pathogenese der Bürgerlichen Welt*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2013, XII.

¹¹² Naar het Engels vertaald als ‘*Meaning and failure*’.

¹¹³ C. SCHMITT, *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes*, Stuttgart, Klett-Cotta, 2015, 111.

¹¹⁴ *Ibid.*, 110-1.

¹¹⁵ *Ibid.*, 99.

¹¹⁶ *Ibid.*, 114.

¹¹⁷ J. M. KELLY, *A short history of Western legal theory*, Oxford, Clarendon press, 1992, 214.

¹¹⁸ B. RUSSELL, *Geschiedenis van de westerse filosofie*, Utrecht, Servire, 2014, 583.

¹¹⁹ F. NEUMANN, *The Rule of Law. Political Theory and the Legal System in Modern Society*, Heidelberg, Berg, 1986, 105-6; J. M. KELLY, *A short history of Western legal theory*, Oxford, Clarendon press, 1992, 213; C. SCHMITT, *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes*, Stuttgart, Klett-Cotta, 2015, 104.

¹²⁰ C. SCHMITT, *Het begrip politiek*, Amsterdam, Boom/Parrèsia, 2006, 85.

¹²¹ C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2010, 61-2.

'*Der Begriff des Politischen*' verschilt immers fundamenteel van deze van Hobbes. Ze is geen strijd tussen individuen, maar tussen collectiviteiten (*supra*, randnr. 12).¹²² De staat moet de politieke eenheid beschermen en kan daarvoor volgens Schmitt van zijn onderdanen op gevaar voor de eigen fysieke integriteit onvoorwaardelijke gehoorzaamheid verlangen.¹²³ Bij Hobbes kan het individu zich aan deze eis onttrekken, waar, stelt Iring Fetscher: "*den Staatsbürgern das Recht einräumt, sich dem sicheren Tod in der Schlacht durch die Flucht zu entziehen.*"¹²⁴

b. Staat is 'Sittlichkeit'

21. PRIMAAT VAN HET COLLECTIEF OP HET INDIVIDU – Hobbes' '*protection and obedience*' geldt voor Schmitt dus niet als een wederkerige relatie tussen staat en individu. Zo stelt Hasso Hofmann dat het contract bij Schmitt slechts geldt in zoverre het niet ingaat tegen het substantiële principe van de staat.¹²⁵ We zagen immers hoe dit principe voor Schmitt berust in het voortbestaan van de politieke eenheid (*supra*, randnr. 16). De staat mag zich slechts door dit principe laten leiden, waardoor hij onafhankelijk van het maatschappelijk pluralisme de politieke eenheid garandeert. Daaruit volgt duidelijk dat het doel van de staat bij Schmitt niet (primair) berust in het beschermen van de individuen, maar veeleer "*im 'Selbstsein' eines Volkes ...*"¹²⁶ Dat brengt ons tot een fundamenteel punt in het denken van Schmitt, namelijk het primeren van het collectief (de politieke eenheid) op het individu. Dat primaat is met het ontstaan van de burgerlijke samenleving doorbroken. Sindsdien bevindt het individu zich in een problematische verhouding met de staat, omdat hij "*einerseits Privatmensch und andererseits Staatsbürger*" is.¹²⁷ Enerzijds wordt statelijk handelen als een beperking van individuele vrijheid gezien. Anderzijds, en daar wees ook Kant op, kunnen deze burgerlijke vrijheden slechts door een staat gegarandeerd worden.¹²⁸ Toch is het niet Kant maar Hegel die over dit probleem de Duitse staatsfilosofie het meest beïnvloedde. Sinds Hegel gaat de Duitse staatsfilosofie uit van het ideaal van een krachtige en rationele staat die boven de maatschappij en haar 'sektarische' belangen staat, wat de beroemde politicoloog Wilhelm Hennis omschreef als het '*Problem der deutschen Staatsanschauung*'.¹²⁹ Met Otto von Gierke als bekendste uitzondering¹³⁰, is het

¹²² H. HOFMANN, *Legitimität gegen Legalität, Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2010, 153.

¹²³ C. SCHMITT, *Het begrip politiek*, Amsterdam, Boom/Parrèsia, 2006, 82.

¹²⁴ I. FETSCHER, *Rousseaus politische Philosophie. Zur Geschichte des demokratischen Freiheitsbegriffs*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1993, 189.

¹²⁵ H. HOFMANN, *Legitimität gegen Legalität, Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2010, 153.

¹²⁶ Ibid.

¹²⁷ K. LÖWITH, *Von Hegel zu Nietzsche. Der revolutionäre Bruch im Denken des neunzehnten Jahrhunderts*, Hamburg, Felix Meiner Verlag, 1995, 255.

¹²⁸ W. KERSTING, *Wohlgeordnete Freiheit. Immanuel Kants Rechts- und Staatsphilosophie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2016, 364-7.

¹²⁹ W. HENNIS, "Zum Problem der deutschen Staatsanschauung", *Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte*, 1959, 1-23; J.-W. MULLER, *A Dangerous Mind. Carl Schmitt in Post-War European Thought*, New Haven, Yale University Press, 2003, 5.

¹³⁰ De Duitse rechtshistoricus Otto von Gierke (1841-1921) geldt als de geestelijke vader van het organische staatsdenken. Als een van de rechtsgeleerden van de 'Germaanse School', was hij minder vertrouwd met de klassieke begrenzing tussen privaet en publiek recht, die het Romeinse recht ons heeft overgeleverd. Hij beschouwde de staat dan ook eveneens als een sociaal organisme

onderscheiden van staat en maatschappij het Duitse equivalent van de Franse ‘*laïcité*’. Schmitt drukt dit ook expliciet uit: “...deren Grundstruktur von der großen deutschen Staatslehre dieser Zeit auf eine klare und brauchbare Grundformel gebracht worden ist: die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft.”¹³¹

22. SUI GENERIS-KARAKTER VAN DE STAAT – Niet toevallig liet Schmitt zich in zijn onderscheid tussen de publieke en private sfeer door Hegel beïnvloeden.¹³² Mocht de staat slechts tot doel hebben de eigendom en persoonlijke vrijheid van haar onderdanen te beschermen, dan is volgens Hegel het lidmaatschap van de staat afhankelijk van de toestemming van het individu.¹³³ Ook hij stelt dus dat deze doel-rationele staatsopvatting van het liberalisme de staat ondermijnt. Dat de staat meer en meer voorwerp is van maatschappelijke krachten, vormt daarom de concrete aanleiding van Schmitts ‘*Der Begriff des Politischen*’.¹³⁴ Niet alleen Schmitt maar ook Hegel probeerde een antwoord te bieden op deze problematische verhouding tussen individu en staat. Hegel zocht daarvoor een evenwicht tussen individualisme en collectivisme, of tussen Rousseaus sociaal contract en de polis van Plato.¹³⁵ In de antieke polis ontleende het individu zijn bestaan slechts aan het lidmaatschap tot de polis.¹³⁶ Dit was onwenselijk volgens Hegel, die individuele vrijheid wel degelijk als een hoog goed zag. Ondanks zijn poging tot abstractie van de maatschappij beseft Hegel dat de staat *de facto* uit het maatschappelijke leven bestaat.¹³⁷ Daarom stelt hij, overstijgt de staat de maatschappij en omvat hij deze tegelijk in zijn totaliteit.¹³⁸ De staat is dus niet louter een functioneel orgaan, maar bestaat *sui generis* met een eigen substantie: de ‘*Sittlichkeit*’.¹³⁹ Wanneer de staat de verwerkelijking is van de morele substantie, dan kent het individu bijgevolg slechts substantie wanneer het aan het statelijke leven deelneemt.¹⁴⁰ Ten strijde trekken op vraag van de staat is bijgevolg geen inbreuk op de vrijheid van het individu omdat: “... de opoffering ten behoeve van de individualiteit van de staat de substantiële verhouding van allen is en daarmee een algemene plicht...”¹⁴¹ Interessant is hoe Franz Neumann opmerkt dat het individu volgens die logica slechts vrij is

en verhoopde zo de omsmelting van de staat in het “*genossenschaftlichen Gemeinwesen*”. Zie: E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2016, 344; K. MÜNZEL, *Recht und Gerechtigkeit. Ein rechtsphilosophisch-naturrechtliches Studienbuch*, Mönchengladbach, Carl Heymanns Verlag, 1968, 11.

¹³¹ C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2016, 73.

¹³² H. HOFMANN, *Legitimität gegen Legalität, Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2010, 116.

¹³³ G. W. F. HEGEL, *Hoofdlijnen van de rechtsfilosofie*, Amsterdam, Boom, 2014, § 325, 312.

¹³⁴ C. SCHMITT, *Het begrip politiek*, Amsterdam, Boom/Parrèsia, 2006, 58-9; C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2016, 73-91.

¹³⁵ Dit is de centrale these van Charles Taylors ‘*Hegel and Modern Society*’ (1979); K. LÖWITZ, *Von Hegel zu Nietzsche. Der revolutionäre Bruch im Denken des neunzehnten Jahrhunderts*, Hamburg, Felix Meiner Verlag, 1995, 261.

¹³⁶ L. SIEDENTOP, *Inventing the Individual. The Origins of Western Liberalism*, London, Penguin Books, 2015, 23.

¹³⁷ F. NEUMANN, *The Rule of Law. Political Theory and the Legal System in Modern Society*, Heidelberg, Berg, 1986, 166.

¹³⁸ *Ibid.*, 167.

¹³⁹ G. W. F. HEGEL, *Hoofdlijnen van de rechtsfilosofie*, Amsterdam, Boom, 2014, § 257, 238-9.

¹⁴⁰ K. LÖWITZ, *Von Hegel zu Nietzsche. Der revolutionäre Bruch im Denken des neunzehnten Jahrhunderts*, Hamburg, Felix Meiner Verlag, 1995, 262.

¹⁴¹ G. W. F. HEGEL, *Hoofdlijnen van de rechtsfilosofie*, Amsterdam, Boom, 2014, § 325, 312.

wanneer zijn belangen identiek zijn met die van de staat.¹⁴² Hegels staat kan dus niet zonder een patriotistisch individu. Al zou Hegels intentie de vrijheid van het individu zijn, toch leeft hij voort als de geestelijke vader van het moderne totalitarisme.¹⁴³ Hij is een ‘*enemy*’ van Karl Poppers ‘*open society*’, die hem een ‘radicaal collectivisme’ verwijt.¹⁴⁴ Hegels standpunt is echter genuanceerder dan Popper het voorstelt. Het individu kan zoals gezegd slechts ‘werkelijkheid’ vinden in de staat. Daarmee wordt het individu echter niet volledig opgeheven, aangezien het volgens Hegel slechts vrij kan zijn als het dit zelf bewust en rationeel ervaart.¹⁴⁵ Zo stelt hij immers: “... *was vernünftig ist, das ist wirklich.*”¹⁴⁶ De staat lijkt dus niet zomaar het individu op te heffen, maar wel duidt de moeilijke interpretatie op een fundamenteel probleem dat ook voor Schmitt geldt: de grens tussen vrijheid en totalitarisme is vaak moeilijk te trekken (*infra*, randnrs. 54-55).

23. INDIVIDU EN STAAT HEBBEN IDENTIEKE BELANGEN – Hegel werd beïnvloed door Rousseau, die op zijn beurt ook een dubbelzinnige reputatie kent. Voor de ene geldt deze laatste als voorvechter van de individuele vrijheid, voor de andere als voorloper van het totalitarisme.¹⁴⁷ Rousseau vertrekt van de premisse dat een samenleving niet zonder religie kan. Aangezien het christendom met de Franse Revolutie werd afgezworen, bleef nog slechts één religie mogelijk: ‘*la religion civile*’.¹⁴⁸ Dit geloof zou ervoor zorgen dat het individu uit vaderlandsliefde de staat wil verdedigen.¹⁴⁹ Niet toevallig verschilt Schmitt van Hobbes, waar hij overeenkomt met Hegel en Rousseau. Deze twee stonden immers centraal in de uitwerking van zijn ‘identitaire democratie’, als alternatief voor het parlementarisme (*infra*, randnr. 34).¹⁵⁰ Rousseau stelde immers dat de ‘*volonté de tous*’, van ieder individu afzonderlijk, in wezen moest samenvallen met de ‘*volonté générale*’.¹⁵¹ Schmitt gaat uit van eenzelfde identiteit tussen de belangen van het individu en het collectief. Het individu dient de politieke eenheid dan zonder onvrij te zijn, want hij dient zijn eigen belangen. Het onderscheid tussen de publieke en de private sfeer bemoeilijkt het begrip van de rol van het individu bij Schmitt. Zo zou het individu zijn vrijheden opnieuw kunnen genieten in de private sfeer, waarin orde en stabiliteit heerst. Volgens dezelfde logica kwalificeert hij de rechtsstaat als het ‘*unpolitische*’ deel

¹⁴² F. NEUMANN, *The Rule of Law. Political Theory and the Legal System in Modern Society*, Heidelberg, Berg, 1986, 171.

¹⁴³ A. RYAN, *On Politics*, Londen, Penguin Books, 2012, 692.

¹⁴⁴ K. POPPER, *De open samenleving en haar vijanden*, Rotterdam, Lemniscaat, 2007, 269.

¹⁴⁵ E. WEIL, *Hegel et l'Etat*, Parijs, Librairie Philosophique J. VRIN, 2002, 45-6; C.-Y. WEI, *Hegels Theorie des sittlichen Staates*, onuitg. doctoraatsthesis Ludwig-Maximilians-Universität München, 2010, 179-81.

¹⁴⁶ G. W. F. HEGEL, *Hoofdpijnen van de rechtsfilosofie*, Amsterdam, Boom, 21.

¹⁴⁷ I. FETSCHER, *Rousseaus politische Philosophie. Zur Geschichte des demokratischen Freiheitsbegriffs*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1993, 15.

¹⁴⁸ J.-J. ROUSSEAU, *Het maatschappelijk verdrag*, Amsterdam, Boom, 2015, 186.

¹⁴⁹ I. FETSCHER, *Rousseaus politische Philosophie. Zur Geschichte des demokratischen Freiheitsbegriffs*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1993, 189; J.-J. ROUSSEAU, *Het maatschappelijk verdrag*, Amsterdam, Boom, 2015, 187.

¹⁵⁰ R. MEHRING, *Carl Schmitt zur Einführung*, Hamburg, Junius Verlag, 1992, 40.

¹⁵¹ K. LÖWITZ, *Von Hegel zu Nietzsche. Der revolutionäre Bruch im Denken des neunzehnten Jahrhunderts*, Hamburg, Felix Meiner Verlag, 1995, 257.

van de constitutionele orde kwalificeert (*infra*, randnr. 50).¹⁵² De vraag die zich voorlopig opwerpt is in welke mate het individu werkelijk vrij is, wanneer het daarvoor noodzakelijkerwijs in een ‘*religion civile*’ moet geloven (*infra*, randnr. 63).

c. Constitutionele monarchie als Duitse staatsvorm?

24. DUITSLAND EN DE CONSTITUTIONELE MONARCHIE - Hegel stond voor een constitutionele monarchie.¹⁵³ Hij erkende een scheiding der machten, maar slechts omwille van de steeds complexer wordende staatsactiviteiten. De derde macht, de monarch, omvat bovendien de wetgevende en de uitvoerende macht.¹⁵⁴ Zo berust de uiteindelijke beslissingsmacht slechts bij één persoon, wat Schmitts dictatuur eveneens veronderstelt (*infra*, randnrs. 51-52).¹⁵⁵ Hegels monarch was uiteindelijk slechts aan twee institutionele limieten gebonden. Enerzijds de grondwet, maar die inhoud werd door de monarch zelf bepaald als derde macht. Anderzijds de ‘*Sittlichkeit*’, de veronderstelde identiteit tussen de wil van de natie en de heerser, die slechts op het geweten van de heerser berustte.¹⁵⁶ Niet toevallig probeerde Hegel daarmee de autoritaire Pruisische staat te legitimeren als de volmaakte staat.¹⁵⁷ Zijn invloed op de Duitse *Staatslehre* is zoals gezegd groot. Dit resulteerde in de discussie of er een Duitse vorm van een constitutionele monarchie bestond tussen absolutisme en parlementarisme.¹⁵⁸ In de grondwet van 1871, die de Pruisische van 1850 opvolgde, waren er immers elementen van volkssoevereiniteit, zij het slechts van symbolische aard. *De jure* was Duitsland bovendien een federatie van soevereine vorsten en vrije stadstaten, maar dankzij de succesvolle klein-Duitse politiek van Bismarck heerste de keizer *de facto* zonder politieke verantwoordelijkheid verschuldigd te zijn aan het parlement.¹⁵⁹ De keizer belichaamde daarnaast als mythische nationale eenheidsfiguur Hegels ‘*Sittlichkeit*’.¹⁶⁰ Opmerkelijk is Schmitts standpunt, die de constitutionele monarchie slechts als een tussenfase zag waar de keuze tussen monarchie en volkssoevereiniteit werd ontweken.¹⁶¹ Daaruit blijkt des te meer dat hij een restauratie onmogelijk achtte, als het gevolg van een onomkeerbare evolutie naar een volkssoeverein (*infra*, randnr. 43).

¹⁵² C. SCHMITT, *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes*, Stuttgart, Klett-Cotta, 2015, 117.

¹⁵³ A. RYAN, *On Politics*, Londen, Penguin Books, 2012, 689.

¹⁵⁴ F. ROSENZWEIG, *Hegel und der Staat*, Berlijn, Suhrkamp, 2010, 409-10; G. W. F. HEGEL, *Hoofdlijnen van de rechtsfilosofie*, Amsterdam, Boom, 2014, 269, § 272.

¹⁵⁵ F. NEUMANN, *The Rule of Law. Political Theory and the Legal System in Modern Society*, Heidelberg, Berg, 1986, 167-168.

¹⁵⁶ *Ibid.*; F. ROSENZWEIG, *Hegel und der Staat*, Berlijn, Suhrkamp, 2010, 418.

¹⁵⁷ F. NEUMANN, *The Rule of Law. Political Theory and the Legal System in Modern Society*, Heidelberg, Berg, 1986, 172; F. ROSENZWEIG, *Hegel und der Staat*, Berlijn, Suhrkamp, 2010, 527-29.

¹⁵⁸ E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2016, 273-280.

¹⁵⁹ K. KRÖGER, *Einführung in die jüngere deutsche Verfassungsgeschichte (1806-1933)*, München, C. H. Beck, 1988, 91; E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2016, 292.

¹⁶⁰ F. BOTERMAN, *Moderne geschiedenis van Duitsland*, Amsterdam, De Arbeiderspers, 2005, 169; E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2016, 307.

¹⁶¹ C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2010, 288-290; E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2016, 275-6.

25. DRANG NAAR EEN AUTORITAIRE STAAT – Het is een belangrijk inzicht dat het keizerrijk de Duitse ‘*Kultur*’ de ruimte gaf om haar eigenheid te bewaren.¹⁶² De Duitse intelligentsia beschouwde de constitutionele monarchie daarom als de uitkomst van het Duitse denken. Deze stond tegenover “... *die undeutschen Ideen und Formen von 1789.*”¹⁶³ Het cliché lijkt bevestigd dat de Duitsers zochten naar orde door autoriteit.¹⁶⁴ In die zin was het ‘*Führerprinzip*’ van het nationaalsocialisme ook geen *deus ex machina*.¹⁶⁵ Er werd een sterke leider verlangd, die boven het partijpolitieke stond en het belang van de Duitse natie uitdroeg (*infra*, randnr. 35). Ook Max Weber, de belangrijkste liberale intellectueel, achtte een autoritair en bekwaam leiderschap noodzakelijk om het revolutionaire klimaat te beheersen (*infra*, randnrs. 29-30).¹⁶⁶ Het parlementarisme, kunnen we dus stellen, was niet historisch geworteld in de Duitse staat. Het slaagde er bovendien niet in, zoals Weber en Schmitt bekritisieren, de nationale eenheid te vertolken. Daarnaast ondergroef de afkeer van het partijpolitieke verder de reeds beperkte legitimiteit van het parlement. Thomas Mann, toen nog niet bekeerd tot het liberalisme, vat het treffend samen: “*Ich bekenne mich tief überzeugt, daß das deutsche Volk die politische Demokratie niemals wird lieben können, aus dem einfachen Grunde, weil es die Politik selbst nicht lieben kann, und daß der vielverschrieene ‘Obrigkeitsstaat’ die dem deutschen Volke angemessene, zukünftliche und von ihm im Grunde gewollte Staatsform ist und bleibt.*”¹⁶⁷ Toch was ook de liberale grondwet die in 1919 werd aangenomen niet vrij van dit cultureel bepaalde verlangen naar autoritair leiderschap.¹⁶⁸ Versterkt door de dreiging van de revolutionaire marxisten, werd het beruchte artikel 48 in de WRV opgenomen.¹⁶⁹ Dit artikel maakte een dictatoriaal mandaat voor de president mogelijk, die de noodtoestand kon uitroepen. Zoals we verder zien, richtte Schmitt zijn gehele denken op het legitimeren van dit artikel, dat tot de ontmanteling van de Weimarrepubliek zou leiden (*infra*, randnrs. 51 en 55).¹⁷⁰

1.1.4 Einde van het *Jus Publicum Europaeum*

26. HET GEVAAR OORLOG TE CRIMINALISEREN - De politieke omstandigheden zwakten de historisch reeds beperkte legitimiteit van het parlement verder af. Het was immers een parlementaire delegatie van de nieuwe republiek die het Verdrag van Versailles en daarvoor de capitulatie van het leger ondertekende. Het Duitse leger was volgens de conservatieve nationalistes nog niet verslagen, waardoor de ‘*Dolkstootlegende*’ werd

¹⁶² E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2016, 317.

¹⁶³ H. LÜBBE, *Politische Philosophie in Deutschland*, Basel, Verlag Schwabe & Co, 1963, 173.

¹⁶⁴ F. BOTERMAN, *Duitse dichters en denkers*, Amsterdam, De Arbeiderspers, 2008, 32.

¹⁶⁵ W. MOMMSEN, *Max Weber. Gesellschaft, Politik und Geschichte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1974, 45; M. BROZAT, *Der Staat Hitlers*, Wiesbaden, Marix Verlag, 2007, 40.

¹⁶⁶ D. BEETHAM, *Max Weber and the Theory of Modern Politics*, Cambridge, Polity Press, 1985, 96-102; C. SCHMITT, *The Crisis of Parliamentary Democracy*, Massachusetts, MIT Press, 1988, xxii.

¹⁶⁷ T. MANN, *Betrachtungen eines Unpolitischen*, Frankfurt am Main, Fischer Verlag, 2001, 51.

¹⁶⁸ Hans Mommsen stelt daarom dat de *Weimarer Verfassung* niet geheel ten onrechte een ‘*Produkt obrigkeitsstaatlichen Denkens*’ genoemd kan worden. Zie: H. MOMMSEN, *Aufstieg und Untergang der Republik von Weimar*, Berlijn, Ulstein, 2009, 83.

¹⁶⁹ *Ibid.* 84.

¹⁷⁰ H. HOFMANN, *Legitimität gegen Legalität, Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2010, 62-4.

gevoed.¹⁷¹ Het verdrag legde hoge schulden, een verlies van territorium en een gedeeltelijke ontwapening op.¹⁷² Bijgevolg vereenzelvigden de conservatieve nationalistische republiek met de nederlaag, waardoor het aan legitimiteit ontbrak bij een belangrijk deel van de ‘gebildete’ bevolking.¹⁷³ Ook Schmitt radicaliseerde door Versailles. Het verdrag heeft een essentiële invloed op zijn denken. Vooral het argument waarmee de geallieerden Duitsland de zware lasten oplegden, was voor Schmitt bepalend. Naast het veroordelen van een staatshoofd¹⁷⁴, bepaalde het ‘Kriegsschuldartikel 231’ dat bij uitbreiding de Duitse staat aansprakelijk was voor de oorlogsschade.¹⁷⁵ Daarmee kreeg het soevereine recht om oorlog te voeren voor het eerst een morele veroordeling. Schmitt zag zo het laatste restant van de staat ten ondergaan. Het gevolg was volgens Schmitt dat voortaan een onderscheid kon gemaakt worden tussen rechtvaardige en onrechtvaardige oorlogen. Deze *justa causa* stond gelijk met het oude concept van de heilige oorlog.¹⁷⁶ Onder invloed van het liberale universalisme is oorlog voortaan een inbreuk tegen de mensheid. Wie bijgevolg oorlog voert staat ‘*hors l’humanité*’ en dus ‘*hors-la-loi*’.¹⁷⁷ Het gevolg zou averechts zijn, namelijk een ontaarden in een totale oorlog, waar de gehele populatie in betrokken raakt. Oorlog verloor zo haar rol als middel louter ter afhandeling van conflicten. Daarom omschreef hij het als “*die tiefste, tödlichste und geläufigste aller Sünden: Fortsetzung des Kampfes gegen den besiegten Feind...*”¹⁷⁸

27. NAAR EEN TOTALE EN ONBEGRENSDE OORLOG - We zagen hoe volgens Schmitt de staat de natuurtoestand transponeerde van het staatsinterne naar het tussenstatelijke niveau. Zoals Hegel zag hij verdragen en oorlogen als de twee manieren om conflicten te beslechten tussen de gelijkgerechtigde natiestaten. Schmitt besefte echter het precaire karakter van de *pacta sunt servanda*, maar vreesde toch geen totale chaos. De reden daartoe is de strikte verdeling van het Europese territorium waarin hij een waarborg zag als een soort ‘*balance of powers*’.¹⁷⁹ Oorlog voeren was zo op Europese bodem een zaak tussen staten geworden, waarvan de afhandeling strikt tot het slagveld beperkt werd (*supra*, randnr. 18).¹⁸⁰ Ook hier speelt de invloed van de concrete realiteit waarin hij zich bevond. Het is immers met de bezetting van het Ruhrgebied door het Franse en Belgische leger in 1923 dat Schmitt het einde zag van deze

¹⁷¹ F. BOTERMAN, *Moderne geschiedenis van Duitsland*, Amsterdam, De Arbeiderspers, 2005, 267.

¹⁷² H.-C. KRAUS, *Versailles und die Folgen*, Bonn, Bundeszentrale für politische Bildung, 2014, 27-33.

¹⁷³ E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2016, 339-41.

¹⁷⁴ Zo werd Wilhelm II in artikel 227 van het verdrag aangeduid als schender van het internationale recht wegens een “... *supreme offence against international morality and sanctity of treaties*.”. Zie: C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2011, 236.

¹⁷⁵ H.-C. KRAUS, *Versailles und die Folgen*, Bonn, Bundeszentrale für politische Bildung, 2014, 27.

¹⁷⁶ C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2011, 236, 285-311; A. DE BENOIST, *Carl Schmitt Today*, London, Arktos, 2013, 21-4.

¹⁷⁷ C. SCHMITT, *Het begrip politiek*, Amsterdam, Boom/Parrèsia, 2006, 111.

¹⁷⁸ C. SCHMITT, *Glossarium. Aufzeichnungen aus den Jahren 1947 bis 1958*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2015, 89.

¹⁷⁹ C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2011, 120.

¹⁸⁰ M. HERRERO, *The Political Discourse of Carl Schmitt*, London, Rowman & Littlefield, 2015, 43-4.

strikte afbakening tussen staten, en dus tussen interne en externe oorlogen.¹⁸¹ Hij maakte dit van dichtbij mee tijdens zijn professoraat te Bonn, wat wellicht het moment is waarop zijn vijandsconcept is ontstaan.¹⁸² Het *Jus Publicum Europaeum* was volgens Schmitt dus ten einde gekomen. Er was echter geen alternatief, aangezien het internationaal recht een zinloze abstractie is zonder reële macht die haar afdwingt. Bovendien bood het sterke staten een legitimering van hun handelen, zonder dat ze er in dezelfde mate door gebonden zijn als de zwakke staten.¹⁸³ Zo redeneert Schmitt immers steeds: “*Wer sagt, daß sie gelten, ohne daß ein Mensch sie geltend macht, will betrügen.*”¹⁸⁴ Met de internationale orde van de Volkenbond verdween het onderscheid tussen interne en externe oorlogen, tussen vrede en oorlog, tussen militair en burger.¹⁸⁵ Kortom: tussen vriend en vijand. Het gevolg was een einde van de ‘verstatelijkte’ oorlog, die beperkt werd door een *jus in belli*, waardoor hij vreesde voor een onbeperkte, onbegrensde en totale oorlog.¹⁸⁶

1.2 REPRESENTATIE VAN DE POLITIEKE EENHEID

1.2.1 Parlementarisme en het dogma van de discussie

28. PARLEMENT ALS CONSENSUSMODEL TEGENOVER HET POLITIEKE ALS CONFLICTMODEL - “*Het liberalisme*”, stelt Ortega y Gasset, “*verkondigt de bereidheid om met de vijand samen te leven.*”¹⁸⁷ De wederzijdse invloed tussen Schmitt en Ortega y Gasset is gekend, maar komt hier zeer expliciet tot uiting.¹⁸⁸ Het behoort immers tot de essentie van het liberalisme het bestaan van de vijand te ontkennen door alle tegenstellingen tot de economische en ethische sfeer te herleiden (*supra*, randnr. 16). De vijand wordt een discussiepartner met wie een rationeel compromis mogelijk is. Tegenover Schmitts conflictmodel is het parlement een consensusmodel, aangezien het ontstaan is als instituut van de burgerij, de discussiërende klasse. De twee principes die haar ten grondslag liggen zijn dan ook ‘*Diskussion*’ en ‘*Öffentlichkeit*’.¹⁸⁹ De uitspraak van Bentham, die hij citeert, maakt deze idee helder: “*In parliament ideas meet, and contact between ideas gives off sparks and leads to evidence.*”¹⁹⁰ Absolute waarheid bestaat niet en dus leidt een rationele discussie tot de dichtst bij de waarheid gelegen uitkomst. In Habermas’ ‘*Diskursethik*’ zijn dezelfde principes herkenbaar, waardoor Schmitts

¹⁸¹ J.-W. MULLER, *A Dangerous Mind. Carl Schmitt in Post-War European Thought*, New Haven, Yale University Press, 2003, 25.

¹⁸² *Ibid.*

¹⁸³ “*Der Sieger verschafft sich die Straflosigkeit für seine Verbrechen, indem er sich als Richter über die Verbrechen der Besiegten auführt.*” in C. SCHMITT, *Glossarium. Aufzeichnungen aus den Jahren 1947 bis 1958*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2015, 89; M. HERRERO, *The Political Discourse of Carl Schmitt*, London, Rowman & Littlefield, 2015, 44.

¹⁸⁴ C. SCHMITT, *Die Tyrannei der Werte*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2011, 41.

¹⁸⁵ A. DE BENOIST, *Carl Schmitt Today*, London, Arktos, 2013, 35.

¹⁸⁶ N. CAMPAGNA, *Carl Schmitt. Eine Einführung*, Berlijn, Parerga, 2004, 236-247.

¹⁸⁷ J. ORTEGA Y GASSET, *De opstand van de massamens*, Rotterdam, Lemniscaat, 2015, 117.

¹⁸⁸ H. ARIAS, *Donoso Cortés und Carl Schmitt*, Paderborn, Ferdinand Schöningh, 1998, 50.

¹⁸⁹ C. SCHMITT, *The Crisis of Parliamentary Democracy*, Massachusetts, MIT Press, 1988, 37 en 48; H. ARIAS, *Donoso Cortés und Carl Schmitt*, Paderborn, Ferdinand Schöningh, 1998, 46-7; C. SCHMITT, *Political Theology: four chapters on the concept of sovereignty*, Chicago, The University of Chicago Press, 2005, 59.

¹⁹⁰ C. SCHMITT, *The Crisis of Parliamentary Democracy*, Massachusetts, MIT Press, 1988, 7.

kritiek eveneens geldt voor diens deliberatieve democratie.¹⁹¹ Naast het ontkennen van politiek als conflictmodel, acht Schmitt immers ook haar twee fundamentele premissen achterhaald.¹⁹² Zijn argumentatie is tweeledig: enerzijds is er de discrepantie tussen de idee van deze principes en de partijpolitieke realiteit, anderzijds is er de opkomst van de massademocratie.¹⁹³

29. PARLEMENT VERTEGENWOORDIGT NIET HET NATIONALE BELANG – De sterkte van Schmitts argumentatie berust in het contrasteren van de meest zuivere opvatting van het parlementarisme met de partijpolitieke realiteit.¹⁹⁴ Zijn argumentatie is niet onherkenbaar wanneer hij stelt dat er in de praktijk van een openlijke discussie geen sprake meer is. Een rationele discussie gevoerd in de parlementaire vergadering maakte plaats voor partijpolitiek achter gesloten deur, vaak zelfs buiten de vergadering.¹⁹⁵ Daarmee in samenhang werd de discussie compromisvorming. Die laatste veronderstelt immers geen rationele en neutrale uitkomst, maar een onderhandelde uitkomst. De partijen zijn volgens Schmitt niet langer bereid van hun eigen standpunt afstand te nemen, waardoor een werkelijke discussie onbestaande is.¹⁹⁶ Daardoor ontbreekt het parlementarisme de neutraliteit die de staat moet hebben ten aanzien van de onderscheiden private collectieven (*infra*, randnr. 52).¹⁹⁷ De staat moet immers de politieke eenheid als ondeelbaar geheel vertegenwoordigen, waarin hij slechts door één principe geleid wordt: de continuïteit van de politieke eenheid (*supra*, randnr. 21). Het parlement haalt het politieke bijgevolg uit de publieke sfeer en maakt het onderhevig aan de private sfeer. Schmitt ontleende deze kritiek mede aan Max Weber, hoewel Weber aanvankelijk een van de drijvende krachten achter de ‘*Parlementarisierung*’ tijdens de Eerste Wereldoorlog was.¹⁹⁸ Volgens Weber lag de oorspronkelijke waarde van het parlement in het bestaan van ‘*Berufspolitiker*’, economisch en intellectueel onafhankelijke persoonlijkheden die namens de natie spraken.¹⁹⁹ Met de ontwikkeling van partijen bleven echter nog slechts ‘*Berufspolitiker ohne Beruf*’ over, partijsoldaten zonder eigen politieke overtuigingen en moed.²⁰⁰ In Weber en Schmitts kritiek herkennen we de

¹⁹¹ W. E. SCHEUERMAN, *Carl Schmitt: The end of law*, Lanham, Rowman & Littlefield Publishers, 1999, 23.

¹⁹² H. HOFMANN, *Legitimität gegen Legalität, Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2010, 89.

¹⁹³ C. SCHMITT, *The Crisis of Parliamentary Democracy*, Massachusetts, MIT Press, 1988, 2.

¹⁹⁴ D. LEYDET, “Pluralism and the Crisis of Parliamentary Democracy” in DYZENHAUS, D. (ed.), *Law as Politics. Carl Schmitt’s Critique of Liberalism*, Durham, Duke University Press, 1998, 109; H. HOFMANN, *Legitimität gegen Legalität, Der Weg der politischen Carl Schmitts*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2010, 90.

¹⁹⁵ C. SCHMITT, *The Crisis of Parliamentary Democracy*, Massachusetts, MIT Press, 1988, 20.

¹⁹⁶ *Ibid*, 25.

¹⁹⁷ Zo noemt Schmitt het parlement een ‘*Schauplatz eines pluralistischen Systems*’ in C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2016, 73.

¹⁹⁸ E. KENNEDY, *Constitutional Failure. Carl Schmitt in Weimar*, Durham, Duke University Press, 2004, 157-8; M. HERRERO, *The Political Discourse of Carl Schmitt*, London, Rowman & Littlefield, 2015, 87.

¹⁹⁹ A. KALYVAS, *Democracy and the Politics of the Extraordinary. Max Weber, Carl Schmitt, and Hannah Arendt*, New York, Cambridge University Press, 2008, 61-3.

²⁰⁰ W. MOMMSEN, *Max Weber. Gesellschaft, Politik und Geschichte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1974, 54.

invloed van het Duitse liberalisme, dat meer beruiste op het “*individualistisch-aristokratische Element*” dan op de “*naturrechtlich-egalitäre Komponente*.”²⁰¹

30. PROPAGANDA EN CHARISMATISCHE DEMAGOGIE – In de veronderstelling dat het parlementarisme nog volgens zijn oorspronkelijke principes zou handelen, dan nog heeft het in de twintigste eeuw zijn betekenis verloren. Zowel Weber als Schmitt zien de massademocratie als de oorzaak. Zo werd de massa geacht onderworpen te zijn aan haar eigen wetten, die slechts in collectieve en irrationele krachten uit te drukken waren.²⁰² De massa liet zich dan ook niet overtuigen door rationele argumenten, maar door propaganda die inspeelt op haar onmiddellijke belangen en verlangens.²⁰³ In die zin verschilde Schmitt niet van Gramsci, die stelde dat culturele hegemonie essentieel is om de macht te bewaren.²⁰⁴ Zo wijst hij op de volgende paradox: de wil van het volk bepaalt de politieke macht, maar het is de politieke macht die als eerste de volkswil kan vormen.²⁰⁵ De staat moet bijgevolg de propaganda controleren wanneer de politieke eenheid erdoor bedreigd wordt.²⁰⁶ Dit impliceert de ondergeschiktheid van een grondrecht als de persvrijheid op de continuïteit van de politieke eenheid (*infra*, randnr. 50). Volgens Weber kon het parlement de massa niet langer overtuigen, maar slechts een charismatische en onafhankelijke ‘Führer’. Als een demagoog in de antieke betekenis van het woord moest hij een vertrouwensman van de massa zijn, maar bovenal haar leider.²⁰⁷ Zowel Weber als Schmitt zagen in dat *in casu* van Weimar deze rol aan de *Reichspräsident* toekwam, die tevens democratische legitimiteit genoot door zijn rechtstreekse verkiezing.²⁰⁸

1.2.2 Waardenrelativisme en legalisme ad absurdum

31. WAARDENRELATIVISME EN RECHTSPOSITIVISME – Onder het voorwendsel dat ze de ‘wil van het volk’ vertolkte, perkte de bourgeoisie met het parlementarisme in de negentiende eeuw de absolute macht van de vorst in. Wanneer de massa hetzelfde argument gebruikt, nu tegen de bourgeoisie zelf, stond die laatste voor een dilemma: trouw blijven aan haar democratische principes of hen verlaten.²⁰⁹ Voor Donoso Cortés was het antwoord duidelijk:

²⁰¹ Ibid, 46.

²⁰² R. P. SIEFERLE, *Die konservative Revolution*, Frankfurt am Main, Fischer Taschenbuch Verlag, 1995, 12.

²⁰³ C. SCHMITT, *The Crisis of Parliamentary Democracy*, Massachusetts, MIT Press, 1988, 6.

²⁰⁴ A. KALYVAS, “Hegemonic sovereignty: Carl Schmitt, Antonio Gramsci and the constituent prince”, *Journal of Political Ideologies*, 2000, 343-376.

²⁰⁵ C. SCHMITT, *The Crisis of Parliamentary Democracy*, Massachusetts, MIT Press, 1988, 29.

²⁰⁶ “Das politische Problem der Massenbeeinflussung durch die Lichtspiele ist so bedeutungsvoll, daß kein Staat diesen mächtigen psychotechnischen Apparat ohne Kontrolle lassen kann; er muß ihn der Politik entziehen, neutralisieren, d.h. in Wahrheit in den Dienst der Ordnung stellen, ...”. Daarmee rechtvaardigde hij het artikel 118, lid 2 WRV, dat een *Lichtspielzensur* voorzag. Zie: C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2010, 168.

²⁰⁷ W. MOMMSEN, *Max Weber. Gesellschaft, Politik und Geschichte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1974, 49 en 54.

²⁰⁸ Ibid, 53; H. HOFMANN, *Legitimität gegen Legalität, Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2010, 62-3.

²⁰⁹ F. NEUMANN, *The Rule of Law. Political Theory and the Legal System in Modern Society*, Heidelberg, Berg, 1986, 3.

liever een dictatuur van boven, dan een dictatuur van onder (van het proletariaat).²¹⁰ Bij Schmitt herkennen we dezelfde idee. Zo vreesde hij democratische inspraak van revolutionaire marxisten, maar wel wou hij hen integreren in de politieke eenheid, wat betekent dat ook zij zich vertegenwoordigd moesten voelen (*infra*, randnr. 53).²¹¹ Artikel 25 WRV garandeerde echter *de facto* de gelijke toegang tot de macht, ongeacht de inhoud van het partijprogramma, waardoor ook revolutionaire marxisten zetelden in het parlement en deelnamen aan de parlementaire discussie.²¹² De liberale democratie vertrekt immers vanuit een *a priori* gelijkheid van alle opvattingen, of een relativisering van waarheid.²¹³ Het rechtspositivisme vertrekt vanuit eenzelfde relativisering, aangezien waarheid slechts kan afgeleid worden uit het kenbare.²¹⁴ Het gekende ‘zuivere recht’ van Kelsen betekent dan ook dat het recht daarom onderscheiden wordt van de onkenbare moraal.²¹⁵ Kelsen stelt vanuit die idee in zijn ‘*Vom Wesen und Wert der Demokratie*’: “*„Zij die absolute waarheid en absolute waarden als ontoegankelijk voor het menselijke kenvermogen zien, moeten niet alleen hun eigen, maar ook voor hen vreemde, tegengestelde opvattingen op zijn minst als mogelijk zien. Daarom is relativisme de Weltanschauung die door de democratische idee wordt verondersteld.*”²¹⁶

32. LEGALITEIT GEVAARLIJK ZONDER SOCIALE HOMOGENITEIT – Waardenrelativisme en rechtspositivisme komen samen in het legaliteitsprincipe van het parlementaire systeem. Daar geldt immers als recht (*ius*) wat de vorm aanneemt van wet (*lex*).²¹⁷ Kortom: legaliteit impliceert legitimiteit. Het is een aloud vraagstuk in de rechtsfilosofie of legaliteit wel voldoende een rechtvaardige uitkomst garandeert. Dat waarheid slechts kan volgen uit kenbaarheid veronderstelt immers dat legaliteit niet volgt uit inhoudelijke voorwaarden. Formele procedures zijn wel kenbaar, waardoor het recht enkel algemeen geldend en onpersoonlijk moet zijn om aanvaard te worden. Deze kwaliteitsvereisten worden als noodzakelijke garanties voor de rechtsstaat beschouwd.²¹⁸ De legitimiteit van een wet volgt dus uit de procedure die ze doorloopt, van de formele kwaliteiten tot de vereiste parlementaire meerderheid. Het is volgens Schmitt een vorm van technisch denken, de twintigste-eeuwse vorm van depolitisering en neutralisering. Techniek houdt echter een gevaar in, aangezien het *in se* neutraal staat tegenover wie ze

²¹⁰ K. LÖWITZ, *Von Hegel zu Nietzsche. Der revolutionäre Bruch im Denken des neunzehnten Jahrhunderts*, Hamburg, Felix Meiner Verlag, 1995, 271; D. BOOMSMA, “Juan Donoso Cortés” in BAUDET, T. en VISSER, M. (eds.), *Revolutionair verval en de conservatieve vooruitgang in de achttiende en negentiende eeuw*, Amsterdam, Bert Bakker, 2012, 205.

²¹¹ N. CAMPAGNA, *Carl Schmitt. Eine Einführung*, Berlijn, Parerga, 2004, 97.

²¹² E. KENNEDY, *Constitutional Failure. Carl Schmitt in Weimar*, Durham, Duke University Press, 2004, 7.

²¹³ B. RIJPKEMA, *Weerbare democratie*, Amsterdam, Nieuw Amsterdam, 2015, 12-4.

²¹⁴ “*Democracy is the expression of a political relativism and a scientific orientation.*” in C. SCHMITT, *Political Theology: four chapters on the concept of sovereignty*, Chicago, The University of Chicago Press, 2005, 41-2.

²¹⁵ J.M. KELLY, *A short history of Western legal theory*, Oxford, Clarendon press, 1992, 387.

²¹⁶ Geciteerd uit en vertaling door: B. RIJPKEMA, *Weerbare democratie*, Amsterdam, Nieuw Amsterdam, 2015, 50.

²¹⁷ D. GRIMM, *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991, 150; C. SCHMITT, *Legality and Legitimacy*, Durham, Duke University Press, 2004, 3.

²¹⁸ T. BINGHAM, *The rule of law*, London, Penguin Books, 2011, 37-9.

hanteert.²¹⁹ Zo kan een parlementaire meerderheid eender welke inhoudelijke uitkomst vastleggen, en zelfs zichzelf na de eerste verkiezing als permanente wetgever instellen.²²⁰ Daar hielden de rechtspositivisten echter geen rekening mee, wat Schmitt verklaart door "... dem politischen und sozialen Sicherheitsgefühl der Vorkriegszeit."²²¹ Waardenrelativisme en legalisme zijn dus slechts mogelijk wanneer er sociale homogeniteit is.²²² Heterogeniteit veronderstelt immers het gevaar dat minderheden worden weggestemd.²²³ De analogie met zijn omschrijving van een burgeroorlog is treffend: "*Beide (strijdende zijden) setzen die Gegner absolut und unbedingt ins Unrecht. Sie heben das Recht des Gegner auf, aber im Namen des Rechts. Zum Wesen des Bürgerkrieges gehört die Unterwerfung unter die Jurisdiktion des Feindes.*"²²⁴

33. SUBSTANTIËLE LEGITIMITEIT ALS GRONDSLAG VAN ORDE – Legaliteit is de ontkenning van een substantiële en absolute waarheid. Een (seculiere) samenleving zonder zulke waarheid kan volgens Donoso Cortés slechts in anarchie en revolutie uitmonden.²²⁵ Legitimiteit is immers de rechtvaardigingsgrond van autoriteit en dus de '*ordnungsstiftende Idee*'.²²⁶ De staatsrechtelijke implicatie van deze idee duidt Schmitt helder in zijn kritiek op het artikel 76 WRV, dat gelijk is aan het artikel 195 van de Belgische grondwet. Dit artikel maakt de wijziging van de constitutie mogelijk en is het summum van het legalisme. Zelfs een fundamenteel artikel als artikel 1 WRV, dat de volkssoevereiniteit en het republikanisme bepaalt, kon zo gewijzigd worden. Elke artikel betekent bijgevolg niet meer dan 'Artikel X – onder voorbehoud van artikel 76', wat bovendien ook voor het artikel 76 geldt.²²⁷ Een legitimiteit die een inhoudelijke idee bevat, moest een beperking stellen aan de relativisering van de grondwet door het legalisme (*infra*, randnr. 45).²²⁸ Niets belette immers een 'legale revolutie' wanneer ook de KPD en de NSDAP in het parlement zetelden. De rechtspositivisten stelden echter dat afstand nemen van haar waardenneutraliteit het einde van de democratie betekent. Wat volgens Kelsen in het revolutionaire Weimar nog restte, was dan ook slechts "*trouw blijven aan zijn vlag, ook wanneer het schip zinkende is; en men kan in de diepte alleen maar de hoop meenemen dat het ideaal van de vrijheid onoverwoestbaar is en dat het, hoe dieper het zinkt, het des te hartstochtelijker zal herleven.*"²²⁹ Schmitt wou zich echter niet verzoenen met

²¹⁹ C. SCHMITT, *Het begrip politiek*, Amsterdam, Boom/Parrèsia, 2006, 129.

²²⁰ C. SCHMITT, *Legality and Legitimacy*, Durham, Duke University Press, 2004, 29.

²²¹ C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2010, XI.

²²² C. SCHMITT, *Legality and Legitimacy*, Durham, Duke University Press, 2004, 27-8.

²²³ *Ibid*, 30.

²²⁴ C. SCHMITT, *Ex Captivitate Salus. Erfahrungen der Zeit 1945/47*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2015, 56-7.

²²⁵ D. BOOMSMA, "Juan Donoso Cortés" in BAUDET, T. en VISSER, M. (eds.), *Revolutionair verval en de conservatieve vooruitgang in de achttiende en negentiende eeuw*, Amsterdam, Bert Bakker, 2012, 195.

²²⁶ H. HOFMANN, *Legitimität gegen Legalität, Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2010, 88.

²²⁷ C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2010, 19.

²²⁸ E. KENNEDY, *Constitutional Failure. Carl Schmitt in Weimar*, Durham, Duke University Press, 2004, 20.

²²⁹ Geciteerd uit en vertaald door: B. RIJPKEMA, *Weerbare democratie*, Amsterdam, Nieuw Amsterdam, 2015, 51.

het democratisch fatalisme van Kelsen en de ‘*legale Selbstmord*’ afwachten.²³⁰ Het is immers de taak van de staat de waarheid te anticiperen, die bovendien de uitdrukking moest zijn van de ondeelbare politieke eenheid. Opmerkelijk is hoe Schmitt daarom president von Hindenburg probeerde te overtuigen de KPD en zelfs de NSDAP te verbieden, wat wijst op zijn opportunistische keuze in 1933.²³¹

1.2.3 *Identificeren met de ‘volonté générale’*

34. ‘*DARSTELLUNG*’ VAN DE POLITIEKE EENHEID - Het parlementarisme is gekend als de representatieve democratievorm, aangezien haar halffrond en haar afgevaardigden verondersteld worden de natie te weerspiegelen.²³² Weber stelde dat de irrationele massa zich niet in het parlementarisme kon herkennen. Het herkennen in stond ook in Schmitts ‘identitaire’ concept van representatie centraal. Het probleem is dat de natie slechts een abstracte idee is, die (zoals steeds in zijn denken) een ‘*Darstellung*’ vereist in de concrete politieke realiteit.²³³ Ook de representatieve vorm van het parlementarisme is te abstract. Slechts een persoonlijke autoriteit kon dan ook in existentiële zin de natie vertegenwoordigen, waarbij Weber dacht aan een charismatische leider zoals Bismarck, Napoleon of Caesar.²³⁴ Die belichaamt als het ware de natie, zoals Schmitt ‘*L’Etat, c’est moi*’ niet anders begrijpt dan: ik alleen vertegenwoordig de politieke eenheid van de natie.²³⁵ Toch bevat ook het parlementarisme een aantal ‘identitaire’ veronderstellingen. De twee principes sluiten elkaar immers niet uit, maar de ene weegt door op de andere naargelang het staatsmodel.²³⁶ Ook een parlamentslid wordt verondersteld “*Vertreter des ganzen Volkes*” te zijn, wat af te leiden valt uit het verbod op het imperatief mandaat (art. 21 WRV).²³⁷ De parlementaire meerderheid geldt bovendien als identiek aan de ‘*volonté générale*’.²³⁸ In Rousseau zag Schmitt de essentie van de ‘identitaire’ democratie, namelijk de identiteit tussen bestuurder en bestuurde. Die identiteit maakte een inbreuk op de vrijheid van het individu onmogelijk (*supra*, randnr. 23). Het is duidelijk dat Schmitt zo zijn dictator de voor de moderne tijd vereiste democratische legitimiteit wou bezorgen.²³⁹

35. EXISTENTIËLE VERTEGENWOORDIGING VAN DE POLITIEKE EENHEID – Identitaire vertegenwoordiging berust op drie essentiële principes. Ten eerste moet de “*politische Einheit als Ganzes*” vertegenwoordigd worden.²⁴⁰ We zagen

²³⁰ H. A. WINKLER, *Auf ewig in Hitlers Schatten? Über die Deutschen und ihre Geschichte*, München, Verlag C. H. Beck, 2007, 73.

²³¹ N. CAMPAGNA, *Carl Schmitt. Eine Einführung*, Berlijn, Parerga, 2004, 201.

²³² C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2010, 205.

²³³ *Ibid.*

²³⁴ W. MOMMSEN, *Max Weber. Gesellschaft, Politik und Geschichte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1974, 62.

²³⁵ C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2010, 205.

²³⁶ *Ibid.*, 276; M. HERRERO, *The Political Discourse of Carl Schmitt*, London, Rowman & Littlefield, 2015, 80.

²³⁷ C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2010, 206.

²³⁸ C. SCHMITT, *The Crisis of Parliamentary Democracy*, Massachusetts, MIT Press, 1988, 26.

²³⁹ A. KALYVAS, *Democracy and the Politics of the Extraordinary. Max Weber, Carl Schmitt, and Hannah Arendt*, New York, Cambridge University Press, 2008, 88-9.

²⁴⁰ C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2010, 212.

reeds hoe het parlementarisme slechts het maatschappelijke pluralisme benadrukte, waardoor het verbod op het imperatief mandaat (dus de onafhankelijkheid van de volksvertegenwoordiger) een lege doos werd. Het bevestigt bovendien nogmaals hoe Schmitt democratie collectivistisch begrijpt, anders dan de liberale opvatting van een ‘*Bürgeraktivismus*’.²⁴¹ Daaruit zou immers, zoals gezegd, de participatie van revolutionaire marxisten volgen, wat *in casu* van Weimar het geval was. Het tweede principe, ‘*Öffentlichkeit*’ of openbaarheid, hangt hiermee samen. Daarmee onderscheidde Schmitt zich van de achterkamerpolitiek van het parlementarisme en benadrukte opnieuw dat vertegenwoordiging zich in de publieke sfeer afspeelt.²⁴² Tot slot moet de vertegenwoordiger de natie in existentiële zin belichamen. De staat moet immers op de onvoorzienbare ‘*Entscheidung*’ anticiperen, aangezien het normatieve kader ontoereikend is (*infra*, randnr. 48). Het parlement kan daarentegen slechts algemene normen uitvaardigen. Bovendien sluit het niet aan bij de personalistische vertegenwoordiging van zijn dictator.²⁴³ Waar hij daarmee naartoe wou, verduidelijkt volgende uitspraak: “*Ein absoluter Fürst bedarf keines Art. 48; der Machthaber eines totalitären Systems noch viel weniger*”.²⁴⁴

36. FASCISME EN ACCLAMATIE - Schmitt zag tijdens de Weimarrepubliek twee alternatieven die zich aanboden voor de liberale democratie: bolsjewisme en fascisme.²⁴⁵ Van die laatste bewonderde hij de Italiaanse variant van Mussolini. Tot ‘*Il Duce*’ sprak hij in een voordracht: “*Der faschistische Staat ist ein Volksstaat und als solcher der demokratische Staat par excellence. Das Verhältnis zwischen Staat und Bürger, ist demgemäß so innig, daß der Staat nur dadurch und insoweit existiert, als der Bürger seine Existenz verursacht.*”²⁴⁶ De eenheid tussen staat en burger is volgens Schmitt de premisse van een ware democratie. Mussolini belichaamde in zijn persoon en charisma het volk. Wanneer Mussolini handelt, dan handelt de Italiaanse natie en dus de Italiaanse staat. Ondanks zijn directe verhouding met de natie moest Schmitts dictator onafhankelijk zijn, in die zin dat hij boven het maatschappelijke leven staat (*infra*, randnr. 52).²⁴⁷ Referenda met een geheime stemming zouden dan ook problematisch zijn, aangezien de uitkomst geen mandaat namens de gehele natie zou veronderstellen.²⁴⁸ Daartegenover stond het aloude en meer openlijke principe van ‘acclamatie’.²⁴⁹ In de moderne staat is deze veranderd van vorm en bestaat ‘acclamatie’ als de ‘*öffentliche Meinung*’.²⁵⁰ Dit is opnieuw te begrijpen vanuit Schmitts streven naar een integratie in de

²⁴¹ A. KALYVAS, *Democracy and the Politics of the Extraordinary. Max Weber, Carl Schmitt, and Hannah Arendt*, New York, Cambridge University Press, 2008, 97; M. HERRERO, *The Political Discourse of Carl Schmitt*, London, Rowman & Littlefield, 2015, 81.

²⁴² C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2010, 208.

²⁴³ C. SCHMITT, *The Crisis of Parliamentary Democracy*, Massachusetts, MIT Press, 1988, 45-7; M. HERRERO, *The Political Discourse of Carl Schmitt*, London, Rowman & Littlefield, 2015, 82.

²⁴⁴ Geciteerd uit: H. ARIAS, *Donoso Cortés und Carl Schmitt*, Paderborn, Ferdinand Schöningh, 1998, 118.

²⁴⁵ C. SCHMITT, *The Crisis of Parliamentary Democracy*, Massachusetts, MIT Press, 1988, 15.

²⁴⁶ Geciteerd uit: J.-W. MULLER, *Das demokratische Zeitalter*, Bonn, Bundeszentrale für politische Bildung, 2013, 180.

²⁴⁷ C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2010, 212 en 244-6.

²⁴⁸ *Ibid.*, 245; E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2016, 359.

²⁴⁹ C. SCHMITT, *The Crisis of Parliamentary Democracy*, Massachusetts, MIT Press, 1988, 16.

²⁵⁰ C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2010, 84.

politieke eenheid zonder participatie. Het volk kan immers ja of nee zeggen, maar finaal niet zelf beslissen. De onvolmaaktheid van deze theorie voelt ook Schmitt aan. Zoals bij Hegels monarch berust de identiteit tussen natie en dictator dan uiteindelijk op diens geweten (*supra*, randnr. 24). Bovendien is de publieke opinie abstract en per definitie niet precies bepaald (*infra*, randnr. 42). Wel geeft hij aan dat het slechts gaat om de vertegenwoordiging in uitzonderlijke tijden.²⁵¹ In normale tijden kunnen verkiezingen plaatsvinden. Het volk begeeft zich dan namelijk in de rechtsorde en niet daarnaast (*infra*, randnr. 44).²⁵² Daaruit kunnen we de in theorie tijdelijke aard van zijn ‘*Ausnahmezustand*’ afleiden (*infra*, randnr. 55).

1.2.4 Hobbes, Hegel en de rooms-katholieke kerk

37. DE ROOMS-KATHOLIEKE KERK ALS VOORGANGER VAN DE STAAT – Vanuit zijn bewondering voor de rooms-katholieke kerk kunnen we een synthese van dit hoofdstuk formuleren. Het kerkelijke instituut was volgens Schmitt immers een ‘*politische Form*’ en dus een equivalent van de staat. Doorheen de eeuwen slaagde de Kerk erin de tegenstellingen op het Europese continent te neutraliseren en onder zich te verenigen.²⁵³ Als *complexio oppositorum* vervulde ze in wezen dezelfde rol als de staat, de ‘*pouvoir neutre*’.²⁵⁴ De Kerk had daartoe de kwaliteiten die Schmitt noodzakelijk achtte voor de moderne staat. Ten eerste had de Kerk een rationele structuur (*zölibatäre Bürokratie*), die Schmitt in navolging van Weber noodzakelijk achtte voor de complexe moderne staatsactiviteiten.²⁵⁵ Hij vreesde echter een ambtenarenstaat, die ‘*administers but does not rule*’.²⁵⁶ De primaire taak van de staat bevindt zich immers in de publieke sfeer, waar hij beslist over de bescherming van de politieke eenheid. De Kerk had de noodzakelijke persoonlijke autoriteit die deze geanticipeerde beslissing kon nemen, de paus. De legitimiteit en dus onbetwistbaarheid van zijn oordeel berustte op de leer van christus. Deze was unaniem aanvaard en verenigde het volk, zoals Schmitts sociale homogeniteit veronderstelt. Toegepast op de Weimarrepubliek, moest volgens Schmitt een dictatuur van de *Reichspräsident*, ondersteund door bureaucratie en leger, de Weimarrepubliek redden (*infra*, randnrs. 47-49).²⁵⁷

38. SOEVEREINE STAAT ALS OPVOLGER GODDELIJKE ORDE – Niet toevallig ontstond de moderne staat, het *Jus Publicum Europeum*, in het kielzog van de reformatie.²⁵⁸ Het einde van de christelijke eenheid betekende het einde van

²⁵¹ Ibid, 85.

²⁵² N. CAMPAGNA, *Carl Schmitt. Eine Einführung*, Berlijn, Parerga, 2004, 131-3; C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2010, 84.

²⁵³ C. SCHMITT, *Het begrip politiek*, Amsterdam, Boom/Parrèsia, 2006, 49.

²⁵⁴ C. SCHMITT, *Römischer Katholizismus und politische Form*, Stuttgart, Klett-Cotta, 2016, 11.

²⁵⁵ Ibid, 6.

²⁵⁶ C. SCHMITT, *Political Theology: four chapters on the concept of sovereignty*, Chicago, The University of Chicago Press, 2005, 2 en 65.

²⁵⁷ H. HOFMANN, *Legitimität gegen Legalität, Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2010, 116; C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2016, 132-161.

²⁵⁸ R. SCHNUR, *Die französischen Juristen im konfessionellen Bürgerkrieg des 16. Jahrhunderts*, Berlijn, Duncker & Humblot, 1962, 11-25; ‘*Protestantismus und Demokratie*’ in R. SMEND, *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2010, 297.

de goddelijke legitimiteit, die de pauselijke autoriteit onbetwistbaar maakte.²⁵⁹ Uit de confessionele burgeroorlogen die op deze breuk volgden, kwam de staat voort. De staat kon zich niet zoals de Kerk beroepen op een onbetwiste legitimiteit en moest zijn legitimiteit dus afdwingen op grond van zijn soevereiniteit. Zo stelt Schmitt is die “... *inappellable Entscheidung und die Unfehlbarkeit der geistlichen Ordnung mit der Souveränität der staatlichen Ordnung wesensgleich.*”²⁶⁰ De soevereine staat volgde in die zin de goddelijke orde op, wat we ook in Hobbes ‘*mortal God*’ herkennen. Die was volgens Schmitt tegelijk ook een ‘*Maschine*’ (een rationele structuur).²⁶¹ Schmitt herkent in Hegels staatstheorie dezelfde eigenschappen. We zagen hoe zijn monarch in wezen soeverein beslist (*supra*, randnr. 24). In zijn definitie van de staat ziet Schmitt de overige eigenschappen die de staat moet hebben als een “*Reich der objektiven Vernunft (bureaucratie) und Sittlichkeit (substantiële idee)*”. Hegel vat daarmee volgens Schmitt de historische waarde van de moderne staat samen, die “... *als der Träger des Fortschritts im Sinne der steigenden Rationalisierung und Hegung des Krieges gewirkt hat.*”²⁶²

39. TUSSENTIJD'S BESLUIT: UITDAGING VOOR DE LIBERALE DEMOCRATIE– In dit hoofdstuk zagen we de uitdaging waarvoor Schmitt de liberale democratie stelt. Met zijn begrip van het politieke als conflictmodel tracht hij de liberale democratie te dwingen haar consensusmodel te verlaten. Als gevolg van de secularisering is alle waarheid relatief geworden, waardoor ook de liberale democratie steeds in haar legitimiteitsaanspraken betwist wordt. De liberale democratie kent dus, volgens Schmitt, steeds een vijand. Dit vijandschap is echter problematisch, aangezien ze ingaat tegen de principes van de liberale democratie. Zo tracht deze steeds een consensus te bekomen, vertrekkend vanuit de *a priori* gelijkheid van alle opvattingen en waarden. In het parlementarisme komt deze idee tot uiting, waar principieel eenieder een gelijke toegang tot het wetgevend proces kan krijgen. Het rechtspositivisme en legaliteitsprincipe maken dit mogelijk. Volgens Schmitt is dit echter een ontkenning van de eigen substantiële legitimiteit van de liberale democratie, en daarom ontoereikend. Eenieder kan het misbruiken en een andere politieke orde opleggen. Wil de liberale democratie zichzelf handhaven, stelt Schmitt, dan moet ze fundamenteel voor zichzelf kiezen. Ze moet afstand doen van haar waardenrelativisme, maar daarbij de consequentie van vijandschap aanvaarden. Dit vijandschap kan bovendien escaleren in een gewapend conflict. Ook dit tracht de liberale democratie te ontkennen, maar daardoor verdwijnt niet het conflict, maar wel de liberale democratie zelf. In haar voortbestaan is de liberale democratie dus afhankelijk van een sterke staat, die een doel op zichzelf (*Selbstzweck*) is. Ook dit tracht de liberale democratie te ontkennen, door de staat te onderwerpen aan een wettelijk kader, om zo de

²⁵⁹ J. M. KELLY, *A short history of Western legal theory*, Oxford, Clarendon press, 1992, 168; E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2016, 94-5.

²⁶⁰ C. SCHMITT, *Donoso Cortés in gesamteuropäischer Interpretation. Vier Aufsätze*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2009, 25.

²⁶¹ Hoofdstuk 4 in C. SCHMITT, *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes*, Stuttgart, Klett-Cotta, 2015, 61-78.

²⁶² C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2011, 121.

individuele vrijheid maximaal te garanderen. Schmitt stelt echter dat de liberale democratie vergeet dat haar wettelijke kader *überhaupt* niet bestaat zonder de staat. De paradox is dat wil het individu vrij zijn, dan moet de staat voorafgaan aan het recht. In het volgende hoofdstuk onderzoeken we hoe Schmitt deze zwaktes meent te willen verhelpen. We gaan ook na in welke mate zijn theorie nog liberaal en democratisch is. In het derde hoofdstuk onderzoeken we zijn receptie in de moderne democratietheorie, waaruit we een voor de liberale democratie aanvaardbare vorm van zijn theorie trachten te formuleren.

2. STAAT EN *VERFASSUNGSLEHRE*

40. Schmitt schreef met zijn *magnum opus* ‘*Verfassungslehre*’ geen alternatief voor de liberale constitutionele orde. Hij begreep deze te moeten aanvaarden, maar trachtte zijn ‘*Dezisionismus*’ in de kern van de liberale constitutie te brengen (Afdeling I).²⁶³ Waar de ‘*rule of law*’ statelijke macht onderwerpt aan een voorafgaande norm, buigt Schmitt de *Weimarer Verfassung* om tot een constitutie waaraan statelijke macht voorafgaat (Afdeling II).²⁶⁴

2.1 SOEVEREINE LEGITIMITEIT

2.1.1 *Natie als constituerende macht*

a. Schmitts soevereiniteitsbegrip

41. SOEVEREIN SCHEPT RECHT IN NATUURTOESTAND - Het politieke, als de dialectiek tussen vriend en vijand, begrijpt Schmitt in existentiële zin (*supra*, randnr. 12). Zulk een existentieel conflict, zijnde een burgeroorlog of revolutie, bevindt zich daarmee buiten de rechtsorde.²⁶⁵ Enerzijds kan het omwille van haar bijzondere aard niet normatief vastgelegd worden, maar anderzijds bestaat het rechts slechts wanneer het in de politieke realiteit door een autoriteit kan worden afgedwongen (*supra*, randnr. 9). In deze politieke escalatie heerst geen recht: “*necessitas non habet legem*”.²⁶⁶ Deze normloze toestand is cruciaal in het denken van Schmitt en vormt het lijdend voorwerp van zijn beroemde definitie van soevereiniteit: “*Souverän ist, wer entscheidet über den Ausnahmezustand*.”²⁶⁷ De ‘*Ausnahmezustand*’ of uitzonderingstoestand komt overeen met de natuurtoestand zoals hierboven uiteengezet (*supra*, randnrs. 12-13). Er heerst een strijd tussen de verschillende collectiviteiten om elkaar hun

²⁶³ J. SEITZER, “Schmitt’s Internal Critique of Liberal Constitutionalism” in DYZENHAUS, D. (ed.), *Law as Politics. Carl Schmitt’s Critique of Liberalism*, Durham, Duke University Press, 1998, 281.

²⁶⁴ *Ibid.*, 293-9.

²⁶⁵ M. HERRERO, *The Political Discourse of Carl Schmitt*, London, Rowman & Littlefield, 2015, 95.

²⁶⁶ G. SCHWAB, *The Challenge of the Exception*, Westport, Greenwood Press, 1989, 42; “*There exists no norm applicable to chaos*.” in C. SCHMITT, *Political Theology: four chapters on the concept of sovereignty*, Chicago, The University of Chicago Press, 2005, 13.

²⁶⁷ C. SCHMITT, *Political Theology: four chapters on the concept of sovereignty*, Chicago, The University of Chicago Press, 2005, 5.

rechtsorde op te leggen. Wie uiteindelijk op grond van zijn reële politieke macht de ander kan onderwerpen, die is soeverein. Soevereiniteit verbindt Schmitt dus aan de autoriteit om in een burgeroorlog het samenleven opnieuw te ordenen en dus mogelijk te maken.²⁶⁸ Uit die beslissing van de soeverein volgt de terugkeer naar een ‘*Normalzustand*’ of een rechtsorde, “*denn jede Ordnung beruht auf einer Entscheidung*”.²⁶⁹ Dat een reële macht voorhanden moet zijn om recht te scheppen, weet ook Rainer Forst.²⁷⁰ Om die reden is Kelsens ‘*Grundnorm*’, als de hoogste, soevereine norm, een zinloze abstractie en heerst er slechts totale anarchie.²⁷¹

42. SOEVEIREINITEIT VERBONDEN AAN ABSOLUTE MONARCH – Niet zomaar verwijst Schmitt naar Jean Bodin, aan wie de oorsprong van soevereiniteit wordt toegeschreven.²⁷² In zijn ‘*puissance absolue et perpétuelle*’ komt eveneens de normerende kracht tot uiting, die niet op een consensus berust.²⁷³ Het oordeel van de soeverein is immers onfeilbaar. Schmitt verwerpt het natuurrecht en stelt ook niet welke inhoudelijke keuze de soeverein moet maken. Hier geldt dus meer dan ooit: “*auctoritas, non veritas facit legem*”.²⁷⁴ Dat Schmitt de staat principieel als soeverein achtte, is duidelijk. De vraag is uiteraard wie de staat dan is? Zoals we zagen, heeft de staat een vertegenwoordiging door een persoonlijke autoriteit nodig. In navolging van Bodin, die als theoreticus van de absolute monarchie beschouwd wordt, zag ook Schmitt de absolute monarch als enige mogelijke drager van de soevereine macht.²⁷⁵ Toch legt hij een andere nadruk dan Bodin, wiens soevereiniteitsbegrip Schmitt valabel acht maar te abstract.²⁷⁶ Zijn ‘*Ausnahmezustand*’ is het concrete ogenblik waarop de soevereine macht zich manifesteert.²⁷⁷ Alleen dit ogenblik is van belang, de normale toestand bewijst immers niets: het is in de uitzondering dat de werkelijke kracht van het werkelijke leven doorbreekt.²⁷⁸ Het is het moment waarop de soeverein uit het niets opnieuw recht scheidt, het is een *creatio ex*

²⁶⁸ R. MEHRING, *Carl Schmitt zur Einführung*, Hamburg, Junius Verlag, 1992, 27.

²⁶⁹ C. SCHMITT, *Political Theory: four chapters on the concept of sovereignty*, Chicago, The University of Chicago Press, 2005, 10.

²⁷⁰ “*Normativität und Macht sind keine Gegensätze, sondern dialektisch verbunden: Normative Rechtfertigungen sind der Stoff der Macht, so dass Macht zu haben heißt, den sozialen Raum der Gründe bestimmen und nutzen zu können*” in R. FORST, *Normativität und Macht. Zur Analyse sozialer Rechtfertigungsordnungen*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2015, 7.

²⁷¹ F. NEUMANN, *The Rule of Law. Political Theory and the Legal System in Modern Society*, Heidelberg, Berg, 1986, 26; C. SCHMITT, *Political Theory: four chapters on the concept of sovereignty*, Chicago, The University of Chicago Press, 2005, 14.

²⁷² Ibid, 8 en 17.

²⁷³ J. M. KELLY, *A short history of Western legal theory*, Oxford, Clarendon press, 1992, 175.

²⁷⁴ N. CAMPAGNA, *Carl Schmitt. Eine Einführung*, Berlijn, Parerga, 2004, 135.

²⁷⁵ R. CRISTI, “Carl Schmitt on Sovereignty and Constituent Power” in in DYZENHAUS, D. (ed.), *Law as Politics. Carl Schmitt’s Critique of Liberalism*, Durham, Duke University Press, 1998, 182.

²⁷⁶ Ibid, 181.

²⁷⁷ “*Extremus necessitatis casus*” in C. SCHMITT, *Political Theory: four chapters on the concept of sovereignty*, Chicago, The University of Chicago Press, 2005, 10.

²⁷⁸ C. SCHMITT, *Political Theory: four chapters on the concept of sovereignty*, Chicago, The University of Chicago Press, 2005, 7.

nihilo.²⁷⁹ Soevereiniteit wordt daarom traditioneel geassocieerd met een goddelijke autoriteit, een verbinding die Schmitt met zijn *‘Politische Theologie’* steeds benadrukt. Dat de absolute monarch dan soeverein is logisch, die zich immers opwierp als Gods gezant op aarde (*supra*, randnr. 38). Het probleem is nu dat, sinds Rousseaus *‘volonté générale’*, de personalistische en arbitraire kwaliteiten van de soeverein verdwenen zijn, zonder dat de democratie zich op eenzelfde goddelijke legitimiteit kon beroepen.²⁸⁰

b. Soevereiniteit en de liberale constitutie

43. TOENADERING TOT VOLKSSOEVEREINITEIT – De overgang van een *‘göttliche Welt- und Naturordnung’* naar een seculiere, door de mens geordende wereld zag Schmitt wel degelijk als een onafwendbare evolutie, die met de Franse Revolutie definitief was ingezet.²⁸¹ Daarbij verloor ook de monarch zijn legitimiteit, wiens doodvonnis in artikel 1 WRV getekend was. In dit artikel werd de volkssoevereiniteit en de republikeinse orde bepaald.²⁸² Schmitt besefte dus des te meer zich aan dit artikel te moeten aanpassen, ondanks het feit dat hij slechts een absolute monarch als echte soeverein mogelijk achtte.²⁸³ Een eerste toenadering richting een volkssoevereiniteit, maakte hij met het onderscheiden van democratie en parlementarisme.²⁸⁴ Met zijn identitaire democratie probeerde hij immers zijn dictator, die de absolute monarch moest vervangen, te legitimeren als vertegenwoordiger van het volk. Het probleem van soevereiniteit blijft het uitgangspunt in Schmitts denken, waardoor het verbazingwekkend lijkt dat hij dit niet verwerkt in zijn *‘Verfassungslehre’*, toch zijn meest systematische werk. Dit verklaart zich doordat Schmitt, zoals hij zelf ook aangeeft in zijn voorwoord, de liberale constitutionele orde uiteenzet.²⁸⁵ Soevereiniteit is volgens Schmitt net een *‘Grenzbegriff’* (*borderline concept*) dat zich buiten de constitutionele orde manifesteert.²⁸⁶ De uitzonderingstoestand is in die zin wat het mirakel is voor de theologie.²⁸⁷ Het rechtspositivisme dat uitgaat van een wetenschappelijke en seculiere benadering van het recht ontkent deze dan ook. De liberale constitutionele orde kent slechts de normale toestand,

²⁷⁹ A. KALYVAS, *Democracy and the Politics of the Extraordinary. Max Weber, Carl Schmitt, and Hannah Arendt*, New York, Cambridge University Press, 2008, 97; E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2011, 101.

²⁸⁰ C. SCHMITT, *Political Theory: four chapters on the concept of sovereignty*, Chicago, The University of Chicago Press, 2005, 48.

²⁸¹ *Ibid.*, 51.

²⁸² G. ANSCHUTZ, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919*, Berlin, Georg Stilke, 1933, 37.

²⁸³ C. SCHMITT, *Political Theory: four chapters on the concept of sovereignty*, Chicago, The University of Chicago Press, 2005, 182.

²⁸⁴ *Ibid.*, 180.

²⁸⁵ C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2010, X.

²⁸⁶ R. CRISTI, “Carl Schmitt on Sovereignty and Constituent Power” in in DYZENHAUS, D. (ed.), *Law as Politics. Carl Schmitt’s Critique of Liberalism*, Durham, Duke University Press, 1998, 183; C. SCHMITT, *Political Theory: four chapters on the concept of sovereignty*, Chicago, The University of Chicago Press, 2005, 5.

²⁸⁷ C. SCHMITT, *Political Theory: four chapters on the concept of sovereignty*, Chicago, The University of Chicago Press, 2005, 36.

waar een rechtsorde reeds gevestigd is.²⁸⁸ Daarmee ontkent de liberale rechtsstaat de noodzakelijke premisse die haar mogelijk maakt: een voorliggende reële politieke macht. Moest Schmitt de volkssoevereiniteit aanvaarden, dan slechts wanneer deze politieke macht opnieuw een centrale rol krijgt.

44. ‘*POUVOIR CONSTITUANT*’ ALS OPPORTUNITEIT - Dat ook de WRV het werk was van een soeverein in de ‘*Ausnahmezustand*’ bewijst volgens Schmitt het feit dat van artikel 76 geen gebruik gemaakt werd.²⁸⁹ Hoe kon de overgang van een monarchie naar een democratische republiek zonder een grondwetswijziging anders plaatsvinden dan buiten de rechtsorde? Bij Abbé Sieyès vindt Schmitt een rechtvaardigingsgrond, die hij voor eigen doeleinden kan gebruiken. Het is volgens de Franse revolutionair de soevereine natie, die zichzelf een constitutie oplegt.²⁹⁰ De bijzondere waarde van de constitutie berust dus op natie, die de grootheid is in de politieke sfeer en die Sieyès de ‘*pouvoir constituant*’ noemt.²⁹¹ Daarin herkent Schmitt de kenmerken van een soeverein: een concrete en reële wil, die op grond van zijn eigen autoriteit, zichzelf een rechtsorde geeft.²⁹² Opnieuw is hier de analogie met zijn ‘*Der Begriff des Politischen*’ te maken, waar hij de staat zag als een politieke eenheid of de natie, die voorafging aan de rechtsorde.²⁹³ Verwijzend naar het onfeilbare karakter van de keuze van de soeverein, citeert Schmitt Sieyès: “*Es genügt daß die Nation will.*”²⁹⁴ Zo vindt Schmitt een concept waarmee hij soevereiniteit in de liberale constitutie kan brengen, om de ‘*Ausnahmezustand*’ te introduceren.²⁹⁵ Daarmee verlaat Schmitt definitief de absolute monarch als soeverein en sluit hij zich aan bij de algemeen aanvaardde volkssoevereiniteit. Wat verklaart echter deze toenadering? De opstellen die hij over Donoso Cortés schreef kunnen een antwoord bieden. De eerste schreef hij in 1922 en is opgenomen in zijn ‘*Politische Theologie*’. Deze schrijft hij de directe invloed van de oorlog en revolutie toe.²⁹⁶ Het laatste opstel dateert net zoals zijn ‘*Verfassungslehre*’ uit 1928. Deze begreep hij als gematigder omdat de Weimarrepubliek in die jaren leek te normaliseren.²⁹⁷ Wel is belangrijk te onderstrepen dat de abstracte soevereine natie steeds vertegenwoordigd moet worden door een dictator. Of die werkelijk de wensen van de natie naleeft valt sterk te betwijfelen. Dit zag

²⁸⁸ C. SCHMITT, *Political Theology: four chapters on the concept of sovereignty*, Chicago, The University of Chicago Press, 2005, 36-7.

²⁸⁹ C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2010, 96.

²⁹⁰ E.-W. BÖCKENFÖRDE, E.-W., *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2011, 101.

²⁹¹ *Ibid.*, 100.

²⁹² R. CRISTI, “Carl Schmitt on Sovereignty and Constituent Power” in in DYZENHAUS, D. (ed.), *Law as Politics. Carl Schmitt’s Critique of Liberalism*, Durham, Duke University Press, 1998, 184.

²⁹³ E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2016, 352.

²⁹⁴ C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2010, 79; Vergelijk met H. L. A. Harts omschrijving van de soeverein: “*He makes law for his subjects and makes it from a position outside any law. There are, and can be, no legal limits on his law-creating power.*” in H. L. A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 66.

²⁹⁵ R. CRISTI, “Carl Schmitt on Sovereignty and Constituent Power” in in DYZENHAUS, D. (ed.), *Law as Politics. Carl Schmitt’s Critique of Liberalism*, Durham, Duke University Press, 1998, 184.

²⁹⁶ C. SCHMITT, *Donoso Cortés in gesamteuropäischer Interpretation. Vier Aufsätze*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2009, 8.

²⁹⁷ *Ibid.*

Schmitt echter niet als een zwakte van zijn eigen theorie, maar van de volkssoevereiniteit die de noodzakelijke personalistische en arbitraire elementen van een soeverein ontbrak.²⁹⁸ In welke mate Schmitt het volk uiteindelijk werkelijk de vruchten van zijn soevereiniteit wou laten plukken is maar zeer de vraag (*infra*, randnr. 55).

2.1.2 ‘Positiver Verfassungsbegriff’ als substantiële legitimiteit

45. STAATSVORM ALS SUBSTANTIËLE LEGITIMITEIT - De ‘*Verfassungsgebende Gewalt*’ verklaart volgens Schmitt de continuïteit van het Duitse Rijk ondanks de Novemberrevolutie. Zo heeft de Duitse natie nooit opgehouden te bestaan, maar slechts beslist voortaan zonder monarch een politieke eenheid te vormen.²⁹⁹ De ‘*pouvoir constituant*’ is dus niet minder dan het zelfbeschikkingsrecht van de natie. Schmitt definieert het als de autoriteit om een “*Gesamtentscheidung über Art und Form der eigenen politischen Existenz zu treffen.*”³⁰⁰ Hier herkennen we de gelijkenis met zijn soevereiniteitsdefinitie. Uit de beslissing van de soeverein in de uitzonderingstoestand resulteert een rechtsorde: de rechtsorde ontstaat uit een ‘*Akt der Verfassungsgebende Gewalt*’.³⁰¹ Ook in de beslechting van de antithese tussen vriend en vijand herkennen we dezelfde idee. Daaruit ontstaat de natie, die de resulterende substantie van de politieke eenheid is en dus de maatgevende eenheid.³⁰² Deze ‘*Akt*’ bepaalt immers de positieve waarde van de constitutie, die de substantiële legitimiteit is. Het is de “*grundlegende Voraussetzung für alle weiteren Normierungen,...*”³⁰³ Iedere latere norm wordt dus beperkt door deze substantiële legitimiteit, waarmee Schmitt een antwoordt biedt op het legalisme (*supra*, randnr. 33). *In casu* van de Weimarrepubliek is deze kern: een democratische republiek (art. 1), bondsstructuur (art. 2), parlementarisme en burgerlijke rechtsstaat.³⁰⁴ Schmitt verbindt dus de substantiële legitimiteit, het principe dat de continuïteit van de politieke eenheid moet garanderen, net aan de principes die haar onmogelijk zouden maken. Dit sluit aan bij de idee van een tijdelijke opschorting van de constitutionele orde (*infra*, randnr. 51). Bovendien kan het verbinden van de natie met de grondtrekken van het staatsbestel inclusief werken. Het maakt dan ook een belangrijk onderdeel van zijn liberale receptie uit (*infra*, randnr. 62).

²⁹⁸ R. CRISTI, “Carl Schmitt on Sovereignty and Constituent Power” in in DYZENHAUS, D. (ed.), *Law as Politics. Carl Schmitt’s Critique of Liberalism*, Durham, Duke University Press, 1998, 190.

²⁹⁹ “*Das Deutsche Volk will mit der Weimarer Verfassung seine Identität mit dem deutschen Volk der Verfassung von 1871 nicht verleugnen; es will sein Reich erneuern, ..., aber nicht ein neues Reich gründen. [...] Sie bedeutet nur, daß ein Volk, welches bisher glaubte, nur auf der Grundlage des monarchischen Prinzips politisch existieren zu können, als dies Prinzip politisch entfiel, seine Existenz kraft eigener politischer Entscheidung durch eine Verfassung, die es sich selber gab, weiterführte.*” in C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2010, 96.

³⁰⁰ *Ibid.*, 75.

³⁰¹ *Ibid.*, 21.

³⁰² C. SCHMITT, *Het begrip politiek*, Amsterdam, Boom/Parrèsia, 2006, 73.

³⁰³ *Ibid.*, 24.

³⁰⁴ C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2010, 23-4.

46. DE ‘*GEISTESWISSENSCHAFTLICHE WENDE*’ - Schmitt slaagde erin zich te verzoenen met de volkssoevereiniteit zonder toe te geven aan het individualisme en contractsdenken.³⁰⁵ Daartoe vereenzelvigde hij democratie met de natie en niet met individuele participatie (*supra*, randnr. 34). Zo bleef de politieke eenheid primeren op het individu, waardoor de staat zijn monopolie op het politieke behoudt. Schmitt is de gekendste van de antiliberaal doctrine, die de natie als politieke kracht tot de maat der dingen verheven. Deze stroming wordt in contrast met het rechtspositivisme de ‘*geisteswissenschaftliche Wende*’ genoemd. Zo stelde Erich Kaufmann vergelijkbaar met Schmitt dat de ‘*Volksgeist*’, als het rechtsbewustzijn van het volk, de primaire bron van positief recht is.³⁰⁶ Men zou zelfs kunnen stellen dat deze doctrine meer aansloot bij de Duitse rechtstraditie, die het recht nationalistisch-collectivistisch benaderde sinds de ‘Historische School’ van von Savigny.³⁰⁷ Wat hen onderscheidt, is dat ze de natie als een dynamische en politieke kracht tegenover het statische formalisme van de geschreven grondwet stelden. Die laatste was dan ook ontoereikend om de natie te vatten, waardoor de natie aan het recht moest voorafgaan.³⁰⁸ In de titel van Rudolf Smends hoofdwerk, ‘*Verfassung und Verfassungsrecht*’, herkennen we dit onderscheid tussen de constitutie als een reële politieke kracht tegenover het normatieve kader.³⁰⁹ Toch verschilden Schmitt en Smend fundamenteel van elkaar. Die laatste zag de *Verfassung* als het resultaat van een dynamisch ‘*Integrationsprozess*’. Daarin wordt de natie steeds opnieuw in de ‘*Lebenstotalität*’ van de staat geïntegreerd.³¹⁰ Schmitt daarentegen herleidde de natie en de daaruit resulterende staat tot een ‘*einmalige Dezsion*’. De natie is immers steeds abstract en onprecies en zou anders voorwerp van interpretatie en discussie kunnen zijn. De intentie van Schmitt was net een onbetwistbare substantiële legitimiteit, die ook in de uitzonderingstoestand een grondslag voor orde en pacificatie biedt.³¹¹

2.1.3 Legitimiteit en legaliteit als Sein en Sollen

47. GRONDWET ALS EQUIVALENT VAN DE STAAT - Schmitts positieve *Verfassung* is slechts de inhoud, die op zijn beurt in twee vormen kan bestaan of gedacht worden: als een *Verfassung* in absolute of relatieve zin. De eerste is een totaliteit die zich *in concreto* manifesteert als een ‘*Gezamtzustand politischer Einheit und Ordnung*’.³¹² Het kan gelijkgesteld worden met de staatsvorm of zelfs de staat zelf.³¹³ *In abstracto* kan het ook een systeem van normen zijn, die echter nog niet

³⁰⁵ K. SONTHEIMER, *Antidemokratisches denken in der Weimarer Republik*, München, Nymphenburger Verlagshandlung, 1968, 86.

³⁰⁶ K. RENNERT, *Die “geisteswissenschaftliche Richtung” in der Staatsrechtslehre der Weimarer Republik*, Berlijn, Duncker & Humblot, 1987, 270.

³⁰⁷ E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2016, 13.

³⁰⁸ K. RENNERT, *Die “geisteswissenschaftliche Richtung” in der Staatsrechtslehre der Weimarer Republik*, Berlijn, Duncker & Humblot, 1987, 272.

³⁰⁹ *Ibid.*, 141-2; D. GRIMM, *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991, 145.

³¹⁰ ‘*Verfassung und Verfassungsrecht*’ in R. SMEND, *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2010, 188.

³¹¹ D. GRIMM, *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991, 146.

³¹² C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2010, 3.

³¹³ N. CAMPAGNA, *Carl Schmitt. Eine Einführung*, Berlijn, Parerga, 2004, 53-4; C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2010, 5.

verwezenlijkt is door een concrete politieke eenheid.³¹⁴ Ook hier gaat het om een totaliteit, wat neerkomt op een volmaakte en dus gesloten codificatie. Daartegenover staat de relatieve *Verfassung*, die in de Weimarrepubliek de heersende opvatting is. Het is geen totaliteit of geheel, maar een “*Vielheit einzelner Gesetze*”.³¹⁵ Het is een formalistische interpretatie van de geschreven grondwet. Dit betekent volgens Schmitt dat elk artikel zonder onderscheid dezelfde waarde heeft, waardoor de waarde van de *Verfassung* wordt gerelativeerd. Zo heeft artikel 1 (“*Das Deutsche Reich ist eine Republik*”) geen hogere waarde dan artikel 129 (“*dem Beamten Einsicht in seine Personalmachweise zu gewähren ist*”).³¹⁶ Bijgevolg is het mogelijk artikel 1 onder dezelfde voorwaarden te wijzigen als artikel 129, hoezeer het de staatsorde ook constitueert. Daarin herkennen we zijn kritiek op het legalisme en artikel 79. De positieve inhoud van de *Verfassung*, die substantieel is en onveranderlijk, kan dus volgens Schmitt slechts in absolute zin als een totaliteit gedacht worden.

48. POLITIEKE LEVEN NOOIT NORMATIEF TE DETERMINEREN – De *Verfassung* in relatieve zin gaat uit van een formalistische interpretatie, waarbij een gesloten codificatie gedacht wordt.³¹⁷ Dit is volgens Schmitt echter onmogelijk, aangezien het politieke nooit normatief in te perken is (*supra*, randnr. 39). Daarmee geeft hij een gelijkaardige kritiek als H. L. A. Hart in zijn standaardwerk ‘*The Concept of Law*’. De Britse rechtsfilosoof verdedigt de onmogelijkheid een allesomvattende normatieve regeling te treffen vanuit de idee dat de toekomstige normatieve behoeften onvoorzienbaar zijn. Daarnaast zijn normen *in se* onbepaald, die eigen aan de natuur van de taal altijd een ‘*open texture*’ nalaat.³¹⁸ Het gevolg is dat het recht uiteindelijk resulteert uit een ‘*decision*’, zij het in het geval van Hart door de rechter genomen, wat Schmitt in het geval van zijn uitzonderingstoestand onmogelijk acht (*infra*, randnr. 52).³¹⁹ Echter vormt ‘*legal indeterminacy*’, de onbepaaldheid van normen de kern van zijn kritiek op de rechtsstaat.³²⁰ Schmitt, die reeds op jonge leeftijd het formalisme bekritiseerde, ziet de ‘*Ausnahmezustand*’ daarvan als de logische consequentie.³²¹ In een absolute opvatting van de grondwet daarentegen kan geen uitzonderingstoestand meer plaatsvinden.³²² De legitimiteit is immers ongeschreven, aangezien ze berust in de natie zelf als reële politieke kracht en behoeft dus geen normatief kader. Zo blijft er in elke omstandigheid recht gelden. Er bestaat steeds *jus*, ook wanneer er geen *lex* is.³²³ Daaruit blijkt des te meer waarom de staat het recht moet voorafgaan. We herkennen hier bovendien de aanzet voor zijn dictatuur, die wanneer het normatieve kader

³¹⁴ C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2010, 3.

³¹⁵ *Ibid.*, 11.

³¹⁶ *Ibid.*, 12.

³¹⁷ *Ibid.*, 15.

³¹⁸ J. M. KELLY, *A short history of Western legal theory*, Oxford, Clarendon press, 1992, 431.

³¹⁹ *Ibid.*

³²⁰ W. E. SCHEUERMAN, *Carl Schmitt: The end of law*, Lanham, Rowman & Littlefield Publishers, 1999, 18.

³²¹ H. HOFMANN, *Legitimität gegen Legalität, Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2010, 26-7.

³²² N. CAMPAGNA, *Carl Schmitt. Eine Einführung*, Berlijn, Parerga, 2004, 58.

³²³ *Ibid.*, 58-9; A. KALYVAS, *Democracy and the Politics of the Extraordinary. Max Weber, Carl Schmitt, and Hannah Arendt*, New York, Cambridge University Press, 2008, 95.

tekortkomt naar de positieve inhoud van de constitutie moet handelen (*infra*, randnr. 53). Ook de overtuigde sociaaldemocratische politicoloog Kurt Sontheimer erkent de argumentatieve kracht van Schmitt en Smend in “*das flutende politische Leben*” van de Weimarrepubliek.³²⁴ Door het contrasteren van de ‘*wirkliche*’ met de ‘*rechtliche Verfassung*’, als een *Sein* tegenover een *Sollen*, ondergraven ze de normatieve kracht van de WRV. Wel blijft Sontheimer terecht sceptisch over de vraag die Schmitts theorie overstemt en hierna onderzocht wordt: wou Schmitt opnieuw een normatieve rechtsorde doen gelden, dan wel zijn ‘*Ausnahmezustand*’ tot de norm verheffen en zo een permanente dictatuur bewerkstelligen?³²⁵

2.2 STAAT EN RECHTSSTAAT

2.2.1 Rechtsstaat als ‘*unpolitisch*’ deel van de constitutie

49. PRINCIPIEEL ONBEPERKTE VRIJHEID INDIVIDU, PRINCIPIEEL BEPERKTE MACHT STAAT – De tweeledige antropologie van het liberalisme (*supra*, randnr. 6) herkent men in Schmitts omschrijving van de rechtsstaat. De fundamentele idee van de rechtsstaat is het ‘*Verteilungsprinzip*’. Het gaat uit van een principieel onbeperkte vrijheid van het individu en een principieel beperkte macht van de staat.³²⁶ Dit wordt verwezenlijkt door de (burgerlijke) grond- of vrijheidsrechten, die statelijk ingrijpen in de sfeer van het individu onderwerpen aan een voorafgaande wettelijke norm.³²⁷ Daarnaast is er ook het ‘*Organisationsprinzip*’ of een scheiding der machten.³²⁸ Met deze twee principes geeft Schmitt geen onbekende beschrijving van de fundamentele van de rechtsstaat. Zo bepaalt artikel 16 van de ‘*Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen*’ van 1789: “*Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n’est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n’a point de Constitution.*” Wat zijn omschrijving wel bijzonder maakt, is de kwalificatie van de rechtsstaat als het liberale en ‘*unpolitische*’ deel van de constitutie. Deze onderscheidt hij van het democratische en ‘*politische Bestandteil*’.³²⁹ Volgens Schmitt is de rechtsstaat immers geen onderdeel van de staatsvorm, maar een liberale beperking ervan.³³⁰ Het verhindert de staat de politieke eenheid te waarborgen, dus zijn substantiële legitimiteit af te dwingen.³³¹ Zo betekent bijvoorbeeld een constitutionele monarchie dat de monarchie (het ‘*politische*’) beperkt wordt door de constitutionele waarborgen of grondrechten (het ‘*unpolitische*’).³³² Wil de staat zichzelf redden, dan moet ze bijgevolg de rechtsstaat tijdelijk opschorten. Daarmee is de aanzet gegeven van zijn dictatuur, die tijdelijk buiten het normatieve kader kan handelen (*infra*, randnr. 51).

³²⁴ K. SONTHEIMER, *Antidemokratisches denken in der Weimarer Republik*, München, Nymphenburger Verlagshandlung, 1968, 88.

³²⁵ *Ibid.*, 89 en 91.

³²⁶ C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2010, 126.

³²⁷ *Ibid.*, 127.

³²⁸ *Ibid.*

³²⁹ *Ibid.*, 200; E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2016, 352-3.

³³⁰ C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2010, 200.

³³¹ *Ibid.*, 201.

³³² *Ibid.*, 200.

50. GRONDRECHTEN OPNIEUW VOORWAARDELIJK – De grondrechten zijn dus apolitiek in ‘Schmittiaanse’ zin. Deze komen bijgevolg het individu slechts toe in zijn private sfeer en dus wanneer de publieke sfeer gewaarborgd is.³³³ Schmitt draait zo de rollen om: het is niet het recht dat de staat bepaalt, maar de staat die het recht mogelijk maakt. Volgens deze logica is de staat dan ook geen beperking van individuele vrijheid, maar net de garantie ervan. Wanneer het individu zijn vrijheidsrechten tijdelijk geschorst ziet, is het daarom niet onderdrukt door de staat, aangezien de belangen identiek zijn: het garanderen van de politieke eenheid (*supra*, randnr. 23).³³⁴ De grondrechten zijn volgens de klassieke doctrine echter absoluut en gaan de statelijke macht vooraf.³³⁵ De vraag is of Schmitt deze rechten wel degelijk erkent. In zijn ‘*Verfassungslehre*’ onderscheidt hij de eigenlijke grondrechten, de ‘*vor- und überstaatliche Menschenrechte*’, zoals het recht op eigendom, gewetens- en geloofsvrijheid. Deze gelden dus slechts in de private sfeer. Daarnaast zijn er de individuele vrijheden die in verbinding staan tot de anderen, zoals het recht op een vrije mening, vrijheid van vergadering en persvrijheid. Deze rechten hebben een sociaal karakter en belangen daarom sneller de politieke eenheid aan.³³⁶ Schmitt erkent ze wel, maar ze kunnen snel hun ‘*unpolitische Charakter*’ verliezen, wat betekent dat de staat moet kunnen ingrijpen wanneer deze de politieke eenheid bedreigen.³³⁷ We zagen hiervan reeds een voorbeeld met het propagandaverbod (*supra*, randnr. 30). Of deze opschorting al dan niet tijdelijk is, dan wel permanent blijft voorlopig nog onbeantwoord. Voorlopig kunnen we vaststellen dat Schmitt grondrechten opnieuw voorwaardelijk maakt. Enerzijds komen ze slechts toe aan wie lid is van de politieke eenheid en dus niet aan de vijand, anderzijds gelden ze slechts in de private sfeer, dus wanneer de politieke eenheid gewaarborgd is (*infra*, randnr. 16).³³⁸

2.2.2 Artikel 48 en de Hüter der Verfassung

51. OPSCHORTING VAN DE GRONDWET - Artikel 187 van de Belgische Grondwet bepaalt: “*De Grondwet kan noch geheel, noch ten dele worden geschorst.*” Dit is voor Schmitt echter ontoelaatbaar omdat het gehele politieke leven nooit allesomvattend gecodificeerd kan worden (*supra*, randnr. 48).³³⁹ Onder invloed van de ervaringen van de Novemberrevolutie was ook de constituanten van de WRV zich bewust van de limieten van het normatieve kader. Daarom werd het artikel 48 opgenomen, dat in het tweede lid de mogelijkheid van een noodtoestand bepaalde: “*Der Reichspräsident kann, wenn im Deutschen Reiche die öffentliche Sicherheit und Ordnung erheblich gestört oder gefährdet wird, die zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nötigen Maßnahmen treffen, erforderlichenfalls mit Hilfe der bewaffneten Macht einschreiten. Zu diesem Zwecke darf er vorübergehend die in den Artikeln 114, 115, 117, 118, 123, 124 und 153 festgesetzten Grundrechte ganz oder zum Teil außer Kraft setzen.*” Dit artikel sluit nauw aan bij

³³³ Ibid, 163-4.

³³⁴ E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2016, 352.

³³⁵ T. BINGHAM, *The rule of law*, London, Penguin Books, 2011, 66-7.

³³⁶ C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 2010, 165.

³³⁷ E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2016, 359.

³³⁸ Ibid.

³³⁹ C. SCHMITT, *Political Theology: four chapters on the concept of sovereignty*, Chicago, The University of Chicago Press, 2005, 6.

Schmitts soevereiniteitsbegrip.³⁴⁰ In zijn definitie betekent ‘über’ immers dat de soeverein zowel bepaalt wanneer er een noodtoestand is, als welke maatregelen een normale rechtsorde opnieuw mogelijk moeten maken.³⁴¹ Dit artikel gaat dan ook verder dan het klassieke Romeinse instituut, waar de dictator door de senaat werd aangeduid.³⁴² Het is de *Reichspräsident* die naar eigen inzicht de noodtoestand kan uitroepen en bepaalde grondrechten tijdelijk kan opschorten om de openbare orde te herstellen. Daarin herkennen we Schmitts kwalificatie van de grondrechten als het ‘*unpolitische*’ deel van de constitutie in de praktijk. Belangrijk is hoe Schmitt over het bewuste artikel stelt dat het niet dient tot de permanente opheffing van de grondrechten, maar net om deze opnieuw te kunnen doen gelden.³⁴³ Dit impliceert, althans in theorie, de tijdelijke aard van zijn dictatuur (*infra*, randnr. 55).

52. ALLEEN DE UITVOERENDE MACHT KAN DE POLITIEKE EENHEID GARANDEREN – De dictator is de ‘*Hüter der Verfassung*’, die de rechtsorde moet beschermen eenmaal deze gevestigd is en zo de interne pacificatie moet waarborgen. Zijn maatregelen daartoe zijn niet zozeer gericht tegen het individu, maar tegen de verschillende belangengroepen.³⁴⁴ Schmitt gaat in zijn ‘*Der Begriff des Politischen*’ immers uit van een natuurtoestand tussen concurrerende collectiviteiten en niet individuen (*supra*, randnr. 20). De *Reichspräsident* moet boven deze verschillende collectiviteiten staan. Hij beschermt immers de politieke eenheid als een ondeelbaar geheel en niet particuliere politieke of economische belangengroepen.³⁴⁵ Naar Benjamin Constant is hij volgens Schmitt de ‘*pouvoir neutre, intermédiaire et régulateur*’.³⁴⁶ In uitzonderlijke omstandigheden moet hij als het ware apolitek zijn, net om de meest politieke beslissing te nemen: tussen vriend en vijand. Dat zijn rol neutraliteit veronderstelt, verklaart waarom volgens Schmitt het parlement niet de *Hüter* kan zijn. De parlementaire discussie verloopt immers niet langer rationeel, waardoor de wetgevende uitkomst niet neutraal is en een bedreiging vormt voor de politieke eenheid (*supra*, randnr. 29).³⁴⁷ De rechter is wel neutraal en onafhankelijk, aangezien deze zich in principe slechts oriënteert op een rechtsnorm.³⁴⁸ Om die reden stelt Kelsen in zijn tegen Schmitt gerichte ‘*Wer soll Hüter der Verfassung sein?*’ dat het grondwettelijk hof de enige geschikte *Hüter* is.³⁴⁹ Het politieke speelt zich echter steeds af op de rand van de rechtsorde (*supra*, randnr. 41). Het is net de taak van de *Hüter* om in de normloze toestand

³⁴⁰ R. CRISTI, “Carl Schmitt on Sovereignty and Constituent Power” in DYZENHAUS, D. (ed.), *Law as Politics. Carl Schmitt’s Critique of Liberalism*, Durham, Duke University Press, 1998, 181.

³⁴¹ C. SCHMITT, *Political Theology: four chapters on the concept of sovereignty*, Chicago, The University of Chicago Press, 2005, 7.

³⁴² C. SCHMITT, *Dictatorship*, Cambridge, Polity Press, 2014, 181.

³⁴³ C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2010, 27.

³⁴⁴ N. CAMPAGNA, *Carl Schmitt. Eine Einführung*, Berlijn, Parerga, 2004, 195.

³⁴⁵ *Ibid.*

³⁴⁶ C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2016, 132.

³⁴⁷ *Ibid.*, 156.

³⁴⁸ C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2016, 156; E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2016, 357.

³⁴⁹ S. L. PAULSON, “Hans Kelsen and Carl Schmitt: Growing Discord, Culminating in the “Guardian” Controversy of 1931” in MEIERHENRICH, J. en SIMONS, O. (eds.), *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*, Oxford, 2017, (zonder paginanummering).

opnieuw recht te doen gelden.³⁵⁰ Daarom is volgens Schmitt ook de rechter ongeschikt, die zich slechts neutraal kan richten op een norm, dus wanneer de rechtsorde reeds gevestigd is.³⁵¹ Van de drie machten is blijft alleen de uitvoerende, in de hoedanigheid van de *Reichspräsident*, geschikt om de *Verfassung* te redden. Bovendien genoot deze ook democratische legitimiteit door zijn rechtstreekse verkiezing en stond hij zo als het ware boven het partijpolitieke.³⁵²

53. DE WARE BETEKENIS VAN ‘PROTECTION AND OBEDIENCE’ – Schmitt vervolledigde Cicero’s uitspraak “*Inter armas silent leges*” met “..., *sed non silet jus*.”³⁵³ Dat de dictator buiten het wettelijke kader handelde, betekende volgens Schmitt immers niet dat de dictator een vrijgeleide kreeg, aangezien de substantiële legitimiteit blijft gelden en hem bindt. In zijn beroemde onderscheid tussen de soevereine en de commissoriale dictatuur, is de *Reichspräsident* de laatste. Die kon geen recht creëren, maar slechts afdwingen, waarmee hij van de soevereine dictator verschilde.³⁵⁴ Naar Romeins model moest hij de staatsorde (de ‘*positiver Verfassung*’) redden namens een hogere autoriteit: het soevereine volk.³⁵⁵ De positieve inhoud van de *Verfassung* is dus de richtlijn om de politieke eenheid te bewaren. Dat de staat slechts mag handelen naar de continuïteit van de politieke eenheid, zoals we hierboven zagen, herkennen we eveneens bij de dictator, die ‘*staatstechnisch*’ of louter doelmatig optreedt.³⁵⁶ Alle middelen heiligen dit doel, wat eveneens betekent dat indien noodzakelijk de vijand met geweld bestreden moet worden. De legitimiteit is echter breed geformuleerd (republiek – parlementarisme – bondsstaat – burgerlijke rechtsstaat), waardoor ze ook inclusief kan zijn.³⁵⁷ Dat Schmitt een ‘dictatuur van het proletariaat’ vreesde, betekende immers niet noodzakelijk een militair ingrijpen. In primaire orde wou hij de marxisten neutraliseren door hen in de politieke eenheid te integreren. Schmitt leek te beseffen dat ook een dictator finaal geen politieke eenheid absoluut kan garanderen, maar dat ze in de sociale homogeniteit berust (*infra*, randnr. 61). Daarom stelt hij dat de staat de plicht heeft zich zodanig te organiseren dat geen enkele groepering genoodzaakt wordt om naar geweld te moeten terugrijpen.³⁵⁸ Zo stelt Schmitt: “*daß der Totalität des Hobbesschen Staates immer auch die totale Verantwortlichkeit für Schutz und Sicherheit der Staatsbürger entspricht, und daß der Gehorsam sowie der Verzicht auf jedes Widerstandsrecht, den dieser Gott verlangen kann, nur das Korrelat des wirklichen Schutzes ist, für den er garantiert.*”³⁵⁹ Dat is de werkelijke betekenis van Hobbes ‘*protection and obedience*’. Het is geen voorwaardelijke relatie tussen staat en individu, maar een fundamenteel

³⁵⁰ N. CAMPAGNA, *Carl Schmitt. Eine Einführung*, Berlijn, Parerga, 2004, 189; E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2016, 357.

³⁵¹ C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2016, 156.

³⁵² *Ibid.*, 137 en 158-9.

³⁵³ N. CAMPAGNA, *Carl Schmitt. Eine Einführung*, Berlijn, Parerga, 2004, 7.

³⁵⁴ Ook hier komt het creëren van recht als wezenlijk kenmerk van soevereiniteit tot uiting (*supra*, randnr. 40); C. SCHMITT, *Dictatorship*, Cambridge, Polity Press, 2014, xlii.

³⁵⁵ R. MEHRING, *Carl Schmitt zur Einführung*, Hamburg, Junius Verlag, 1992, 49.

³⁵⁶ C. SCHMITT, *Dictatorship*, Cambridge, Polity Press, 2014, xl en 6.

³⁵⁷ N. CAMPAGNA, *Carl Schmitt. Eine Einführung*, Berlijn, Parerga, 2004, 197.

³⁵⁸ C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2016, 21.

³⁵⁹ ‘*Der Staat als Mechanismus bei Hobbes und Descartes*’ in C. SCHMITT, *Staat, Großraum, Nomos*, Berlijn, Duncker & Humblot, 1995, 143.

politiek inzicht: de correlatie tussen burgeroorlog en het succes waarmee de staat de verschillende groeperingen voor elkaar beschermt.³⁶⁰

2.2.3 *Besluit: Schmitt als totalitair of democraat?*

54. TERUGKEER NAAR 'NORMALZUSTAND' ALS CRITERIUM – Elke samenleving begeeft zich tussen despotisme en anarchisme. De focus van Schmitt ligt overduidelijk op het voorkomen van anarchie, maar in welke mate resulteert dit in een despotisme? Met andere woorden: welke prijs betaalt het individu voor zijn veiligheid, want wat is veiligheid waard zonder vrijheid? Door zijn gelijkaardige veronderstelde identiteit tussen staat en individu, werpt zich dezelfde afweging op als bij Hegel (*supra*, randnr. 22). Om te oordelen of Schmitt eveneens een vijand van de 'open society' is, hebben we een criterium nodig. Volgens Hannah Arendt onderscheidt het totalitarisme zich van de dictatuur, doordat het totalitarisme "waar het ook aan de macht kwam, bracht het volstrekt nieuwe politieke instellingen voort en vernietigde het alle sociale, wettelijke en politieke tradities van het land in kwestie."³⁶¹ Schmitts onderscheid tussen de soevereine en commissoriale dictatuur sluit hierbij aan. De soevereine dictator kan immers zelf een totalitair regime instellen, terwijl de commissoriale slechts kan handelen in opdracht van de gevestigde orde. Dit biedt volgens ons een goed criterium, aangezien de vraag beantwoord wordt of Schmitt wou terugkeren naar de 'Normalzustand'. Dan zou zijn dictator immers opnieuw een parlementair stelsel en een burgerlijke rechtsstaat moeten bewerkstelligen, waardoor het individu opnieuw van zijn vrijheden kan genieten. Ook Franz Neumann maakt een gelijkaardig onderscheid tussen het totalitarisme en de contrarevolutionaire Donoso Cortés, doordat die wel oog had voor individuele vrijheid.³⁶² Schmitt stelt eveneens over de Spanjaard dat "Sobald der gewohnte Normalzustand wiederhergestellt war, konnte man leicht beweisen, daß Donoso Cortés eigentlich nur ein Liberal-Konservativer [...] war."³⁶³ Geldt dit ook voor Schmitt of wou hij de 'Ausnahmezustand' tot de permanente norm verheffen en zo de totalitaire dictatuur rechtvaardigen die Duitsland na 1933 gekend heeft?

55. ARGUMENTEN PRO EN CONTRA – Bij een volkssoeverein hoort een commissoriale dictator, wat een evolutie is die sinds de Franse Revolutie plaatsvond. De dictator is bijgevolg niet de 'pouvoir constituant', maar de 'pouvoir constitué', die door de *Verfassung* in zijn macht beperkt is.³⁶⁴ Volgens een letterlijke lezing pleit Schmitt zo voor de terugkeer naar een parlementair stelsel en een burgerlijke rechtsstaat (*supra*, randnr. 45). Deze interpretatie is door zijn politieke activiteiten echter moeilijk zomaar te aanvaarden. Waar de rechtspositivisten geen substantiële beperkingen wouden stellen om een legale

³⁶⁰ Ibid, 195-6.

³⁶¹ H. ARENDT, *Totalitarisme*, Amsterdam, Boom, 2014, 319.

³⁶² F. NEUMANN, *The Rule of Law. Political Theory and the Legal System in Modern Society*, Heidelberg, Berg, 1986, 177; Toch was Donoso Cortés ook de intellectuele held van Franco-regime, wat opnieuw aantoont hoe moeilijk het is om een sluitend oordeel te vellen. Zie: H. ARIAS, *Donoso Cortés und Carl Schmitt*, Paderborn, Ferdinand Schöningh, 1998, 14.

³⁶³ C. SCHMITT, *Donoso Cortés in gesamteuropäischer Interpretation. Vier Aufsätze*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2009, 7.

³⁶⁴ E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2011, 107.

machtsgreep te voorkomen, vormde deze de kern van Schmitts denken. Paradoxaal genoeg waren het de rechtspositivisten die de politieke consequenties weigerden te aanvaardden, terwijl Schmitt deze wel (opportunistisch) aanvaardde. Bovendien schreef hij mee aan de wet die de *Reichstag* buiten spel zette en de wet die de bondsstructuur omvormde tot een gecentraliseerde eenheidsstaat.³⁶⁵ Daarmee ging hij in tegen de onveranderlijke kern van de *Verfassung*, waar hij tijdens de Weimarrepubliek voor pleitte. Op zijn beurt wordt door sommigen zijn nationaalsocialistische periode (1933-1936) gerelativeerd. Schmitt werd immers door ‘*das Schwarze Korps*’ van de SS opgeroepen zijn ware aard als ‘Hobbesiaanse katholiek’ te bekennen en werd onder die druk uit de partij gezet.³⁶⁶ De vraag is of de Schmitt voor 1933, die pleitte voor het verbieden van de NSDAP, de democratie werkelijk wou redden. Geloofde hij dat zijn dictatuur niet zou ontaarden in een despotisme? De premisse dat de mens van nature neigt naar het slechte lijkt Schmitt voor zijn dictator te vergeten.³⁶⁷ Machiavelli kan hier echter een belangrijk tegenargument bieden. Die stelde dat het niet de macht *an sich* is die van de dictator een despoot maakt, maar het gebrek aan een temporele beperking.³⁶⁸ Artikel 48 betekende immers een normatieve determinatie van de noodtoestand. Net deze wettelijke benadering veroorzaakte volgens Walter Benjamin dat de noodtoestand in de westerse democratieën tot de regel en niet uitzondering geworden is.³⁶⁹ In gelijke zin stelde Schmitt (achteraf) dat Hindenburg Hitler niet alleen de macht gaf, maar ook de toegang tot de *Verfassung*.³⁷⁰ Schmitt pleitte niet voor een wet die de ‘*Ausnahmezustand*’ regelde, maar voor een ongeschreven substantiële legitimiteit.

56. LIBERALE RECEPTIE MOGELIJK – Een definitief oordeel is moeilijk, aangezien ook zijn politieke motieven in rekening gebracht moeten worden. Bovendien zou dit neerkomen op een oordeel over schuld of onschuld, wat in dit bescheiden seminariewerk niet aan de orde is. Wel menen wij, zoals bij Hegel en Rousseau, aan wie Schmitt zijn democratiebegrip ontleende, een tweespoor waar te nemen in de uitgebreide literatuur over Schmitt. Duitse professoren van de eerste generatie na 1945 verwerpen Schmitt vaak radicaler. Habermas noemt Schmitt een “*intellektuelle Verursacher eines ‘europäischen Bürgerkriegs’*”, in tegenstelling tot wat Schmitt zelf meende te willen bereiken (*supra*, randnr. 27).³⁷¹ Volgens Karl Dietrich Bracher creëerde Schmitt met zijn vriend-vijandonderscheid een barbaars klimaat tegenover het beschaafde consensusdenken van de parlementaire democratie.³⁷² Sontheimer stelt milder, doch niet onverbiddelijker dat wie om de liberale democratie geeft Schmitt niet

³⁶⁵ R. MEHRING, *Carl Schmitt: Aufstieg und Fall*, München, Verlag C. H. Beck, 2009, 320-1.

³⁶⁶ In het nawoord van Günter Maschke. Zie: C. SCHMITT, *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes*, Stuttgart, Klett-Cotta, 2015, 186-90.

³⁶⁷ N. CAMPAGNA, *Carl Schmitt. Eine Einführung*, Berlijn, Parerga, 2004, 203-4.

³⁶⁸ N. MACHIAVELLI, *Discorsi. Gedachten over Staat en Politiek*, Amsterdam, Ambo, 2007, 183.

³⁶⁹ Agamben gebruikt dit argument om te ontcrachten dat Schmitt met zijn vijandverklaring de theoreticus van de ‘*war on terror*’ van de Bush-administratie zou zijn. Guantanamo en de Patriot-act ontnemen de vijand immers civiele rechten, maar door hun wettelijke karakter wel op permanente wijze. Zie: A. DE BENOIST, *Carl Schmitt Today*, London, Arktos, 2013, 89.

³⁷⁰ M. HERRERO, *The Political Discourse of Carl Schmitt*, London, Rowman & Littlefield, 2015, 15.

³⁷¹ J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1992, 619.

³⁷² K. D. BRACHER, *Die deutsche Diktatur*, Keulen, Kiepenheuer & Witsch, 1969, 49.

nodig heeft.³⁷³ Was dit ‘*Vergangenheitsbewältigung*’ of een meer betrokken en daarom beter begrip van Schmitts politieke intenties? Opmerkelijk is het verschil met de recentere literatuur waar Schmitt meer in zijn politieke intenties gerelativeerd wordt, in het bijzonder door de Angelsaksische auteurs. Dat hij geen democraat was naar liberale normen is duidelijk, maar wel probeerde hij zoals Pascal Pasquino het omschrijft: “*to think the democratic form of authority.*”³⁷⁴ Volgens deze interpretatie aanvaardde hij de volkssoevereiniteit (Sieyès), maar achtte hij het onmogelijk de personalistische attributen van de klassieke soeverein (Bodin en Hobbes) definitief te verlaten.³⁷⁵ Laten we een sluitend antwoord in het midden, dan blijft er in elk geval een liberale receptie mogelijk. Deze wordt in het volgende en laatste hoofdstuk besproken.

3. SCHMITT LIBERAAL GERECEPIEERD

57. Dat Schmitt moeilijk eenduidig te begrijpen is, doet Jan-Werner Müller zonder vrees voor overdrijving stellen dat hij de meest divers gerecepieerde politiek filosoof is.³⁷⁶ Zo beïnvloedde Schmitt onder meer Italiaanse marxisten, maar ook Spaanse fascistten, de Duits-Joodse Hannah Arendt en de postmodernist Jacques Derrida.³⁷⁷ Van deze brede receptie bespreken we slechts een fragment, toegespitst op de uitdagingen van de liberale democratie.

3.1 SCHMITTS INVLOED NA 1945

3.1.1 Ernst-Wolfgang Böckenförde en zijn dictum

58. KAN EEN VRIJHEIDSORDE ZICHZELF VRIJHEIDSCONFORM VERDEDIGEN - “*Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann. Das ist das große Wagnis, das er, um der Freiheit willen, eingegangen ist.*”³⁷⁸ Deze uitspraak geldt als de meest geciteerde in het politieke denken van naoorlogs Duitsland. Het leeft voort als het ‘Böckenförde-dictum’, naar de gelijknamige emeritus rechter in het *Bundverfassungsgericht* (*BverfG*).³⁷⁹ We herkennen dezelfde pijnpunten waarmee Schmitt de liberale democratie confronteert: de keerzijde van vrijheid en een seculier waardenrelativisme (*supra*, randnr. 39).³⁸⁰ Dit is geen toeval. Böckenförde is immers de meest gekende leerling van Schmitt. Zoals hij zelf ook aangeeft, is het zijn verdienste Schmitt een liberale

³⁷³ J.-W. MULLER, *A Dangerous Mind. Carl Schmitt in Post-War European Thought*, New Haven, Yale University Press, 2003, 195.

³⁷⁴ Geciteerd uit: A. KALYVAS, *Democracy and the Politics of the Extraordinary. Max Weber, Carl Schmitt, and Hannah Arendt*, New York, Cambridge University Press, 2008, 88.

³⁷⁵ *Ibid*, 89.

³⁷⁶ J.-W. MULLER, *A Dangerous Mind. Carl Schmitt in Post-War European Thought*, New Haven, Yale University Press, 2003, 1.

³⁷⁷ *Ibid*, 1 en 2.

³⁷⁸ E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2016, 112.

³⁷⁹ J.-W. MULLER, *A Dangerous Mind. Carl Schmitt in Post-War European Thought*, New Haven, Yale University Press, 2003, 4.

³⁸⁰ J.-W. MULLER, *A Dangerous Mind. Carl Schmitt in Post-War European Thought*, New Haven, Yale University Press, 2003, 250; E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2016, 112-3.

interpretatie te geven.³⁸¹ Van Schmitt ontleent hij de idee dat de staat bovenal een ‘*Friedenseinheit*’ is, die een pluralistisch samenleven mogelijk maakt. Daartoe moet ze het recht, dat de samenlevingsnormen bepaalt, ook effectief afdwingen als ‘*Macht- und Entscheidungseinheit*’.³⁸² In liberale zin onderscheidt Böckenförde zich van Schmitt door te stellen dat de staat niet louter moet pacificeren, maar eveneens individuele vrijheid mogelijk moet maken.³⁸³ In Schmitts formule ‘rust, veiligheid en vrede’ komt vrijheid immers niet voor en blijft de mate waarin hij er belang aan hecht betwist (*supra*, randnrs. 55-56). Ook hier komt het probleem tot uiting dat de staat sterk moet zijn, maar tegelijk de vrijheid van het individu niet mag beknotten. De staat moet daarom onderworpen zijn aan formele garanties, zoals de scheiding der machten. Deze bieden echter geen absolute zekerheid, waardoor vrijheid als substantieel doel een bijkomende garantie kan bieden.³⁸⁴ Deze vrijheid kan echter niet gevonden worden in het collectief, zoals bij Schmitt (*supra*, randnr. 15), wat zou uitmonden in totalitarisme, maar moet berusten in het individu.³⁸⁵ Daar stelt zich het ‘*Radikalenproblem*’. De vrijheid die de liberale democratie aan het individu verleent, kan haar ook onbekwaam maken om radicale individuen te bestrijden. Het is voor de liberale democratie moeilijk zichzelf als idee op te leggen zonder in onvrijheid te vervallen, al verlangt men ‘maar’ het erkennen van de vrijheid.³⁸⁶ Deze legitimiteit verlangen als een ‘*religion civile*’ is bovendien onverzoenbaar met de rechtsstatelijke principes, aangezien dit zou neerkomen op een oordeel ingegeven door vertrouwen of wantrouwen.³⁸⁷ Doordrongen van de waarden van de Bondsrepubliek besloot hij dat ‘*Schule en Bildungswesen*’ uiteindelijk de meest effectieve garantie is voor een vrijheidsorde.³⁸⁸

59. CREATIEVE BENADERING VAN DE ‘AUSNAHMEZUSTAND’ – Niet alle ‘Schmittianer’ aanvaardden de Bondsrepubliek zoals Böckenförde, die dan ook het verwijt kreeg te gematigd te zijn: ‘*he pulled the teeth out of Schmitt*’.³⁸⁹ De intentie van de sociaaldemocraat was immers een vreedzaam pluralisme, waardoor hij verweten werd de essentie van het politieke als conflictmodel te ontkennen.³⁹⁰ Toch erkende ook Böckenförde het bestaan van de ‘*Ausnahmezustand*’, ingegeven door de aanslagen van de *Rote Armee Fraktion* (RAF) in de jaren ’70.³⁹¹ Hij zocht daarom naar een oplossing waarmee hij deze toestand kon verzoenen met de principes van de rechtsstaat. Te allen tijde

³⁸¹ E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2011, 486.

³⁸² E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Der Staat als sittlicher Staat*, Berlijn, Duncker & Humblot, 1978, 14.

³⁸³ *Ibid.*, 16; E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2016, 53-5.

³⁸⁴ E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Der Staat als sittlicher Staat*, Berlijn, Duncker & Humblot, 1978, 17-8.

³⁸⁵ *Ibid.*, 24.

³⁸⁶ *Ibid.*, 26-7.

³⁸⁷ *Ibid.*, 25.

³⁸⁸ Merk ook hier op dat de staat een afweging moet maken in welke mate ze mee de inhoud bepaald van onderwijs en informatieverstrekking en tegelijk neutraal blijft. Zie: E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Der Staat als sittlicher Staat*, Berlijn, Duncker & Humblot, 1978, 32-3.

³⁸⁹ J.-W. MULLER, *A Dangerous Mind. Carl Schmitt in Post-War European Thought*, New Haven, Yale University Press, 2003, 120.

³⁹⁰ *Ibid.*

³⁹¹ E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2011, 426.

moest een *'Not kennt kein Gebot'* vermeden worden, waar de uitzonderingstoestand ertoe zou leiden de gehele rechtsorde buiten werking te stellen.³⁹² Het is echter geen oplossing om deze toestand wettelijk te proberen bepalen, wat de werking van een normale rechtsorde alleen maar onmogelijk zou maken, zoals tevens het argument van Walter Benjamin luidt (*supra*, randnr. 55).³⁹³ Daarom pleit hij voor een strikt onderscheid tussen *'Gesetz (wet) und Maßnahme (maatregel)'*.³⁹⁴ In de uitzonderingstoestand is de druk op de handelende staatsorganen zodanig groot, redeneert hij, dat ze niet uit vrije wil extralegale maatregelen nemen. Daardoor zou het mogelijk zijn zich op een *'übergesetzlichen Notstand'* te beroepen, zoals ook het Belgische strafrecht een gelijkaardige rechtvaardigingsgrond kent.³⁹⁵ Hierdoor is dus een *a posteriori* rechterlijke controle mogelijk. Feit is wel dat er zo geen *a priori* garantie is dat de staat handelt in strijd met haar substantiële doel, het garanderen van de individuele vrijheid. Dit is volgens Böckenförde echter onmogelijk absoluut te verhinderen, want, zo citeert hij Hobbes: *"Wer stark genug ist, alle zu schützen, ist auch stark genug, alle zu unterdrücken."*³⁹⁶ We kunnen besluiten dat Böckenförde van Schmitt de idee ontleende dat slechts een sterke staat een vreedzaam pluralisme mogelijk maakt.³⁹⁷ Tegelijk zocht hij naar, maar vond hij geen absolute garantie dat daarmee de individuele vrijheid beschermd blijft.

3.1.2 Ewigkeitsgarantie

60. DUITSE DEMOCRATISCHE ORDE ALS KEUZE *'POUVOIR CONSTITUANT'* – Voormalig minister van Justitie in de Weimarrepubliek Gustav Radbruch geeft goed de evolutie weer van de Duitse rechtsfilosofie. Tijdens de Weimarrepubliek rekende hij zichzelf nog tot de rechtspositivisme. In 1946 bekritiseerde hij echter het rechtspositivisme, dat *"der jegliche Abwehrfähigkeit gegen den Mißbrauch nationalsozialistischer Gesetzgebung entkräftete."*³⁹⁸ Het ontbreken van een substantiële grondslag werd mede als oorzaak gezien van de wettelijke ontmanteling van de democratie in 1933. Schmitt kreeg daarom erkenning voor zijn essay *'Legalität und Legitimität'*. Daarin waarschuwde hij immers voor de gevolgen van een dogmatisch legalisme (*supra*, randnr. 33).³⁹⁹ De nieuwe grondwet van de Bondsrepubliek ontstond vanuit de idee de fouten van de Weimarrepubliek te voorkomen. Daarom werden de grondrechten, democratische fundamenten en de republikeinse staatsvorm als substantiële en

³⁹² Ibid, 427.

³⁹³ J.-W. MULLER, *A Dangerous Mind. Carl Schmitt in Post-War European Thought*, New Haven, Yale University Press, 2003, 185; E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2011, 427.

³⁹⁴ E.-W. BÖCKENFÖRDE, "Der verdrängte Ausnahmezustand. Zum Handeln der Staatsgewalt in außergewöhnlichen Lagen" in *NJW*, 1978, 1881-1890.

³⁹⁵ E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2011, 428.

³⁹⁶ E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2016, 52.

³⁹⁷ J.-W. MULLER, *A Dangerous Mind. Carl Schmitt in Post-War European Thought*, New Haven, Yale University Press, 2003, 185.

³⁹⁸ Geciteerd uit: V. HÖSLE, *Eine kurze Geschichte der deutschen Philosophie*, München, C. H. Beck, 2013, 279.

³⁹⁹ J.-W. MULLER, *A Dangerous Mind. Carl Schmitt in Post-War European Thought*, New Haven, Yale University Press, 2003, 65; V. HÖSLE, *Eine kurze Geschichte der deutschen Philosophie*, München, C. H. Beck, 2013, 278.

onveranderlijke kern vastgelegd in het artikel 79, lid 3 van de Duitse grondwet, dat voortleeft als de gekende ‘Ewigkeitsgarantie’. Paradoxaal is dat het verabsoluteren van deze liberaal-democratische waarden gegrond is op Schmitts idee van de positieve inhoud als onveranderlijke kern van de *Verfassung*. In de andere benaming van dit artikel, de ‘Ewigkeitsentscheidung’, weerklinkt Schmitts invloed des te meer. Bijzonder interessant is hoe Böckenförde het als het resultaat van de ‘*pouvoir constituant*’ beschouwt.⁴⁰⁰ Dit impliceert dat het de ‘*pouvoir constitué*’, de staatsmachten bindt. De wetgever is bijgevolg door deze inhoudelijke keuze in zijn macht beperkt. Belangrijk is dat Böckenförde zo ook aangeeft dat finaal niet het *BverfG* instaat voor de garantie van de democratische orde, zoals vaak aangenomen. Het kan slechts werkelijk gegarandeerd zijn wanneer het in de politieke cultuur, de politieke homogeniteit, kortweg de natie bestaat.⁴⁰¹ Dit ‘Schmittiaanse’ inzicht (*supra*, randnr. 53) brengt ons tot het volgende onderwerp.

3.1.3 Homogeniteitsvereiste als ‘Verfassungspatriotismus’

61. ENIGE MOGELIJKE WAARHEID IN PLURALISTISCHE SAMENLEVING? - In het voorwoord van zijn ‘*Political Liberalism*’ wijt John Rawls de val van de Weimarrepubliek aan de beperkte legitimiteit die ze genoot bij de conservatieve elite, waarbij hij in voetnoot verwijst naar Schmitt.⁴⁰² Volgens Rawls berust een constitutionele orde immers op een ‘*overlapping consensus*’.⁴⁰³ Ook de democratie kan dus slechts stabiel zijn, wanneer de consensus in de samenleving breed gedragen is, wat ook Schmitt met zijn homogeniteitsvereiste benadrukte.⁴⁰⁴ Welke idee kan echter in onze pluralistische samenleving ‘*overlapping*’ zijn? Daartoe lijkt slechts de liberale democratie als politieke orde zelf mogelijk.⁴⁰⁵ Of deze *modus vivendi* volstaat, beantwoordt Rawls als overtuigd liberaal: “*To this objection, we say that the hope of political community must be abandoned, if by such community we mean a political society united in affirming the same comprehensive doctrine.*”⁴⁰⁶ Het lijkt in onze huidige samenleving de enige mogelijke grondslag die allen kan binden. We brengen in herinnering dat Schmitt eveneens begreep dat een werkelijke pacificatie ook de verantwoordelijkheid van de staat inhield om in zekere mate aanvaardbaar te zijn voor de verschillende groeperingen (*supra*, randnr. 53). Ook hij verbond de substantiële legitimiteit daarom aan de kern van de constitutionele orde, waardoor hij volgens sommigen als theoreticus van een ‘*Verfassungspatriotismus*’ of ‘*constitutionalism*’ beschouwd kan worden.⁴⁰⁷ Zo mocht Schmitts dictator immers geen discriminatoir

⁴⁰⁰ E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2011, 111.

⁴⁰¹ J.-W. MÜLLER, *A Dangerous Mind. Carl Schmitt in Post-War European Thought*, New Haven, Yale University Press, 2003, 72-3.

⁴⁰² J. RAWLS, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 2005, lix-lx.

⁴⁰³ Dit is uiteraard een vrij algemene aanvaardde idee. Zie: K. SONTHEIMER, *Antidemokratisches denken in der Weimarer Republik*, München, Nymphenburger Verlagshandlung, 1968, 13; D. GRIMM, *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991, 15; J. RAWLS, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 2005, 133-4.

⁴⁰⁴ J. RAWLS, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 2005, 141.

⁴⁰⁵ J.-W. MÜLLER, *Verfassungspatriotismus*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2010, 11 en 18-9.

⁴⁰⁶ J. RAWLS, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 2005, 146.

⁴⁰⁷ Zij het zonder Schmitts valse dilemma te erkennen, aldus de Belgische filosofe, namelijk elke vorm van pluralisme te verwerpen. Zie: C. MOUFFE, “Carl Schmitt and the Paradox of Liberal

onderscheid maken tussen verschillende groeperingen, maar slechts handelen naar het afdwingen van de *Verfassung* in naam van de politieke eenheid (*supra*, randnr. 53).

3.2 DEMOCRATIE: VRIJ TE NEMEN OF TE LATEN?

62. POSITIEVE ERKENNING DEMOCRATISCHE LEGITIMITEIT EISEN IS ONDEMOCRATISCH – Is ‘*Verfassungspatriotismus*’ op zijn beurt geen contradictie? Waar de grondwet de staat kenbaar maakt door zijn contouren neer te schrijven, dreigt hij met een patriotisme opnieuw moreel en collectivistisch beladen te worden.⁴⁰⁸ De keerzijde hiervan, waar de liberale democratie dreigt haar eigen principes te schenden om zichzelf te verdedigen, illustreert de Bondsrepubliek, die in de jaren ’70 gebukt ging onder de aanslagen van de RAF. Duitse denkers, waaronder Golo Mann, zoon van, verklaarden dat de Bondsrepubliek zich in een burgeroorlog begaf. Vervolgens nam de druk toe op de linkse intellectuelen, die verwacht werden hun loyaliteit aan de ‘*freiheitliche demokratische Grundordnung*’ te betuigen. Net daardoor ervoeren zij deze echter niet langer als een vrijheidsorde.⁴⁰⁹ Wanneer eenzelfde loyaliteitsverklaring ook vandaag van bepaalde groepen in de samenleving verlangd wordt, rijst de vraag in welke mate dit verzoenbaar is met de liberale democratie. Kan deze wel een positieve erkenning van haar legitimiteit eisen? Daarop kan gesteld worden dat elk patriotisme een gevaar inhoudt, maar de ene meer dan de andere.⁴¹⁰ Het komt erop aan de juiste grondslag te nemen, waaraan men zich dient te houden. Toch lijkt ook de keuze voor de liberale principes moeilijk te verzoenen met de rechtsstaat, aangezien deze ingaan tegen de voorzien- en bewijsbaarheidsvereisten. Bovendien gaat een oprechte overtuiging te ver, ook voor ‘weerbare democraten’ als Böckenförde en Rawls. De vrijheid van overtuiging is immers een essentieel principe van de liberale democratie. Er kan dan ook slechts gehandeld worden volgens haar de rechtsstatelijke principes, zijnde “*Legalität und Egalität, Gesetzes- und Verhaltenstreue, nicht Gesinnungstreue.*”⁴¹¹ De consensus waarop de democratie berust, kan de democratie dus moeilijk, zo niet onmogelijk, in positieve zin afdwingen.

63. INCONSEQUENTE HOUDING VAN SCHMITT – Schmitt gaat met zijn neo-absolute staat verder. Zijn doel was immers opnieuw de onvoorwaardelijke gehoorzaamheid van het individu tegenover de staat te herstellen, onder het voorwendsel dat zij identieke belangen delen (*supra*, randnr. 23). Daartegenover kan men wel stellen dat het individu zich, althans in theorie, slechts tijdelijk moet wegcijferen ten gunste van het collectief, waarmee hij bovendien meewerkt aan de garantie van zijn eigen vrijheid. Dat het behoren tot het collectief, als vriend, berust op een weinig vrijwillig ‘willen’ is duidelijk (*supra*,

Democracy” in DYZENHAUS, D. (ed.), *Law as Politics. Carl Schmitt’s Critique of Liberalism*, Durham, Duke University Press, 1998, 172-3; KALYVAS, *Democracy and the Politics of the Extraordinary. Max Weber, Carl Schmitt, and Hannah Arendt*, New York, Cambridge University Press, 2008, 127-163.

⁴⁰⁸ J.-W. MÜLLER, *Verfassungspatriotismus*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2010, 9.

⁴⁰⁹ J.-W. MÜLLER, *A Dangerous Mind. Carl Schmitt in Post-War European Thought*, New Haven, Yale University Press, 2003, 182-5.

⁴¹⁰ J.-W. MÜLLER, *Verfassungspatriotismus*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2010, 153.

⁴¹¹ E.-W. BÖCKENFÖRDE, E.-W., *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2011, 428.

randnr. 15). Dat volgt uit het onzekere lot dat de vijand toekomt, die geen aanspraak maakt op civiele rechten en indien noodzakelijk *manu militari* onderworpen moet worden. Bovendien zijn ook de grondrechten opnieuw gescheiden van de publieke sfeer, waaronder dus ook de gewetensvrijheid (*supra*, randnr. 51).⁴¹² Het is immers door het ontstaan van de burgerlijke moraal in de publieke sfeer, die de ‘*opinion publique*’ zou vormen, dat de absolute staat zijn monopolie op het morele gezag verloor en uiteindelijk de burgerlijke rechtsstaat zich ontwikkelde.⁴¹³ Dat Schmitt dit opnieuw wil omkeren, bevestigt ons wantrouwen in het belang dat hij werkelijk aan de ‘acclamatie’ hechte (*supra*, randnr. 36). Schmitt pleit voor een individu dat zich pragmatisch onderwerpt aan het gezag van de staat, want, zo stelde de Franse schrijver d’Aubigné: “*La raison en est facile: ceux qui sont morts on voulds laisser vivre leur conscience, et elle les a tuez.*”⁴¹⁴ Is er dan nog sprake van een liberale democratie wanneer deze Schmitt zou volgen? In een van zijn latere werken lijkt hij zelf het ontkennend antwoord te geven. Toen de Bondsrepubliek de liberale vrijheden als substantiële legitimiteit koos, waarmee ze tegen Schmitts conservatieve ideologie inging, omschreef hij deze als een ‘*Tyrannie der Werte*’. De paradox waarmee hij zijn gehele vroegere denken ontkracht, is dat Schmitt dan een verdediger van de rechtsstatelijke legaliteit bleek om de ‘terreur van de democratische legitimiteit’ tegen te gaan.⁴¹⁵ Boven alles bleef hij immers een opportunist, weliswaar een briljante opportunist.

⁴¹² R. SCHNUR, *Die französischen Juristen im konfessionellen Bürgerkrieg des 16. Jahrhunderts*, Berlijn, Duncker & Humblot, 1962, 71; Zo omschreef Kosseleck deze idee treffend: “*Wer sich dem Souverän unterwirft, lebt durch den Souverän: wer sich ihm nicht unterwirft, wird vernichtet, aber die Schuld trifft den Vernichteten selbst. Der Untertan muß, um überhaupt zu überleben, sein Gewissen verstecken.*” in R. KOSSELECK, *Kritik und Krise. Eine Studie zur Pathogenese der Bürgerlichen Welt*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2013, 15.

⁴¹³ J. HABERMAS, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Darmstadt, Luchterhand, 1980, 24-5; R. KOSSELECK, *Kritik und Krise. Eine Studie zur Pathogenese der Bürgerlichen Welt*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2013, 41-8.

⁴¹⁴ *Ibid.*, 159, voetnoot 18.

⁴¹⁵ “*In einem Gemeinwesen, dessen Verfassung einen Gesetzgeber und Gesetze vorsieht, ist es Sache des Gesetzgebers und der von ihm gegebenen Gesetze, die Vermittlung durch berechenbare und vollziehbare Regeln zu bestimmen und den Terror des unmittelbaren und automatischen Wertwollzugs zu verhindern.*” in C. SCHMITT, *Die Tyrannie der Werte*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2011, 54.

BESLUIT

64. Wie Carl Schmitt louter en alleen reduceert tot de excessen van de noodtoestand, het wettelijk instrument dat verschillende constitutionele stelsels vandaag kennen en inroepen, die doet hem onrecht aan. Niet omdat dit geen logisch gevolg is van de praktijk van een dictatoriale alleenheerschappij, maar omdat zijn ‘*Ausnahmezustand*’ de liberale democratie voor een veel fundamenteeler en genuanceerder dilemma stelt. Het is het moment waarop Schmitt de liberale democratie wil dwingen te kiezen, maar laat ons daarvoor eerst de ‘*Normalzustand*’ hernemen.

65. De normale toestand is in het denken van Schmitt gelijk aan een geldende rechtsorde. *In casu* van de liberale democratie is het de toestand waar parlementarisme en rechtsstaat de leidende principes zijn. Daar geldt het primaat van de wet, van legaliteit. Het wetgevend proces kent geen inhoudelijke vereisten, waardoor de liberale democratie kan functioneren volgens een voor haar fundamenteel principe: de *a priori* gelijkheid van waarden. Een zekere neutraliteit wordt dus mogelijk, dat bovendien de rechtsstaat verzekert. Het individu kan er daardoor op rekenen dat hij slechts door deze wettelijke uitkomst gehouden is tegenover de staat, waardoor zijn vrijheid geacht wordt maximaal te zijn.

66. Reeds in de normale toestand ziet Schmitt een paradox in het functioneren van de liberale democratie. De neutraliteit van wetten kan elke vorm aannemen en bijgevolg ook de liberale democratie zelf opheffen. Minderheden dreigen weggestemd te worden door meerderheden, waardoor legaliteit een voor Schmitt fundamentele eigenschap noodzakelijk veronderstelt: sociale homogeniteit. Slechts wanneer de wil van alle maatschappelijke belangengroepen in essentie unaniem is, dan dreigt geen van deze te worden weggestemd. Als de sociale homogeniteit ontbreekt, wordt het zoeken naar consensus gevaarlijk: de vijand wordt zo betrokken bij de macht. Politiek is volgens Schmitt immers in essentie geen consensus, maar net conflict. Niet in normatieve zin, maar als een permanente dreiging. Het is de taak van de staat om dit conflict te voorkomen, om de politieke eenheid te bewaren. Deze *raison d’Etat* kan het parlementarisme niet vervullen, dat net een pluralisme van maatschappelijke en economische belangengroepen in de hand werkt.

67. Waarom dan de ‘*Ausnahmezustand*’? Het is de toestand die voorafgaat aan de normale toestand, de rechtsorde. In deze natuurtoestand bestrijden verschillende collectiviteiten elkaar. Met andere woorden: de politieke eenheid is doorbroken en er heerst wetteloosheid. Geen rechtsorde is in werking en dus ook geen legaliteit, waar de liberale democratie belangenconflicten kan afhandelen door het zoeken naar een consensus. De verschillende groeperingen trachten elkaar hun politieke orde op te leggen. Het is in deze toestand dat volgens Schmitt de liberale democratie zich niet langer kan verschuilen achter de functionele en neutrale werking van de rechtsorde. Wil het deze uitzonderingstoestand overleven, dan moet ze kiezen. De liberale democratie moet zichzelf als legitieme idee verdedigen en zich ook zo doorzetten. Daarmee confronteert Schmitt de liberale democratie met haar

sterktes als een zwakte: vrijheid en (seculier) waardenrelativisme. De liberale democratie wordt gedwongen een inhoudelijke keuze te maken en afstand te nemen van de gelijkheid van alle waarden. De consequentie daarvan is vijandschap. Wie deze keuze niet aanvaard, die zal volgens Schmitt bestreden moeten worden, desnoods *manu militari*. De vrijheid stopt waar aan deze legitimiteit geraakt wordt.

68. Legitimiteit is sinds de secularisatie immers steeds betwist en kan daarom slechts gehandhaafd worden door macht: *'Auctoritas, non veritas facit legem'*. Het is de soeverein, de opvolger van het onbetwiste Godsoordeel, die beslist in deze toestand, wat de normale toestand en dus het recht zal zijn. De soevereine staat schept het recht, waardoor ze volgens Schmitt noodzakelijk aan het recht voorafgaat. Buiten de staat om is er slechts anarchie. Daarin schuilt de paradox waar Schmitt de rechtsstaat voor stelt. De rechtsstaat tracht door wetten soevereiniteit uit te bannen, maar het is volgens Schmitt slechts door soevereiniteit dat wetten *überhaupt* gelden. Dreigt het individu dan niet in zijn vrijheden beknot te worden? Het individu moet zichzelf volgens Schmitt onvoorwaardelijk ten dienste stellen van de staat om de continuïteit van de politieke eenheid mee te bewerkstelligen. Zijn grondrechten worden opgeschort, maar toch is hij volgens Schmitt niet in zijn vrijheid beperkt. Schmitt legitimeert dit door een veronderstelde gelijkheid van belangen tussen individu en staat, namelijk het opnieuw mogelijk maken van een rechtsorde.

69. Dat de democratie een inhoudelijke keuze moet maken wil ze zichzelf verdedigen, is mede een idee die van Schmitt gerecipieerd werd. De meest gekende uitdrukking daarvan is de *'Ewigkeitsgarantie'* in de Duitse grondwet, die de democratische orde als een voorafgaande beperking voor alle latere normen stelt. Ondanks deze keuze voor zichzelf als legitieme idee, is de liberale democratie nog altijd niet absoluut gegarandeerd. Uiteindelijk is het geen staatsorgaan dat de democratische orde kan garanderen, stelt Schmitt, maar berust ze in de sociale homogeniteit van de politieke eenheid, in de natie. De legitimiteit moet daarom een breed draagvlak hebben, een consensus in het maatschappelijke leven. Om die reden stelt Schmitt de fundamenten van de constitutie voorop als de legitieme substantie, waardoor de verschillende groeperingen zich erin konden herkennen. Deze vorm van *'Verfassungspatriotismus'* stellen ook de 'weerbare democraten' Ernst-Wolfgang Böckenförde en John Rawls als de enige mogelijke gemene deler in de pluralistische samenleving van vandaag. De unanimiteit van religie is daarmee vervangen door een consensus, waarvan de liberale democratie afhankelijk is. Dat deze niet altijd voldoende garantie biedt, dat bewijst de Weimarrepubliek, de *'Demokratie ohne Demokraten'*.

70. De essentiële vraag is dan ook in welke mate de liberale democratie deze consensus moet en kan anticiperen? Schmitt dwingt ieder zich te onderwerpen aan deze consensus, op straffe van een vijandverklaring, waarna het lot onzeker is. Dat geweld, zij het slechts subsidiair, niet uit de weg kan gegaan worden, is Schmitts verwijt aan de ontkenkende liberaal die blijvend naar een consensus zoekt. Schmitt gaat bovendien uit van een 'willen', waar het individu zelfs onvoorwaardelijk aan deze substantiële idee moet gehoorzamen. Laat het net

Hegel zijn die, ondanks zijn reputatie als denker van het totalitarisme, een antwoord kan bieden op de vraag of de liberale democratie dan in navolging van Schmitt nog liberaal en democratisch zou zijn. Het individu kan volgens Hegel slechts vrij zijn wanneer hij dit met een vrij geweten kan oordelen. Gewetensvrijheid is een noodzakelijke voorwaarde wil de liberale democratie nog liberaal en democratisch zijn. Een oprechte overtuiging, een '*religion civile*' afdwingen, is onmogelijk te verzoenen met de rechtsstatelijke principes. Toch weet Schmitt dit evenzeer, die stelt dat de liberale democratie zich daarom slechts kan redden door zichzelf op te geven. De kracht van het liberalisme berust immers net in haar 'apolitieke' gelijkheid van alle waarden en absolute geldingskracht van haar vrijheden. Gaat de liberale democratie Schmitt achterna om de consensus te maximaliseren, dan verlaat ze haar eigen principes. Als de liberale democratie wil overleven, zal ze dus moeten vasthouden aan haar rechtsstatelijke principes. Tegelijk is daarmee geen antwoord gegeven op Schmitts dilemma, dat net dwingt om buiten het rechtsstatelijke kader om te denken. Dan biedt de liberale democratie geen garantie dat zij het is, die "*über den Ausnahmezustand entscheidet*".