

# Roman Herzog

## (5 april 1934 – 10 januari 2017)

E.M.H. HIRSCH BALLIN\*

Begin 2017 overleed de toonaangevende Duitse constitutionalist Roman Herzog. Velen in ons vakgebied kennen hem als een van de redacteurs van het grote commentaar op het *Grundgesetz*,<sup>1</sup> maar hij trad ook in verschillende publieke ambten naar buiten, waaronder dat van Bonds-president van 1994 tot 1999. Hij stond als voorzitter van de eerste Conventie aan de wieg van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

De Duitse staatsrechtswetenschap heeft zich ontwikkeld in de context van de hechte verankering van grondrechten, democratie en federalisme in het *Grundgesetz* van de Bondsrepubliek Duitsland van 1949. Hoezeer deze *freiheitlich-demokratische Grundordnung* ook een antwoord was op de nationaalsocialistische *Gewaltherrschaft*, de schaduw van de voorafgegane periode viel nog decennialang op in het constitutionele denken. Een van de invloedrijkste figuren in het vak was Carl Schmitt (1888-1985), wiens diepzinnig verwoorde theorieën niet kunnen worden los gedacht van zijn autoritaire en antisemitische denkwereld. Hoewel hij ook na de Tweede Wereldoorlog heeft nagelaten zich hiervan overtuigend te distantiëren, onderging zijn werk een tweede receptie en herinterpretatie van de kant van hem bewonderende, invloedrijke geleerden zoals Ernst-Wolfgang Böckenförde (geb. 1930). Met Schmitt deelde Böckenförde bezorgdheid over verlies aan autoriteit van de staat in de Bondsrepubliek Duitsland,<sup>2</sup> maar zijn eigen houding ten opzichte van de nazimisdrijven is niet aan bedenkingen onderhevig.<sup>3</sup>

Roman Herzog behoorde qua leeftijd en opvattingen duidelijk tot de generatie van het nieuwe, democratisch-rechtsstatelijke Duitsland. Het verleden en het contrast met de bestuurd DDR waren echter nooit ver weg. Herzog studeerde en promoveerde zelf bij Theodor Maunz. Samen met Maunz en Dürig redigeerde hij jarenlang het grote *Kommentar* op het

\* Prof. mr. Ernst Hirsch Ballin is universiteitshoogleraar aan Tilburg University en hoogleraar rechten van de mens aan de Universiteit van Amsterdam.

<sup>1</sup> Th. Maunz / G. Dürig / R. Herzog u.A., *Grundgesetz – Kommentar*, München: Beck, losbladig sinds 1958.

<sup>2</sup> Chr. Möllers, *Der vermisste Leviathan: Staatstheorie in der Bundesrepublik Deutschland*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 2008.

<sup>3</sup> Zie zijn diepgravende artikel 'Die Verfolgung der deutschen Juden als Bürgerverrat', in: E.-W. Böckenförde, *Staat, Nation, Europa: Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 1999, p. 276-286.

*Grundgesetz*. Maunz was vanaf 1948 nauw betrokken bij de reconstitueering van Duitsland als een democratische rechtsstaat, maar enkele weken na zijn overlijden werd gemeld dat hij jarenlang stilletjes de rechtsextremistische *Deutsche Volksunion* van advies had gediend.<sup>4</sup> De neiging tot dweperij met de 'sterke staat' van de voorgaande generatie was Herzog niet alleen theoretisch, maar ook karakterologisch vreemd. Zijn eigen *Allgemeine Staatslehre*<sup>5</sup> gaat uit van een radicaal van de 19<sup>de</sup>-eeuwse situatie verschillende maatschappij, waar de staat als institutie functioneel mee verbonden is. Zo kwam hij, in de woorden van Michael Stolleis, tot een nuchter en evenwichtig beeld van de gewichten en tegenwichten van de democratische staat.<sup>6</sup> De integrerende functies van de staat kunnen niet meer op de vroeger gebruikelijke manier aan nationale symbolen worden ontleend, maar moeten daaroverheen reiken, in relatie tot andere volkeren en nieuwe logistieke technische mogelijkheden voor maatschappelijke ontwikkeling.<sup>7</sup> De constitutionele machtenscheiding behoorde tot de belangrijkste aandachtsgebieden in zijn andere werken.<sup>8</sup>

Herzogs periode als hoogleraar staatsrecht was relatief kort. Na zijn afstuderen was hij tot 1965 aan de Ludwig-Maximilians-Universität München verbonden. In 1965 werd hij hoogleraar aan de Freie Universität Berlin, die hij in 1969 na conflicten met de studentenbeweging verliet om hoogleraar te worden bij de befaamde Hochschule für Verwaltungswissenschaften in Speyer. In 1973 betrad hij de politieke arena, eerst als staatssecretaris in de door Helmut Kohl geleide landsregering van Rheinland-Pfalz, vervolgens van 1978 tot 1983 als minister in de regering van Baden-Württemberg. Binnen zijn partij, de CDU, was hij voorzitter van de Evangelische Arbeitskreis. Toen de CSU zich tot een nationale partij rechts van de CDU dreigde om te vormen, mobiliseerde hij met succes in Beieren voldoende tegenkrachten. Zijn politieke positionering was steeds sterk verbonden met de *soziale Marktwirtschaft*.<sup>9</sup> In een latere levensfase bereidde hij de hervorming van de sociale zekerheid door de eerste regering van bondskanselier Merkel in 2005 voor.

In 1983 kwam de beslissende wending in Herzogs professionele leven, toen hij met brede steun werd gekozen tot vicepresident van het *Bundesverfassungsgericht*. Zoals toen al de bedoeling was, werd hij in 1987 benoemd tot president van het hof, wat hij tot 1994 bleef. In die periode wees het constitutionele hof arresten (in zaken waar hij echter niet zelf op 'zat') die ook met het oog op het vervolg in Herzogs werkzame leven aandacht verdienen. De tweede 'Solange'-uitspraak (1986) stelde een voorwaarde aan verdere Europese integratie: deze was geoorloofd *zolang* de rechterlijke bescherming van grondrechtengelijkwaardigsaandiedeSolange-

4 Frankfurter Allgemeine Zeitung 8 oktober 1993.

5 Frankfurt am Main: Athenäum Verlag 1971.

## bij de buren

6 M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. IV (1954-1990), München: C.H. Beck 2012, p. 376.

7 Herzog, *Allgemeine Staatslehre* (o.c.), p. 81-83

8 Bijvoorbeeld 'Gesetzgeber und Verwaltung', in: G. Leibholz, G. Winkler, K. Vogel & R. Herzog, *Staat und Verbände, Gesetzgeber und Verwaltung* (Verhandlungen der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer 1965), Berlin: Walter de Gruyter 1966, p. 183-209; *Staat und Recht im Wandel: Einreden zur Verfassung und ihrer Wirklichkeit*, Berlin: Keip 1993;

9 R. Herzog, *Jahre der Politik: Die Erinnerungen*, München: Pantheon 2008, p. 290.

jurisprudentie. Deze uitspraak is door veel beoefenaren van het Europese recht afgekeurd als een ondermijning van de suprematie van het Europese gemeenschapsrecht ten opzichte van het nationale recht. Men kan dit echter ook anders zien. Juist door de constitutionele gelijkgerichtheid te bewaken en in die zin eisen te stellen aan de voortzetting van het integratieproces, wordt de aanvaardbaarheid voor de burgers bevorderd. In het verlengde hiervan stelde het Maastricht-Urteil (1993) eisen aan het democratische karakter van de EU: ‘Entscheidend ist, daß die demokratischen Grundlagen der Union schritthaltend mit der Integration ausgebaut werden und auch im Fortgang der Integration in den Mitgliedstaaten eine lebendige Demokratie erhalten bleibt.’

In 1994 werd Herzog tot *Bundespräsident* gekozen, nadat de kortzichtig conservatieve Steffen Heitmann uit Saksen zich had teruggetrokken. Uit zijn autobiografische aantekeningen over zijn kandidatuur blijkt dat hij zich scherp bewust was van het karakter van de verkiezing als politiek, maar tegelijk aan de principes van het staatsbestel rakend proces; van rechts-radicalen stemmen wilde hij niet afhankelijk zijn.<sup>10</sup> Een breuk met waar hij als president van het constitutionele hof voor stond, zag hij in deze nieuwe rol niet. In reactie op zijn verkiezing legde hij de volle nadruk op de verbindende waarden van vrijheid, gerechtigheid, solidariteit en verdraagzaamheid, ‘weltoffen’ en vooral ‘unverkrampt’.<sup>11</sup> Zijn ambtsperiode liep tot 1 juli 1999. Als eerste bondspresident bezocht hij begin 1995 de gedenkplaatsen van de concentratiekampen Auschwitz en Birkenau. Hij deed dat weloverwogen in stilte, temidden van de Joodse delegaties. Later schreef hij hierover dat de industriële moord op miljoenen mensen tot Auschwitz nog nooit was voorgekomen en dat de menselijke talen geen woorden kennen om voldoende rekenschap te geven van deze misdaad. Juist als de Duitse Bondspresident wilde hij niet door in woorden tekort te schieten nieuwe spanningen oproepen.<sup>12</sup>

Op een andere manier markant was Herzogs keuze – op eigen initiatief – om de laudatio uit te spreken toen aan de arabiste Annemarie Schimmel, die als schrijfster over het soefisme en vertaalster van Mevlana Rumi tussen twee vuren stond, de vredesprijs van de Duitse boekhandel werd verleend.<sup>13</sup> Niet alleen in het correct verrichten van formele ambtshandelingen, maar ook in de manier waarop een Bondspresident aanwezig is, sprekend of eerbiedig zwijgend, kan hij de constitutionele identiteit van de staat tot uitdrukking brengen.

Nog voor het einde van het jaar waarin Herzogs termijn als Bondspresident ten einde ging, werd hem een nieuwe taak opgedragen,

<sup>10</sup> Herzog, *Jahre der Politik* (o.c.), p. 154-155.

<sup>11</sup> Herzog, *Jahre der Politik* (o.c.), p. 162.

<sup>12</sup> Herzog, *Jahre der Politik* (o.c.), p. 192.

<sup>13</sup> [www.bundespraesident.de](http://www.bundespraesident.de). Der Bundespräsident - Reden - Laudatio von Bundespräsident Roman Herzog anlässlich der Verleihung des Friedenspreises des deutschen Buchhandels an Frau Annemarie Schimmel in Frankfurt. Herzogs eigen opvattingen over de verhouding tussen culturen en religies is ook te vinden in zijn repliek aan Samuel Huntington: R. Herzog, *Wider den Kampf der Kulturen: Eine Friedensstrategie für das 21. Jahrhundert*, Frankfurt am Main: Fischer Verlag 2000.

namelijk het voorzitterschap van de Conventie die het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie opstelde. In het licht van de Solange-jurisprudentie moest juist Duitsland sterk hechten aan een betere en beter zichtbare verankering van de grondrechten in de Europese Unie. De Conventie omvatte vertegenwoordigers van het Europese Parlement, van de nationale parlementen en van de regeringen van de lidstaten, alsmede een lid van de Europese Commissie; als een van de twee Nederlandse parlementaire vertegenwoordigers heb ik Herzog in dit verband van nabij meegemaakt. De Conventie bereikte over de tekst van het Handvest onder zijn doortastend-vriendelijke leiding in een intensief werkproces binnen een jaar consensus (wat niet hetzelfde betekende als unanieme instemming). Het Handvest kreeg vorm als een in vergelijking met het EVRM eigentijds verwoord, ook sociale grondrechten en burgerrechten omvattend document. Het Handvest werd nog voor het einde van 2000 in Nice door de Europese instellingen 'geproclameerd' en kreeg ingevolge het Verdrag van Lissabon per 1 december 2009 dezelfde werking als de verdragen. Vanuit het Nederlandse kabinet waren nog enige tijd achterhoedegevechten tegen het Handvest gevoerd, onder andere in de tweede Conventie, die het mislukte Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa opstelde. In feite kwamen de bezwaren tegen het Handvest erop neer dat het niet zou passen in bestaande schema's van bevoegdheidsverdeling: deze tegensstanders begrepen niet dat de ontwikkeling van het EU-recht juist op constitutionele kernpunten een verbinding tussen de nationale en Europese rechtsordes vereiste. Die verbinding kwam met name in het gedeelte over de uitlegging en de toepassing van het Handvest (Titel VII) tot uitdrukking, met gebruik van subtiele compromisformuleringen die inmiddels door het Hof van Justitie zinvol worden uitgelegd.

De Conventie en Roman Herzog in persoon werden nog met een andere constitutionele principekwestie geconfronteerd: zou in de preambule van het Handvest enigerlei religieuze verwijzing moeten worden opgenomen? Hier werden de tegenstellingen meer door nationale achtergrond dan door politieke gezindheid bepaald. De Duitse grondwet begint met de woorden 'Im Bewußtsein seiner Verantwortung vor Gott und den Menschen'. In Nederland worden wel munten en het afkondigingsformulier van wetten van een religieuze erkenning voorziet, maar niet de Grondwet. Naar Franse begrippen dient een constitutionele tekst strikt seculier te zijn. Deze kwestie werd door de Franse Eerste minister Lionel Jospin en de Franse President Jacques Chirac zo hoog opgenomen dat zij Herzog achter elkaar persoonlijk belden. Daags daarna kreeg Herzog een hartinfarct, wat hem voor de resterende duur van de Conventie buiten

spel zette. Voordien was echter al een compromisvoorstel uitgewerkt waarbij de Franse taalversie zou spreken van bewustzijn van het 'patrimoine spirituel et moral' van de Unie, en de Duitse van 'Bewusstsein ihres geistig-religiösen und sittlichen Erbes'. De Nederlandse taalversie hield het tot genoegen van de toenmalige paarse coalitie op het 'geestelijke en morele erfgoed'.

Deze hoog opgelopen discussie binnen de Conventie en de (mede) door Roman Herzog ingenomen positie raakten een constitutionele grondslagenkwesitie. In het (inmiddels iets minder rigoureuze) Franse secularisme zijn eventuele religieuze of levensbeschouwelijke inspiratiebronnen in constitutionele teksten buiten de orde, al valt het bestaan ervan niet te ontkennen. Maar hoe verhouden deze inspiratiebronnen zich tot de constitutie zelf? In zijn vermaarde 'dictum' stelde Ernst-Wolfgang Böckenförde: 'Der freiheitliche, demokratische Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann.'<sup>14</sup> De staat is 'neutraal', het geven van richting aan recht en beleid moet uit andere bronnen komen. Geestelijke inspiratiebronnen zijn nodig, maar kunnen en mogen door een seculiere staat niet worden bewerkstelligd of afdedwongen. Als vermaning tot ideëel periodiek onderhoud wordt dit dictum door velen onderkend en onderschreven, maar wat betekent het precies? In opvattingen die voortbouwen op de theorieën van Carl Schmitt bepaalt 'das Politische' (waartoe een strijd naar religieuze onderscheidingscriteria tussen vriend en vijand kan behoren) wat in de constitutionele structuren wordt voorgeschreven of verboden. Het Franse secularisme zal het politieke veeleer in de staatsinstellingen zelf plaatsen; anders zou de deur worden opengezet voor niet-seculiere beïnvloeding van wetgeving en beleid.

Het constitutionele denken van Roman Herzog past, naar ik meen, noch in het ene, noch in het andere keurslijf. Met de erkenning van levensbeschouwelijke motieven ook van andersdenkenden had hij geen moeite. Evenmin zou hij het bestel van een democratische rechtsstatelijke structuur zoals de Duitse staat of de Europese Unie tot een nietszeggende institutionele huls willen maken, waarbij 'das Politische' een als een al dan niet religieus gemotiveerde externe kracht wordt gezien. De veelzijdigheid van het politieke is inherent aan de democratische rechtsstaat. Van Herzogs *Allgemeine Staatslehre* via de constitutionele rechtspraak naar zijn politieke praxis zie ik een rechte lijn lopen: Roman Herzog zette zich ervoor in, aan de democratisch-rechtsstatelijke identiteit van Duitsland en de Europese Unie handen en voeten te geven. Het doel daarvan moest zijn dat hun instituties de ideële diversiteit van de moderne

<sup>14</sup> See E.-W. Böckenförde, *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie: Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 1991, p. 112.

samenleving aankunnen, gewaarborgd door fundamentele rechten. De staat heeft als democratische rechtsstaat zijn eigen constitutionele identiteit, die wordt gevoeld door overtuigingen onder de burgers.

Roman Herzog was daarom zeer kritisch over de manier waarop het Hof van Justitie zich kweet van zijn taak, de verhouding tussen het EU-recht en de bevoegdheden van de lidstaten te bepalen. In het commentaar dat hij in 2008 samen met de econoom Lüder Gerken op de Mangold-uitspraak van het Hof (22 november 2005)<sup>15</sup> leverde, werd het Hof scherp gekritiseerd wegens de vergaande gevolgen die het verbond aan het als algemeen beginsel van gemeenschapsrecht gekwalificeerde beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd. In zijn ogen werd daarmee, evenals in andere uitspraken van het Hof, te weinig ruimte gelaten voor de beoordelingen die aan het beleid van de lidstaten ten grondslag liggen.<sup>16</sup> Ook Dieter Grimm heeft zich in deze zin uitgesproken.<sup>17</sup> Wat Roman Herzog hier betoogt, komt erop neer dat de Europese Unie een constitutioneel referentiekader mist dat evenwicht bewaakt en bewaart tussen de nationale en de Europese constitutionele ordes. Dat was onmiskenbaar ook wat hij beoogde met zijn inzet voor het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Zelf heeft het Hof van Justitie in 2007 beklemd toond dat het in het Mangold-arrest wel degelijk ruimte liet voor verschillend beleid in de lidstaten.<sup>18</sup>

In 2014 publiceerde Herzog een boek over de toekomst van de Europese Unie. Hij trekt daarin een lijn van artikel 79, derde lid, van het *Grundgesetz* (de bepaling die de grondwetswijzigingen verbiedt die de federale democratie en de fundamentele rechten zouden tenietdoen) naar de eisen aan de Europese integratie.<sup>19</sup> De recente rechtspraak van het Duitse constitutionele hof over de Europese Centrale Bank doet dat ook. Omdat, aldus Herzog, de verzwakking van de EU voortkomt uit *Vertrauensverlust* bij de burgers, moet het herstel daar, bij de democratische verankering, beginnen.<sup>20</sup>

15 ECLI:EU:C:2005:709

16 <https://euobserver.com/opinion/26714>

17 Europa ja - aber welches? Zur Verfassung der europäischen Demokratie, München: Beck 2016

18 ECLI:EU:C:2007:604, overweging 68: 'Bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht beschikken de lidstaten, en in voorkomend geval de sociale partners, op nationaal niveau over een ruime beoordelingsvrijheid, niet alleen bij de beslissing welke van meerdere doelstellingen van sociaal en werkgelegenheidsbeleid zij specifiek willen nastreven, maar ook bij het bepalen van de maatregelen waarmee deze doelstelling kan worden verwezenlijkt (zie in die zin arrest van 22 november 2005, Mangold, 0144/04, [...]punt 63).'

19 R. Herzog, *Europa neu erfinden: Vom Überstaat zur Bürgerdemokratie*, München: Siedler 2014, p. 62.

20 *O.c.*, p.12, p. 32.