

# Over noodzakelijke abstracties en onderscheiden

Citation for published version (APA):

van de Wiel, P. (2018). Over noodzakelijke abstracties en onderscheiden: Enkele overdenkingen bij Olivier Jouanjans Justifier l'injustifiable. L'ordre du discours juridique nazi. *Actioma*, 44-47.

## Document status and date:

Published: 01/06/2018

## Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

## General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

[www.umlib.nl/taverne-license](http://www.umlib.nl/taverne-license)

## Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

[repository@maastrichtuniversity.nl](mailto:repository@maastrichtuniversity.nl)

providing details and we will investigate your claim.



## P.C.L. van de Wiel

*P.C.L. van de Wiel is promovendus binnen de vaksectie Rechtsfilosofie aan de Radboud Universiteit*

## Over noodzakelijke abstracties en onderscheiden.

Enkele overdenkingen bij Olivier Jouanjans *Justifier l'injustifiable. L'ordre du discours juridique nazi* (Presses Universitaires de France, 2017, 328 blz.)

'Nazi-recht' – een contradictio in terminis? Daarvan zijn we allemaal overtuigd. Er is waarschijnlijk geen zelfstandig naamwoord dat we met grotere overtuiging weigeren achter 'nazi-' te zetten dan 'recht'. Zelfs de radicaalste rechtspositivisten zullen, geconfronteerd met Duitse wetten en voorschriften uit de periode 1933-1945, een pas op de plaats maken: nee, het recht is nooit alleen maar het door de wet gestelde; zonder een minimale ethische inhoud is recht geen recht, *mag* het dat niet zijn. Maar hoe volstrekt legitiem deze redenering ook is, wie denkt dat het nationaalsocialisme met een beroep op een strikt legalisme – 'de wet is de wet en die moet nu eenmaal altijd worden gehoorzaamd!' – zijn aanhang onder juristen



## BOEKBESPREKING

verwierf en later zijn misdaden verdedigde, heeft het mis. Zoals Thomas Mertens in zijn basisboek rechtsfilosofie schrijft, is er 'overvloedig materiaal voorhanden waaruit blijkt dat de Duitse juristenstand tijdens de Weimar-jaren dit wetspositivisme niet was toegeedaan'; en eenmaal aan de macht 'maakten de nazi's een einde aan een sterke binding aan rechtsregels en stelden ze daarvoor het *gesundes Volksempfinden* in de plaats' (*Mens & mensenrechten*, p. 65). Als de nazi's één ding *niet* waren, dan rechtspositivisten.

**"Er is waarschijnlijk geen zelfstandig naamwoord dat we met grotere overtuiging weigeren achter 'nazi-' te zetten dan 'recht'"**

Begin vorig jaar verscheen van de Franse *professeur de droit public* aan de Parijse Panthéon-Assas-universiteit Olivier Jouanjan (geb. 1961) het boek *Justifier l'injustifiable. L'ordre du discours juridique nazi* ('Het onverdedigbare rechtvaardigen. De orde van het juridische nazi-discours'), waarin hij een

indrukwekkende poging waagt om dat overvloedige materiaal op een geordende en inzichtelijke manier over het voetlicht te brengen – materiaal uit de Weimar-jaren maar ook uit de *NS-Zeit* zelf. Om duidelijk te maken waar het hem om gaat, voert Jouanjan in de inleiding de leus '*Mir fällt zu Hitler nichts ein*' op: de openingszin van Karl Kraus' (1874-1936) sarcastische tekst *Die Dritte Walpurgisnacht* – enkele maanden na de machtsovername van de nazi's geschreven; pas na de oorlog gepubliceerd – maar tevens de houding van de overgrote meerderheid van zowel progressieve als conservatieve intellectuelen jegens het opkomende nationaalsocialisme. Een voorbeeld: filosoof Günther Anders (1902-1992) heeft in het najaar van 1932 de grootste moeite in Berlijn een seminar te organiseren over de nazi-ideologie in Hitlers *Mein Kampf* (1925-1926): zulke smerige kletsboek valt niet serieus te nemen... En precies dat beoogt Jouanjan in zijn boek: zijn doel is de juridische nazi-ideologie doordenken, de 'intellectuele mogelijkhedenvoorwaarden' van een totalitair regime met betrekking tot het recht *serius nemen* (pp. 13-15). Waarom? Zijn veronderstelling is dat we, door ons te begeven op het terrein van de juridische teratologie – de leer van de misvormingen in de planten-

en dierenwereld –, een beter idee zouden kunnen krijgen van wat 'recht' in het algemeen betekent en van de mysterieuze normativiteit van dat recht (p. 15).

*"En precies dat beoogt  
Jouanjan in zijn boek: zijn doel  
is de juridische nazi-ideologie  
doordenken, de 'intellectuele  
mogelijkheidsvoorwaarden' van  
een totalitair regime met betrekking  
tot het recht serieus nemen"*

Het eerste van de twee delen van het boek is getiteld 'bekerings' (*conversions*). Centraal staat de vraag hoe het mogelijk is geweest dat vele academisch geschoolde Duitse juristen zich na de machtsovername van de nazi's niet alleen bij hen aansloten, maar het nieuwe regime ook actief juridisch gingen rechtvaardigen. Deze vraag wordt des te prangender wanneer we de rijke Duitse juridische traditie in aanmerking nemen, een traditie die zich vanaf het begin van negentiende eeuw had ontwikkeld en als positivistisch kan worden bestempeld. Toch wijst de auteur erop dat Gustav Radbruch (1878-1949) zich danig vergiste toen hij in zijn beroemde tekst uit 1946, 'Wettelijk onrecht en bovenwettelijk recht', stelde dat 'het positivisme (...) met zijn overtuiging "wet is wet" de Duitse juristenstand weerloos [heeft] gemaakt tegen wetten van willekeurige en misdadige inhoud.' (pp. 28-29; *Mens & mensenrechten* pp. 82 en 65). Het rechtspositivisme was namelijk de juridische hoofdvijand van de nazi's. Ze beschouwden het als 'joods legalisme', *niet-concreet*, integendeel nodeloos formalistisch en abstract, 'bloedelooz' en 'zogenaamd neutraal', waartegenover zij een 'politiek recht' wilden stellen. Zo zal Carl Schmitt (1888-1985) in de plaats van 'normativisme' een 'decisionisme' naar voren brengen, waarin de autonome en immer concrete beslissing centraal staat. Maar het is belangrijk om te beseffen dat de kritiek op het positivisme niet pas in 1933 de kop op stak. Jouanjan laat zien hoe zeer en breed het vanaf het begin van de Weimarrepubliek onder vuur lag, in de zogeheten *Methoden- und Richtungsstreit*, waarin het draaide om de vraag welke relatie de wetenschap van het publiekrecht met de geesteswetenschappen en de sociale wetenschappen moest hebben. Bovendien had de hypergepolitiseerde Weimar-cultuur haar weerslag op de rechtsgeleerdheid. Vanuit verschillende hoeken werd het

positivisme afgewezen: zo was er groeiende filosofische kritiek op het 'formalistische' neokantianisme en deden dialectische neohegelianen een poging de eenheid van vorm en inhoud te doordenken om zo tot een 'substantieel' rechtsbegrip te komen. Een en ander wil overigens beslist niet zeggen dat alle antipositivisten (potentiële) nazi's waren of dat werden na 1933; maar het is volgens Jouanjan wel gerechtvaardigd Radbruchs formule om te draaien: niet het positivisme, maar het in de Weimar-jaren dominante *antipositivisme* heeft de juridische wetenschap en praktijk weerloos gemaakt jegens het idee van nazi-recht (p. 60). Hoe weerloos, laat de auteur zien in zijn behandeling van het razendsnelle gelijkschakelingsproces van de juridische wereld, dat vanaf februari 1933 op de universiteiten en binnen de juristenverenigingen en de juridische uitgeefwereld plaatsheeft en nog vóór de Nacht van de Lange Messen (juni 1934) tot in de kleinste details is voltooid. Jouanjan behandelt tot slot van het eerste deel de loopbanen van de juristen Ernst Rudolf Huber (1903-1990) en Reinhard Höhn (1904-2000). Hoewel allebei duidelijk rechts, waren zij voor 1933 geen lid of aanhanger van de NSDAP geweest. Huber was een leerling van Schmitt, Höhn zou juist een gezworen vijand van hem worden. Beiden behoorden tot de 1900-generatie: juridisch geschoold in de faculteiten van de Weimarrepubliek, een uitgesproken afkeer van die laatste en op zoek naar theoretici die het recht verbonden aan andere intellectuele disciplines – Schmitt, maar bijvoorbeeld ook de neohegeliaan Julius Binder (1870-1939). Huber en Höhn zouden na de *Machtergreifung* worden benoemd als professor in respectievelijk Kiel en Berlijn en produceerden veel en serieuze juridische literatuur ter rechtvaardiging van het nieuwe regime. En waar velen van deze generatie Hitler voor 1933 als plebejische orator minachtten, werd hij, eenmaal aan de macht, voor hen al snel de incarnatie van een mythe – een en ander maakt volgens Jouanjan 'opportunisme' als verklaring van hun bekering zwak.

*"Het rechtspositivisme was namelijk de  
juridische hoofdvijand van de nazi's"*

Het tweede deel is getiteld *inversions*, 'omzettingen' of 'omkeringen' dus. Wat werd er omgezet? Het juridische discours als zodanig: het formele karakter van het recht moest wijken voor een radicale *deformalisering* van het recht – een term van Max Weber (1864-1920). Allerlei tendensen komen hier samen en grijpen in elkaar: wat niet-politiek was, moest politiek worden; er moest korte metten worden gemaakt met het burgerlijke denken in onderscheiden (*Trennungsdenken*) – die tussen de samen-

leving en de staat, het publieke en het private domein, recht en moraal ofwel ideologie, vertegenwoordigers en vertegenwoordigden, enzovoort; wat abstract geformuleerd was, moest een volks (*völkisch*) karakter krijgen. Jurist Hans Frank (1900-1946) stelt in 1935 de volgende rechtsdefinitie voor: 'Recht is al wat nuttig is voor het volk; onrecht al wat het volk schaadt'. Het gaat bij uitstek om een *eenheidsdenken*: wat onderscheiden van de *Volksgemeinschaft* is of zou zijn, mist legitimiteit. Daarin past bijvoorbeeld het concept van een totale Staat, in 1933 gemunt door Ernst Forsthoff (1902-1974). Daarin past ook een strafrecht *nach gesundem Volksempfinden*: een *Willensstrafrecht* volgens welk 'de wil van de dader wordt bestraft en niet de daad of het delict', aldus geciteerd uit een artikel uit 1935 van jurist en later berucht voorzitter van het *Volksgesichtshof* Roland Freisler (1893-1945). Freisler theoretiseerde tevens het idee van de *Richterkönig*, een rechter die naast en tegenover de 'dode letter van de wettekst' stond en zich, opnieuw, diende te conformeren aan het *gesundes Volksempfinden*, tot uitdrukking gebracht in het woord van de Führer, incarnatie van de gemeenschap. Ter afsluiting van het tweede deel worden de nazistische rechtstheorieën van Carl Schmitt en Karl Larenz (1903-1993) geschetst. Doelwit van eerstgenoemde is het normativisme en zijn abstracties, waartegenover hij een 'concrete orde' plaatst, door Jouanjan vooral geëxpliciteerd aan de hand van Schmitts *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* (1934). Bij een concrete orde hoort vooral ook een concrete vijand: de Jood en de Joodse geest, symbolen van abstractie en wanorde. Nadat Schmitt in 1936 in ongenade is gevallen bij het regime, tracht hij zich opnieuw in de kijker te spelen door vanaf 1939 het idee van een *Grossraumordnung* te introduceren: over Duitsland moet worden gedacht in termen van een *Reich*, niet van een *Staat*, en elk *Reich* heeft een *Grossraum* – hoewel Schmitt aangeeft te zijn geïnspireerd door de monroedoctrine neemt hij er met zijn eigen concept expliciet en wezenlijk afstand van. Waar Schmitt 'het politieke' consequent en rücksichtslos op de voorgrond plaatst, legt neohegeliaan Karl Larenz in zijn theorie het primaat bij het *völkische* verband, dat het louter 'politieke' moment van de gemeenschap overstijgt. De zedelijke gemeenschap heft de klassieke tegenstelling tussen *Sein* en *Sollen* op, aangezien de zeden zelf altijd al een normerend element in zich dragen. Jouanjan laat echter zien dat Larenz op punten volledig van Hegels rechtsfilosofie afwijkt. Daarnaast wordt duidelijk hoe zeer het 'gemeenschapsdenken' en het 'concrete' denken verstrikt raken in allerlei contradicties (bijvoorbeeld: het 'theoretische zwarte gat' van het centrale *Führerprinzip*) en daarmee op een impasse uitlopen. Het maakt beide theorieën overigens niet minder belangwekkend als voorbeeld van aberrante juridische constructies.

In een leerzame en indrukwekkende epiloog met de titel *perversions* gaat Jouanjan na wat de betekenis voor het heden is van de vragen die in dit boek worden behandeld en erdoor opgeroepen. Om terug te komen op waarmee we begonnen: we zijn geneigd te denken dat het hoofdprobleem van nazi-recht eerst en vooral gelegen is in zijn monsterlijke inhoud. Dat is terecht en begrijpelijk, maar Jouanjan wijst op een ander cruciaal aspect. Kenmerken van het recht, al sinds zijn Romeinse oorsprong, zijn *formaliteit* en *abstractie*. Het abstracte recht spreekt noodzakelijkerwijs niet dezelfde taal als de vaak zo concrete rechtvaardigheid. Daarom irriteert het ook zo vaak niet-ingewijden, die er wél voortdurend mee te maken hebben. Een uitstap in het juridisch universum van het nationaalsocialisme laat ons echter zien wat voor immense problemen en risico's er aan een 'concreet', 'gedeformaliseerd' of 'onbemiddeld politiek' recht verbonden zijn. Ik sluit af met een citaat uit de epiloog van dit belangrijke, verontrustende boek:

'(...) we hebben er waarschijnlijk belang bij na te denken over wat we met Georg Jellinek een "ethisch minimum" van het recht zouden kunnen noemen, en dit minimum te denken *vanuit het gezichtspunt van de vorm*, (...) *want het probleem van de juridische vorm is niet strikt formeel*. Het is een feit dat (...) de fanatieke vrijwilligers die de nazi-juriste waren, vormen en formalisme verafschuwden. (...) Wanneer ik een zeker juridisch formalisme verdedig tegen snelle en gemakkelijke kritiek, dan doe ik dat op voorwaarde dat de betekenis van vormen wordt gevat, in de mate waarin zij het recht zijn "ethisch minimum" verlenen, dat ook een "politiek minimum" is. Substantiële waarden, zonder vormen, hebben het ongekende en verontrustende vermogen alles in hun spoor te kunnen meerukken. Daarom zijn vormen en procedures onontbeerlijk. De diepe betekenis van vormen en procedures is dat zij de informele macht van waarden binnen bepaalde grenzen houden (...)' (pp. 286 en 290-291).

**"Het abstracte recht spreekt noodzakelijkerwijs niet dezelfde taal als de vaak zo concrete rechtvaardigheid"**