

## BOOK REVIEW

# Recht als zwaard en schild: Fraenkels *Dual State* en de rechtspraak in het Derde Rijk\*

Jacob van de Beeten

Ernst Fraenkel, *Der Doppelstaat*, 4e druk (*Europäische Verlagsanstalt*, 2019) en Jens Meierhenrich, *The Remnants of the Rechtsstaat: An Ethnography of Nazi Law* (Oxford: OUP, 2020)

## 1 Introductie

De rechtsstaat staat zowel in binnen- en buitenland in het middelpunt van de belangstelling. In reactie op de toeslagenaffaire concludeerde de parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag dat de ‘grondbeginselen van de rechtsstaat’ geschonden zijn.<sup>1</sup> Binnen de Europese Unie baren de constitutionele en politieke ontwikkelingen in Polen en Hongarije velen grote zorgen. Deze ontwikkelingen worden geduid als een rechtstatelijke crisis die een bedreiging vormt voor de kernwaarden waarop de EU gegrondvest is, in het bijzonder de *rule of law*. In beide gevallen worden het recht en juridische instanties gebruikt om anti-rechtstatelijke praktijken in stand te houden. Het grootste schandaal van de toeslagenaffaire is immers dat de rechtsstaat ‘gewoon’ functioneerde, maar niet in staat bleek om de politiek en de uitvoerende macht te corrigeren. In de context van Polen en Hongarije spreekt professor Schepelle van ‘autocratisch legalisme’, omdat politieke leiders het recht instrumentaliseren voor hun autoritaire en illiberale doeleinden.<sup>2</sup>

Om te begrijpen hoe het recht en juridische instituties aan het in standhouden van een autoritaire machtsuitoefening en heerschappij kunnen bijdragen, vormt *The Dual State* (1941) van de Duitse jurist Ernst Fraenkel nog altijd een waardevolle bron. In dit werk, dat Fraenkel tussen 1993 en 1938 met gevaar voor eigen leven op papier heeft gezet, schetst Fraenkel op indringende wijze de rechtspraak gedurende de eerste vijf jaren van de naziheerschappij. Zijn centrale stelling is dat in die praktijk de tweeledigheid van het naziregime tot uitdrukking kwam: enerzijds bestond er de rechteloze maatregelenstaat (*Maßnahmenstaat*), waarin wetteloosheid en willekeur de boventoon voerden. Anderzijds bestond er ook een normenstaat (*Normenstaat*) waarin de wet gehandhaafd bleef en algemene rechtsprincipes hun

\* Veel dank aan Bob Roth voor het lezen van een eerdere versie van dit artikel.

1 TK 35 510 Verslag Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag, Ongekend Onrecht, 17 December 2020, 7.

2 Kim Lane Schepelle, ‘Autocratic Legalism’, *The University of Chicago Law Review* 85/2 (2018): 545-583.

gelding behielden. Wetten en regels fungeerden daarbij dus enerzijds als zwaard van overheidsmacht, maar ook als schild tegen dezelfde overheid. Het belang van Fraenkel's werk is dat het op genuanceerde wijze beschrijft hoe het juridisch systeem ten tijde van de naziheerschappij functioneerde en daarmee laat zien hoe het recht en rechtstatelijke instituties bijdroegen aan de stabilisering van een quasi-totalitair regime.

Het doel van deze bijdrage is om enerzijds Fraenkel en zijn werk te introduceren aan een Nederlandstalig publiek en anderzijds een aanzet te geven om kritisch na te denken over de rol van het recht in autoritaire regimes. Zowel in het Duitse als het Engelse taalgebied kan Fraenkels werk het laatste decennium namelijk op hernieuwde belangstelling rekenen. In beide taalgebieden is respectievelijk de *Der Doppelstaat* en *The Dual State* in de afgelopen jaren opnieuw uitgegeven en ook is er vanuit wetenschappelijke hoek opnieuw belangstelling voor zijn werk. Er wordt zelfs gesproken over een 'bescheiden renaissance'.<sup>3</sup> Een van de drijvende krachten achter deze renaissance is Jens Meierhenrich wiens boek *The Remnant's of Legality: An Ethnography of Nazi Law* (2020) in het volgende eveneens de revue zal passeren.<sup>4</sup>

De opzet van dit artikel is als volgt. Eerst worden het leven van Fraenkel en de totstandkomingsgeschiedenis van de *Dual State* kort besproken. Vervolgens wordt Fraenkels beschrijving van het Derde Rijk als een 'tweeledige staat' uiteengezet. Daarna worden de kernargumenten uit het werk van Jens Meierhenrich besproken. Het geheel wordt afgesloten met een opmerking over de hedendaagse relevantie van Fraenkels *Dual State*.

## 2 Fraenkels leven en werk

De totstandkoming van *The Dual State* is nauw verbonden met Fraenkels levensloop.<sup>5</sup> Zijn persoonlijke omstandigheden maakten het mogelijk dat hij de rechtspraktijk in nazi-Duitsland van binnenuit kon analyseren. Een korte biografische schets is daarom op zijn plaats. Ernst Fraenkel (1898-1975) werd geboren in een geassimileerde joodse familie in Keulen. Nadat hij zijn middelbare school in 1916 had afgerond, vocht hij twee jaar als vrijwilliger in het Duitse leger in de stellige overtuiging dat de oorlog een einde zou maken aan het antisemitisme.<sup>6</sup> Na de oorlog begon hij aan een studie rechten en in 1923 promoveerde hij op het Duitse arbeidsrecht. Na een korte tijd als juridisch adviseur voor de Duitse metaalbewerkerenunie te hebben gewerkt, was hij vanaf 1927 werkzaam als advocaat. Hij had sterke sociaaldemocratische overtuigingen en vertegenwoordigde met regelmaat de *Sozialdemokratische Partei Deutschlands* (SPD) en verschillende

3 Jan Christoph Suntrup, 'Between prerogative power and legality. Reading Ernst Fraenkel's *The Dual State* as an analytical tool for present authoritarian rule', *Jurisprudence* 11/3 (2020): 335.

4 Jens Meierhenrich, *The Remnants of the Rechtsstaat: An Ethnography of Nazi Law* (Oxford: Oxford University Press 2020).

5 Ernst Fraenkel, *The Dual State: A Theory of Dictatorship*, vert. E.A. Shils (Oxford: Oxford University Press, 2017) en Ernst Fraenkel, *Der Doppelstaat*, 4e druk (Berlin: Europäische Verlagsanstalt, 2019).

6 Zie Meierhenrich, 'An Ethnography of Nazi law', in Ernst Fraenkel, *The Dual State*, xxix.

Jacob van de Beeten

vakbonden in juridische procedures. Terugblikkend op die tijd stelde hij het als zijn taak te hebben gezien om bij te dragen aan 'de strijd voor de emancipatie van het proletariaat'.<sup>7</sup>

Nadat Hitler op 28 februari 1933 via een verordening de noodtoestand uitriep en de nationaal-socialistische machtsgreep formeel gestalte kreeg, nam de systematische uitsluiting van Joden uit de Duitse samenleving een aanvang. Er werden vele beroepsverboden ingesteld, waaronder ook een verbod voor joden om als advocaat werkzaam te zijn. Doordat Fraenkel tijdens de oorlog als vrijwilliger in dienst was gegaan, werd hij van deze maatregel uitgezonderd.<sup>8</sup> Terwijl veel joodse intellectuelen vanaf 1933 het land ontvluchtten, was Fraenkel in een positie waarin hij de veranderingen van het Duitse rechtssysteem van dichtbij kon meemaken. Hij vertegenwoordigde in die tijd verschillende politieke tegenstanders van het naziregime en bleef clandestien publiceren voor verschillende socialistische tijdschriften (die inmiddels verboden waren). In deze jaren kreeg ook *The Dual State* gestalte. Fraenkel schreef het manuscript tussen 1936 en 1938. Het onderzoek dat aan het werk ten grondslag lag, voltooide Fraenkel in de Berlijnse juridische bibliotheek waar de uitspraken van rechtbanken en gerechtshoven, evenals de academische literatuur vrij voor handen waren.

In 1938 werd het beroepsverbod uitgebreid en werd Fraenkel gewaarschuwd dat hij zou worden gearresteerd. Hij vluchtte via Frankrijk en Engeland naar de Verenigde Staten. Het manuscript van de *Dual State* werd met behulp van een Franse ambassade medewerker naar Parijs gesmokkeld, vanwaar het ook de Verenigde Staten bereikte. Hier voltooide Fraenkel zijn werk dat in 1941 als *The Dual State: A Contribution to the Theory of Dictatorship* werd gepubliceerd. Hoewel het boek goede recensies ontving, heeft het geen grote invloed gehad op de wetenschappelijke literatuur uit die tijd. Een mogelijke verklaring daarvoor is Fraenkels analytische, niet-moraliserende benadering van het nationaalsocialisme, waar zeker op dat moment weinig ruimte voor was.<sup>9</sup> Ook speelt een rol dat zijn analyse zich tot het jaar 1938 beperkt en daardoor al snel – zoals we zullen zien ten onrechte – als achterhaald werd beschouwd. Pas in 1974 werd *The Dual State* in het Duits uitgegeven als *Der Doppelstaat*. Sindsdien geldt het in Duitsland als een van de klassiekers op het gebied van het nationaalsocialistische rechtssysteem.<sup>10</sup> Zo wordt de term *Doppelstaat* in het Duitse juridische discours nog regelmatig gebruikt, bijvoorbeeld om de DDR te beschrijven.<sup>11</sup>

7 Meierhenrich, 'An Ethnography of Nazi law', xxx.

8 De reden voor deze uitzondering was waarschijnlijk economisch van aard. Zie Meierhenrich, *The Remnants of the Rechtsstaat*, 158-159.

9 Meierhenrich, *The Remnants of the Rechtsstaat*, 205-217.

10 Alle citaten in dit artikel zijn afkomstig uit de meest recente herdruk van de Duitse heruitgave van *Der Doppelstaat* en door de auteur naar het Nederlands vertaald.

11 Zie bijv. Michael Stolleis, 'Kaum ein Staat ist ganz "Unrechtsstaat"', *Der Tagesspiegel*, 14 oktober 2019.

### 3 Het analytisch kader van de *Dual State*

Zoals reeds in de inleiding werd opgemerkt, is de centrale stelling van Fraenkel dat het nationaalsocialistische machtssysteem in twee delen uiteenvalt die met elkaar in spanning staan, maar elkaar ook nodig hebben. Enerzijds is er de maatregelenstaat, waarin ambtsdragers niet gebonden zijn door formele regels of materiële beperkingen. Zij zijn vrij om hun macht op zo'n manier uit te oefenen zodat zij hun politieke doelen kunnen verwezenlijken. Anderzijds is er de normenstaat waarin algemene rechtsprincipes (bijv. *ne bis in idem*) blijven gelden en formele vormvereisten blijven bestaan (bijv. publicatieplicht). Enerzijds is er dus sprake van orde, anderzijds van willekeur. In tegenstelling tot veel andere waarnemers van het nationaalsocialistische regime zag Fraenkel daarin geen tegenstelling, maar beschouwde hij deze situatie als twee zijdes van dezelfde medaille.

Deze stelling dient begrepen te worden als een reactie op de gangbare opvatting uit de jaren veertig (en ver daarna), waarin de tweeledigheid van het nationaalsocialisme staatswezen werd herleid naar een tegenstelling tussen de nationaalsocialistische partijorganen en staatsinstituties. Fraenkel, daarentegen, benadrukt juist dat deze tegenstelling niet zo belangrijk was, omdat 'zowel de partij als ook de staat [...] zich in het bereik van de normenstaat en de maatregelenstaat bewegen'.<sup>12</sup> Hij zag in de theoretische discussie over het belang van de partij tegenover het belang van de staat – waar ook in de nationaalsocialistische rechtstheorie veel aandacht naar uitging – in het bijzonder een poging om de aandacht van meer fundamentele zaken af te leiden. In het volgende worden eerst de maatregelenstaat (3.1) en normenstaat (3.2) in meer detail besproken. Vervolgens wordt gekeken naar hun onderlinge verhouding (3.3).

#### 3.1 De maatregelenstaat

Voor Fraenkel ligt de oorsprong van de maatregelenstaat in de noodverordening van 28 februari 1928.<sup>13</sup> In deze noodverordening werden constitutionele vrijheden (zoals persvrijheid en het recht op vrijheid van meningsuiting) beperkt en grote discretionaire bevoegdheden aan de Rijksregering toegekend met als doel om de staat tegen communistische geweldsdreigingen te beschermen. Met een verwijzing naar Carl Schmitts theorie van het soevereine dictatorschap betoogde Fraenkel dat het Duitse Rijk tot een dictatuur was verworden. De uitzonderingstoestand had een permanent karakter verkregen. Fraenkel stelt dan ook dat deze noodverordening de grondwet van het Derde Rijk vormde.<sup>14</sup> Het gevolg hiervan was dat in de politieke sfeer met 'recht' uitsluitend 'datgene bedoeld werd dat de politieke doelen van het regime bevorderde'.<sup>15</sup> Oftewel, de noodverordening vormt de basis van wat Fraenkel als de maatregelenstaat aanduidde: 'het machtssysteem van onbegrensde willekeur

12 Fraenkel, *Der Doppelstaat*, 51.

13 Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat vom 28. Februar 1933, *RGBl. I*, 83.

14 Fraenkel, *Der Doppelstaat*, 55.

15 Fraenkel, *Der Doppelstaat*, 55.

Jacob van de Beeten

en geweld dat door geen enkele juridische garantie ingeperkt wordt'.<sup>16</sup> Daarmee wordt de maatregelenstaat dus gekenmerkt door het feit dat publieke machtsuitoefening niet genormeerd en begrensd wordt door het recht.

Schmitt deelde deze analyse zelf overigens niet, maar stelde dat de *Ermächtigungsgesetzes* van 24 maart 1933 de voorlopige grondwet van het nieuwe Duitsland vormde.<sup>17</sup> Door middel van deze wet kreeg Hitler als rijkskanselier de bevoegdheid om wetten uit te vaardigen zonder tussenkomst van de Rijksdag of President Hindenburg. Fraenkel erkende wel dat deze wet Hitler tot een absolute heerser maakte en hem de macht gaf om met volledige willekeur te regeren.<sup>18</sup> Tegelijkertijd zag hij de *Ermächtigungsgesetzes* vooral als een manier om de mythe van 'een legale revolutie' vorm te geven, i.e. het idee dat de nazistische machtsovername in overeenstemming was met de constitutie van Weimar. Met andere woorden, voor Fraenkel vormde de *Ermächtigungsgesetzes* niet zozeer het begin, maar een volgende stap in 'de ontwikkeling en handhaving van de maatregelenstaat'.<sup>19</sup>

In *The Dual State* geeft Fraenkel vele verschillende voorbeelden van de manier waarop de maatregelenstaat te werk ging. Hij bespreekt uitgebreid een groot scala aan rechtszaken om zijn theoretische standpunten kracht bij te zetten. Dit maakt zijn werk erg leesbaar en ook interessant.

Daarbij keek Fraenkel hoe verschillende instituties in concrete situaties zich tot het recht verhielden. In het ene geval konden instanties de normenstaat respecteren om op een ander moment de maatregelenstaat te ondersteunen. De normen- en maatregelenstaat zijn dus aanduidingen voor bepaalde manifestaties van concrete handelingen en juridische oordelen en zijn geen etiketten om categorisch op bepaalde instituties te plakken.<sup>20</sup> Horst Dreier stelt daarom in zijn nawoord bij *Der Doppelstaat* dat uit Fraenkels beschrijving van de maatregelenstaat blijkt dat deze veel minder eenduidig is dan op eerste gezicht lijkt en zich niet eenvoudig volgens het schema 'legaal/illegaal' laat verklaren.<sup>21</sup> Met andere woorden, het recht en rechterlijke instanties vormden niet altijd een beperking van willekeurige machtsuitoefening, maar werden ook gebruikt om een dergelijk vorm van machtsuitoefening mogelijk te maken. Dreier categoriseert de voorbeelden aan de hand waarvan Fraenkel laat zien hoe de maatregelenstaat functioneerde in drie groepen: (1) als negatie van de normenstaat, (2) als beperking van de normenstaat en (3) als incorporatie van de normenstaat.<sup>22</sup> Mehrenreich brengt een soortgelijk

16 Fraenkel, *Der Doppelstaat*, 49.

17 Carl Schmitt, *Staat, Bewegung, Volk: die Dreigliederung der politischen Einheit* (Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt, 1934), 71.

18 Fraenkel, *Der Doppelstaat*, 165.

19 Fraenkel, *Der Doppelstaat*, 65.

20 Eden spreekt daarom van een *Praxeologischer Rechtsbegriff*, zie Sören Eden, 'Fraenkel's "Doppelstaat" als Rechtsgeschichte: Arbeitsrecht und Politik Während der NS-Diktatur', *Zeithistorische Forschungen* 2 (2019): 281.

21 Fraenkel, *Der Doppelstaat*, 282.

22 Horst Dreier, 'Was ist Doppel am "Doppelstaat?"', in Fraenkel, *Der Doppelstaat*, 282-295.

onderscheid aan en spreekt over ‘overschrijdende’, ‘beperkende’ en ‘constituerende’ manifestaties van de maatregelenstaat.<sup>23</sup> We zullen deze hier kort bespreken.

Ten eerste zijn er situaties waarin de maatregelenstaat de normenstaat weerstreeft of overschrijdt. Dit zijn, zoals Fraenkel het omschrijft, situaties waar de ‘co-existentie van rechtsorde en rechteloosheid’ aan het licht komt.<sup>24</sup> Hij legt een duidelijk verband tussen deze situatie en Carl Schmitts beroemde definitie van de noodtoestand als het moment waarop de rechtsorde haar gelding verliest, terwijl de staat blijft bestaan. Schmitt bedoelde daarmee niet dat de noodtoestand hetzelfde is als anarchie, maar dat in een poging om de orde te waarborgen de machtsuitoefening van overheidsorganen niet langer door het recht genormeerd werd: ‘Het voortbestaan van de staat heeft hier zonder twijfel voorrang boven de gelding van rechtsnormen’.<sup>25</sup> Een van de meest illustratieve voorbeelden die Fraenkel geeft, is de situatie waarin individuen die door de rechtbank voor bepaalde misdrijven worden vrijgesproken, vervolgens toch zonder omhaal in een concentratiekamp belanden, zonder dat zij de mogelijkheid hebben om hun vrijheidsberoving juridisch aan te vechten.<sup>26</sup>

Een tweede variant omvat situaties waarin de normerende werking van het recht door de willekeur van de maatregelenstaat wordt begrensd. Hier is sprake van subtielere ondermijning van het rechtssysteem dan in het eerste geval. Dreier onderscheidt hierbij rechterlijke zelfbeperking (*Selbtrestriktion*) van extern opgelegde beperkingen (*Fremdrestriktion*). De eerste situatie wordt geïllustreerd door Fraenkels bespreking van een uitspraak van het *Kammergericht* (een regionaal hof in de voormalige deelstaat Pruisen). In deze uitspraak oordeelde het hof dat de noodverordening van 28 februari 1933 een einde maakt aan alle juridische beperkingen van politiehandelingen die als doel hadden om de noodverordening te verwezenlijken.<sup>27</sup> Fraenkel maakt duidelijk dat het *Kammergericht* in deze uitspraak veel verder ging dan andere gerechten in soortgelijke zaken. Met andere woorden, zonder dat daartoe enige (juridische) noodzaak was. Er is hier dus sprake een zelfopgelegde beperking door het gerechtshof, omdat het hof haar eigen macht om de politie te normeren aflegt en door middel van de precedentwerking van het recht een rechteloze situatie creëert. De tweede situatie illustreert Fraenkel aan de hand van de oprichting van de *Gestapo*. Via de *Gesetz über die Geheime Staatspolizei* werd de mogelijkheid tot rechterlijke toetsing dramatisch ingeperkt zodat de *Gestapo* werd vrijgesteld van haast iedere vorm van juridische controle. In een uitspraak van het Pruisische *Oberverwaltungsgericht* (het hoogste administratieve

23 Meierhenrich, *The Remnants of the Rechtsstaat*, 183-186.

24 Fraenkel, *Der Doppelstaat*, 78.

25 Carl Schmitt, *Politische Theologie: Vier Kapital zur Lehre von der Souveränität*, 2e oplage (Berlin: Verlag von Duncker & Humblot, 1934), 19.

26 In het eerste, Duitstalige manuscript schrijft Fraenkel: ‘Duitsland is een land waarin duizenden zonder veroordeling jarenlang gevangengezet worden, vermogens in beslag worden genomen zonder rechterlijke controle, levens vernietigd worden zonder enige vorm van rechtshulp [...], een land waarin het is voorgekomen dat een man vanuit het concentratiekamp met succes bezwaar tegen zijn belastingaanslag maakte’. Zie Dreier, ‘Was ist Doppel am “Doppelstaat?”’, 283.

27 Fraenkel, *Der Doppelstaat*, 70.

Jacob van de Beeten

gerechtshof) werd deze situatie vervolgens juridisch bekrachtigd, waardoor iedere vorm van machtsuitoefening van de Gestapo 'legaal' is zonder dat deze macht nog door het recht beperkt wordt. Het gevolg van deze uitspraak is, volgens Fraenkel, dat hiermee de macht van de Gestapo wordt erkend om juridische domeinen vanuit de normenstaat naar de maatregelenstaat over te hevelen.<sup>28</sup>

Een laatste mogelijkheid is de incorporatie van de normenstaat in de maatregelenstaat. Hier is sprake van op het moment dat juridische instanties zich in de praktijk niet langer laten leiden door algemene rechtsprincipes, maar juist door rechteloosheid en willekeur. Zo stelt Fraenkel dat een Beiers gerechtshof zichzelf degradeert tot instrument van de maatregelenstaat in een oordeel waarin het hof het *ne bis in idem*-principe buiten werking stelt om een reeds veroordeeld individu zwaarder te kunnen straffen. Dat doet het hof in de volgende bewoordingen:

De ernstige gevallen van hoogverraad verlangen in alle omstandigheden een gepaste genoegdoening. De bescherming van de staat en het volk zijn belangrijker dan de strikte toepassing van oude procedurele principes die, als ze zonder uitzondering worden toegepast, tot absurditeiten leiden.<sup>29</sup>

Uit deze uitspraak blijkt dat de gerechten hier zelf als instantie van de maatregelenstaat kunnen fungeren. Een ander voorbeeld dat Fraenkel aanhaalt zijn de *Sondergerichten* waarin politieke tegenstanders van het regime 'berecht' werden zonder dat daarbij strafrechtelijke rechtsprincipes in acht werden genomen.<sup>30</sup> Verpakt in een juridisch vocabulaire worden daardoor formele procedures en rechtsprincipes terzijde geschoven met een beroep op het Duitse volk en de nationaalsocialistische *Weltanschauung*.

Zo blijkt dat in het Derde Rijk politieke overwegingen keer op keer de overhand hebben over het recht. Deze voorbeelden maken tevens duidelijk dat de afbraak van het rechtssysteem niet per se geschiedde door de uitoefening van een soevereine wil door politieke instanties, maar dat dit proces op veel genuanceerdere wijze plaatsvond en dat juridische instanties bijdroegen aan de consolidering en willekeurige machtsuitoefening van de maatregelenstaat.

### 3.2 *De normenstaat*

Toch is dit volgens Fraenkel niet het hele verhaal, omdat in geen enkele politieke orde geregeerd kan worden op basis van willekeurige besluitvorming door politieke instanties. Hij stelt daarom dat er wel degelijk juridische domeinen bestonden waar algemene rechtsprincipes hun gelding behielden en het formele rechtskarakter niet had plaatsgemaakt voor het materiële nationaalsocialistische rechtsbegrip. Hij stelt zelfs dat rechters hier nog (zij het op zeer beperkte wijze) weerstand konden bieden aan het regime. Oftewel, de maatregelenstaat kent grenzen in de vorm van de normenstaat waar de rechtsorde nog van kracht is en die zelfs tegen

28 Fraenkel, *Der Doppelstaat*, 83.

29 Fraenkel, *Der Doppelstaat*, 106.

30 Meierhenrich, *The Remnants of the Rechtsstaat*, 185.

politieke organen en instituties kan worden ingeroepen.<sup>31</sup> Waar in de maatregelenstaat het recht tot het zwaard van de autoriteiten verwordt, blijkt dat in de normenstaat het recht soms nog als een schild kan fungeren tegen diezelfde autoriteiten.

Fraenkel beschouwde de normenstaat ook als feitelijk noodzakelijk voor het bestaan van het maatregelenstaat. De normenstaat garandeert namelijk dat de economie kan functioneren doordat contracten werden nageleefd, geschillen konden worden opgelost en economische actoren met een bepaalde mate van zekerheid hun bedrijfsvoering konden vormgeven. Fraenkel beargumenteerde aan de hand van Max Weber dat in moderne maatschappijen het bestaan van een formeel-rationeel rechtssysteem noodzakelijk is. Weber bedoelde met die term dat enerzijds het recht een interne formele vorm van legitimiteit bezit doordat het een algemeen en consistent karakter heeft (in plaats van op materiële extra-juridische grondslagen te berusten) en dat anderzijds de werking van het recht gegrond is in de ratio en niet in de emotie en dus tot algemene en voorspelbare uitkomsten moet leiden.<sup>32</sup>

Fraenkel zag deze kenmerken van het rechtssysteem als onontbeerlijk voor het functioneren van de economie van het Derde Rijk. In zijn analyse van rechterlijke uitspraken geeft hij dan ook een aantal voorbeelden waarin met een beroep op het functioneren van de economie onder andere de rechtszekerheid, het eigendomsrecht, contractsvrijheid en de nalevingsplicht (*Vertragstreue*) hun geldingskracht behouden. Zo probeerde een gemeentebestuur onder een contract met de katholieke kerk uit te komen met een beroep op de nationaalsocialistische revolutie (die een sterk anti-kerkelijk karakter had). Het hof verwierp dit argument met als reden dat de nalevingsplicht geldt als ‘fundament voor het economische verkeer en het geordende samenleven van de volksgemeenschap’.<sup>33</sup> Een ander voorbeeld is de stelling van Werner Best – de hoofdjurist van de Gestapo – dat de ‘constructieve krachten’ van het Duitse volk rechtsbescherming verdienen om zo op efficiënte wijze te kunnen bijdragen aan de heropbouw van een krachtige Duitse volksgemeenschap.<sup>34</sup> Best stelde daarbij wel impliciet dat de discretionaire bevoegdheid om te bepalen wie er deel uitmaakten van deze ‘constructieve krachten’ bij de maatregelenstaat lag. Aan de hand van verschillende voorbeelden laat Fraenkel zien dat twee groepen in ieder geval niet tot de constructieve krachten behoorden: ten eerste de Joden die al snel na machtsovername van de nazi’s geen enkele rechtsbescherming meer genoten<sup>35</sup> en, ten tweede, de vakbonden en andere ‘communistische’ elementen die het functioneren van de economie in de weg konden staan.<sup>36</sup>

31 Frankel, *Der Doppelstaat*, 113-119.

32 Zie Meierhenrich, *The Remnants of the Rechtsstaat*, 197-202.

33 Fraenkel, *Der Doppelstaat*, 129.

34 Fraenkel, *Der Doppelstaat*, 118-119.

35 Zie daarover ook Saul Friedländer, *Nazi-Duitsland en de joden, deel 1: De jaren van de vervolging 1933-1939* (Amsterdam: Het Spectrum, 1998), 175-208.

36 Fraenkel, *Der Doppelstaat*, 141-155.

Jacob van de Beeten

Volgens Fraenkels analyse beruste het voorbestaan van de normatieve staat dus vooral op instrumentele en economische gronden. Het moge duidelijk zijn dat zijn analyse van de normenstaat is beïnvloed door een klassiek-marxistische visie op het nationaalsocialisme als zijnde een verhevigde vorm van het kapitalisme. Uiteraard is deze visie niet onomstreden, want het nationaalsocialisme is ook wel beschouwd als een uitwas van het socialisme.<sup>37</sup> Dat doet echter niets af aan de kern van Fraenkels betoog, namelijk dat het recht in bepaalde delen van de maatschappij een regulerend en normatieve karakter behield. Daarbij dient wel opgemerkt te worden dat deze normerende werking normatief gezien altijd een voorwaardelijk karakter had, maar feitelijk gezien noodzakelijk was.

### 3.3 De verhouding tussen maatregelen- en normenstaat

De verhouding tussen de normen- en maatregelenstaat is complex. Fraenkel benadrukt nadrukkelijk dat de normenstaat afhankelijk is van de maatregelenstaat en dat deze beide delen van de tweeledige staat niet zonder elkaar begrepen kunnen worden: 'De normenstaat is een noodzakelijke toevoeging aan de maatregelenstaat en kan alleen in dat licht begrepen worden. Aangezien de maatregelen- en normenstaat samen een geheel vormen, is het niet toegestaan om de normen- of maatregelenstaat in afzondering te bestuderen.'<sup>38</sup> De verwevenheid tussen normenstaat en maatregelenstaat verduidelijkt hij als volgt: 'De existentie en het functioneren van de normenstaat [berusten] op de doordrenking van het staatsbestel met het nationaalsocialistische gedachtegoed'.<sup>39</sup> Niet het recht zelf, maar het nationaalsocialisme vormt volgens Fraenkel de grondslag voor het bestaan van de kapitalistisch georiënteerde economie en daarmee ook de normenstaat.

Tegelijkertijd ligt het zwaartepunt duidelijk bij de maatregelenstaat. Fraenkel formuleerde het als volgt: het vermoeden van bevoegdheid (*Kompetenzvermutung*) ligt bij de normenstaat, maar de bevoegdheidsbepaling (*Kompetenzkompetenz*) ligt bij de maatregelenstaat.<sup>40</sup> Met andere woorden, in eerste instantie konden burgers ervan uitgaan dat algemene rechtsregels van kracht bleven en een geschil aan de hand van het geldende recht werd beslecht. Pas als politieke instanties besloten om een geschil tot een politiek vraagstuk te verklaren, trad de maatregelenstaat op de voorgrond. Fraenkel maakt hiermee duidelijk dat in principe de macht van de maatregelenstaat onbegrensd was en dat zij aan de hand van een politieke overweging te allen tijde de normerende werking van het recht buiten werking kon stellen. Maar zolang dit niet gebeurde, behield de rechtsorde haar geldigheid en werkingskracht.

37 In laatste boek van Van Doorn wordt de eindfase van Weimarrepubliek omschreven als een eindstrijd tussen drie verschillende soorten socialisme. Zie J.A.A. Van Doorn, *Duits socialisme. Het falen van de sociaal-democratie en de triomf van het nationaal-socialisme* (Amsterdam: Schilt Publishing, 2008). Met dank aan de anonieme reviewer die mij op deze bron attent maakte.

38 Fraenkel, *Der Doppelstaat*, 124.

39 Fraenkel, *Der Doppelstaat*, 124.

40 Fraenkel, *Der Doppelstaat*, 113.

#### 4 Fraenkel door de ogen van Meierhenrich

Het is deze laatste observatie waardoor Fraenkels werk nog altijd op veel waardering kan rekenen en die ook centraal staat in Meierhenrichs herwaardering van *The Dual State*. Hier volgt geen complete bespreking van Meierhenrichs boek, maar worden enkele van zijn centrale argumenten uitgelicht. Ten eerste gebruikt Meierhenrich Fraenkel als correctie op de normatieve benadering van het recht en rechtsstaatsbegrip zoals dat met name in de tweede helft van de 20<sup>e</sup> eeuw vorm heeft gekregen. Hij doet dat door met behulp van Fraenkel stelling te nemen tegen Franz Neumann die het nationaalsocialistische regime beschreef als een totalitaire – en daarmee rechteloze en wetteloze – staat. Neumann, een voormalig college van Fraenkel, vluchtte al in 1933 naar Amerika en schreef daar zijn bekendste werk *Behemoth: The Structure and Practice of National Socialism 1933-1944*. In dit werk vergeleek hij het nationaalsocialistische regime met de *Behemoth* uit Hobbes' gelijknamige werk.<sup>41</sup> Voor Hobbes was *Behemoth* de tegenhanger van de *Leviathan*: waar laatstgenoemde symbool stond voor zijn wettige staat, symboliseerde eerstgenoemde een situatie van wetteloosheid.

Bouwend op Hobbes betoogde Neumann dat achter een façade van autoritarisme alleen maar terreur en wetteloosheid bestond. Hij beschreef het Derde Rijk als een non-staat en stelde dat er in het Derde Rijk geen recht bestond.<sup>42</sup> Daarbij maakte hij een onderscheid tussen regels met een technisch karakter en met een moreel en rationeel karakter, en betoogde dat alleen laatstgenoemde als recht gekwalificeerd kunnen worden.<sup>43</sup> Volgens Meierhenrich is het nadeel van een dergelijk normatief rechtsbegrip dat de rechtspraak in het nationaalsocialistische regime naar de achtergrond verdwijnt. Er wordt onder andere voorbijgegaan aan het feit dat juristen, rechters, regeringsbeambtenaren zichzelf wel degelijk als beoefenaars van het *recht* zagen.<sup>44</sup>

Volgens Meierhenrich is de grootste bijdrage van Fraenkels *Dual State* dat hij op koele wijze de rechtspraak analyseert zonder zich daarbij te laten leiden door een normatief rechtsbegrip, zoals veel van zijn tijdsgenoten, maar in plaats daarvan een positivistisch rechtsbegrip als standaard hanteerde om de alledaagse werking van het nazirecht te begrijpen.<sup>45</sup> Zoals al eerder opgemerkt, was Fraenkel het zeker met de stelling eens dat het naziregime geen rechtstaat meer was – hij doet veel moeite om een onderscheid tussen normenstaat en rechtsstaat aan te brengen –

41 Thomas Hobbes, *Behemoth or the Long Parliament*, ingeleid door Stephen Holmes (Chicago: University of Chicago Press, 1990).

42 Franz Neumann, *Behemoth: The Structure and Practice of National Socialism, 1933-1944*, met inleiding van Peter Hayes (Chicago: Ivan R Dee, 2009), 467-469. Over Fraenkel's *Dual State* zegt Neumann het volgende: 'It has been maintained that National Socialism is a dual state [...]. We do not share this view because we believe that there is no realm of law in Germany, although there are thousands of technical rules that are calculable'. (468)

43 Neumann, *Behemoth*, 440-458.

44 Meierhenrich spreekt hier ook wel over het juridisch bewustzijn (*legal consciousness*), zie Meierhenrich, *The Remnants of the Rechtsstaat*, 147-158.

45 Meierhenrich, *The Remnants of the Rechtsstaat*, 39.

Jacob van de Beeten

maar hij laat ook zien dat er zeker geen sprake was van *wetteloosheid*. Hoewel het recht in de meeste gevallen niet meer in staat was de uitoefening van publieke macht te normeren, vervulde het nog altijd een constituerende rol van de staatsmacht. Of anders gezegd, Fraenkel laat zien dat hoewel er geen sprake meer is van *rule of law* er in veel gevallen nog wel sprake was van *rule by law*.<sup>46</sup>

Hoewel dit een belangrijk onderscheid is, drijft Meierhenrich – in een poging om zijn argument zo sterk mogelijk over te brengen – het onderscheid tussen Fraenkel en Neumann, maar bijvoorbeeld ook Hannah Arendt (die in haar boek *Origins of Totalitarianism* sterk op Neumanns analyse leunt), wel enigszins op de spits. Zowel Neumann als Arendt erkennen het rationale karakter van de Duitse economie, in ieder geval voor het uitbreken van de Tweede Wereldoorlog.<sup>47</sup> Het verschil tussen deze auteurs ligt niet zozeer in de analyse, maar vooral in de kwalificatie van wat als recht geldt.

Een tweede kernpunt uit Meierhenrichs boek is dat Fraenkels analyse in de *Dual State* helpt om de mythe te ontcrachten waarin het rechtspositivisme wordt voorgesteld als drijvende kracht achter het nationaalsocialisme. Na afloop van de Tweede Wereldoorlog werd door verschillende juristen en rechtsfilosofen betoogd dat het rechtspositivisme een belangrijke bijdrage had geleverd aan de opkomst en consolidering van de naziheerschappij. Zo bekritiseerde Gustav Radbruch in zijn fameuze artikel ‘Fünf Minuten Rechtsphilosophie’ het rechtspositivisme dat hij definieerde als de doctrine volgens welke de wet geldig is ‘omdat het de [formele, gecodificeerde] wet is, en het de wet is als het doorgaans de macht heeft om afgedwongen te worden’.<sup>48</sup> Hij definieerde het rechtspositivisme dan ook als de leer die stelt dat ‘het recht is dat wat nuttig voor het volk is’.<sup>49</sup> Vervolgens trok hij de conclusie dat een dergelijke opvatting van het recht tot willekeur, geweld en *in extremis* tot een *onrechtstaat* (*Unrechtsstaat*) leidt.

Uit Fraenkels beschrijving van de maatregelenstaat komt echter duidelijk naar voren dat gerechtelijke instanties geen formeel positivistisch rechtsbegrip gebruikten, maar juist een zeer anti-positivistisch, materieel en ideologisch rechtsbegrip hanteerden. Het is op basis van dit informele, materiële rechtsbegrip dat Fraenkel stelt dat het natuurrechtelijk denken heeft plaatsgemaakt voor een *Volksgemeinschaftsdenken*, waarin het volk de plaats van de rechtvaardigheid inneemt. Horst Dreier spreekt in dit verband van het ‘vormverlies’ (*Formverlust*) van het recht, dat steeds minder door formele vereisten gebonden was en daardoor

46 Voor het onderscheid tussen deze twee zie bijvoorbeeld Stephen Holmes, ‘Lineages of the Rule of law’, in *Democracy and the Rule of Law*, red. Adam Przeworski en Jose Maria Maravall (Cambridge: Cambridge University, Press 2003). Holmes legt in zijn bespreking de nadruk op recht als instrument van macht. Zie daartoe ook zijn *Passion and Constraints: on the theory of liberal democracy* (Chicago: University of Chicago Press, 1995).

47 Zie Hannah Arendt, *The Origins of Totalitarianism* (New York: Penguin Classics, 2017), 535.

48 Gustav Radbruch, ‘Fünf Minuten Rechtsphilosophie’, *Rhein-Neckar-Zeitung*, 12 september 1945.

49 Radbruch, ‘Fünf Minuten Rechtsphilosophie’. Deze opvatting keert ook terug in Gustav Radbruch, ‘Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht’, *Süddeutsche Juristen-Zeitung* 1, no. 5, augustus 1946, 107.

juist een meer materieel karakter kreeg.<sup>50</sup> Fraenkel had een scherp oog voor deze anti-formalistische tendensen, waarvan hij de oorsprong zag in de informalisering van de rechtspraak in de republiek van Weimar. Niet een blinde volgzzaamheid van en gehoorzaamheid aan het geldende recht, maar juist een *gebrek* daaraan zag hij als voornaamste reden voor een cultuuromslag waardoor de ‘individuele rechter van een rechter-bureaucraat, die er aan gewend was om het antwoord op iedere rechtsvraag in de wet te vinden, transformeerde in een soort van Kadi-rechter, die geen ander criterium tot zijn beschikking had om tot een beslissing te komen dan zijn eigen “gevoel van rechtvaardigheid”’.<sup>51</sup> Daarmee wees hij de stelling dat het positivisme de weg voor het nazisme had bereid van de hand.<sup>52</sup>

Fraenkel zag de oorsprong en de bron van het nationaalsocialistische rechtsleer in een vorm van natuurrecht die hij aanduidde als het gemeenschapsnatuurrecht (*gemeinschaftliches Naturrecht*) dat hij tegenover een traditional-rationeel natuurrechtsbegrip plaatste. In zijn ogen wezen de nationaalsocialisten het klassieke natuurrecht-denken af, omdat zowel het christelijke-gefundeerde en traditionele natuurrechtsnormen concrete beperkingen van politieke machtsuitoefening introduceerden via morele, dan wel internationaalrechtelijke normen.<sup>53</sup>

Hoewel Fraenkels discussie over het natuurrecht in de literatuur kritisch is ontvangen en er vanuit theoretisch oogpunt het een en ander op aan te merken valt, maakt het samen met zijn analyse van de rechtspraak in het Derde Rijk goed duidelijk hoe materieel en ideologisch geladen het nationaalsocialistische rechtsbegrip was.<sup>54</sup> Dit blijkt ook uit de rechtstheoretische debatten die in die tijd gevoerd werden en die Meierhenrich uitvoerig analyseert. Zo formuleert Meierhenrich drie kernaspecten van de nazirechtsleer: antiliberalisme, antisemitisme en antiformalisme.<sup>55</sup> Met name dat laatste kenmerk geeft ook blijk van een duidelijk antipositivistische inslag, omdat het positivisme het recht definieert aan de hand van haar formele kenmerken en niet op basis van haar inhoud. Het gedachtegoed van de nationaalsocialistische rechtswetenschappers was er in belangrijke mate op gericht om de normerende en beperkende werking van formele rechtsvereisten ongedaan te maken en vormt daarmee de intellectuele grondslag van de maatregelenstaat zoals deze door Fraenkel is beschreven.

50 Horst Dreier, ‘Rechtszerfall und Kontinuität. Zur Asynchronen Entwicklung von Staatsrecht und Wirtschaftssystem in der Zeit des Nationalsozialismus’, *Der Staat* 43 no. 235 (2004): 250.

51 Ernst Fraenkel, “Rule of Law” in einer sich wandelnden Welt in Fraenkel, *Reformismus und Pluralismus. Materialien zu einer ungeschriebenen politischen Autobiographie*, red. Falk Esche en Frank Grube (Hamburg: Hoffman und Campe, 1973), 258, ook geciteerd in Suntrup, ‘Between prerogative power and legality’, 341-342.

52 Voor eenzelfde conclusie zie Stanley L. Paulson, ‘Lon L Fuller, Gustav Radbruch, and the “Positivist Theses”’, *Law and Philosophy* 13/3 (1994): 313-359. Paulson bespreekt daarin onder andere de ‘freewheeling interpretive practices of conservative Weimar Courts’ (344).

53 Zie daarover Fraenkel, *Der Doppelstaat*, 159-173.

54 Voor zulke kritiek zie bijvoorbeeld Michael Stolleis, ‘Der Doppelstaat’, *Juristenzeitung* 39 (1984): 1097.

55 Meierhenrich, *The Remnants of the Rechtsstaat*, 102-105.

Jacob van de Beeten

Het derde, en laatste, kernpunt van Meierhenrichs boek ligt in de poging om de *Dual State* te actualiseren en het concept te gebruiken om hedendaagse autoritaire regimes te beschrijven. Meierhenrich doet dit door een ideaaltypische karakterisering van een *Dual State* te schetsen en te laten zien hoe verschillende regimes in bijvoorbeeld Hong Kong, Singapore, het Zuid-Afrika van de Apartheid en Rusland als *dual states* beschreven kunnen worden. Het meest relevant daarbij zijn de criteria die hij aandraagt om het bestaan van een normenstaat aan te tonen. Ten eerste dient een significant deel van het alledaagse leven gereguleerd te worden aan de hand van wetten. Ten tweede dienen deze wetten redelijk effectief en voorspelbaar te zijn. Tot slot dient het ook algemeen bekend te zijn dat wetten een operationeel karakter behouden en dat zij redelijk effectief en voorspelbaar zijn.<sup>56</sup> Oftewel, om van een normenstaat te spreken dient het recht niet alleen als zwaard van willekeurig overheidsoptreden gebruikt te worden, maar ook als schild zodat burgers zich op het rechtssysteem kunnen beroepen.<sup>57</sup>

Een dergelijke actualisatie van de *Dual State* is niet onomstreden. Verschillende politieke wetenschappers hebben betoogd dat het niet mogelijk om het idee van een *dual state*-concept uit zijn historische context te bevrijden en als vergelijkende maatstaf te gebruiken in heden.<sup>58</sup> Wel is erkend dat Fraenkels analyse handvatten biedt om niet-genormeerd overheidshandelen te analyseren en conceptualiseren, zoals bijvoorbeeld in de aanpak van terrorisme en het politieke handelen van de EU-regeringsleiders in tijden van crisis.<sup>59</sup> Dat doet echter niets af aan het werk van Meierhenrich, waarin op indrukwekkende wijze de ontstaansgeschiedenis van de *Dual State*, de inhoud van Fraenkels werk en het bredere juridisch-filosofische context worden beschreven.

## 5 Tot slot

Nu rest de vraag: wat is de relevantie van Fraenkels werk voor hedendaagse rechtswetenschappers in het algemeen en rechtsfilosofen in het bijzonder? In een artikel getiteld ‘Tegen academische reservaten’, pleit Niels Graaf in dit tijdschrift voor een leesbare rechtsfilosofie. Zijn stelling is dat het te vaak ontbreekt aan ‘kruisbestuiving tussen de rechtsfilosofie en de wetenschap van het positieve recht’.<sup>60</sup> Hij benadrukt het gevaar van rechtsfilosofische ‘scholastiek’ waarbij de feitelijke context waarin rechtsfilosofische vragen opkwamen uit het zicht raakt. Graaf adviseert rechtsfilosofen om hun werk leesbaarder te maken door hun theoretische exercities te illustreren met ‘down-to-earth-casestudies’. Fraenkels

56 Meierhenrich, *The Remnants of the Rechtsstaat*, 239.

57 In zijn autobiografische fragmenten over de jaren 1914-1933, die pas na zijn dood gepubliceerd werd, stelde Sebastian Haffner dat het denken in juridische abstracties en bestuurslogica ‘letterlijk mij en mijn vrouw het leven [heeft] gered’. Sebastian Haffner, *Het Verhaal van een Duitser 1914-1933* (Amsterdam: Mets & Schilt, 2000), 101.

58 Suntrup, ‘Between prerogative power and legality’, 353.

59 Suntrup, ‘Between prerogative power and legality’, 353-359.

60 Niels Graaf, ‘Tegen academische reservaten. Pleidooi voor een ‘leesbare’ rechtsfilosofie’, *Netherlands Journal of Legal Philosophy* 2 (2019): 162.

*Dual State* biedt, mijns inziens, een uitstekend voorbeeld van een dergelijke wetenschappelijke aanpak waarin een empirische aanpak met een filosofische blik gecombineerd wordt. Op basis van een concrete analyse van de rechtspraak toont Fraenkel aan dat het recht niet per definitie een schild is dat tegen autoritaire machtsuitoefening bescherming biedt, maar ook een zwaard dat autoritaire machtsuitoefening mogelijk maakt.