

Van Apeldoorns *Inleiding* en de flexibiliteit van open rechtsnormen¹

D. Venema*

1 De *Inleiding*

De *Inleiding tot de studie van het Nederlandsche recht* door prof. mr. L.J. van Apeldoorn was een succes vóór, tijdens en na de Duitse bezetting, volgens C.J.H. Jansen zelfs 'het succesvolste werk onder de inleidingsboeken'.² De eerste druk verscheen in 1933, in 1942 en 1943 kwamen de vijfde en zesde druk uit, gevolgd door twee anonieme, door G.E. Langemeijer bewerkte, uitgaven in 1946 en 1948. Daarna verzorgde Van Apeldoorn zelf weer de drukken negen (1950) tot en met zestien (1966). Vanaf de zeventiende druk (1972) werd de *Inleiding* door anderen bewerkt, en in 2000 was ze aan de twintigste druk toe.³ Van Apeldoorn is in 1979 op tweeënnegentigjarige leeftijd overleden.⁴

Van augustus 1940 tot augustus 1943, net na het verschijnen van de zesde druk van de *Inleiding*, was Van Apeldoorn lid van de NSB en van het Rechtsfront, de NSB-vereniging voor politie en juristen. Na de oorlog is hij geïnterneerd geweest en ontslagen als hoogleraar. In 1947 hield zijn veroordeling in: ontzetting van actief en passief kiesrecht, het verbod ambten te

* D. Venema is junior onderzoeker aan de Katholieke Universiteit Nijmegen.

1 Ik dank Leny de Groot-van Leeuwen, Ton Hol, Corjo Jansen en Thomas Mertens voor hun kritische opmerkingen.

2 C.J.H. Jansen, Van Kemper tot Telders. Onderzoekingen naar anderhalve eeuw inleidend juridisch onderwijs in Nederland, Zwolle 1994, p. 66 van het tweede gedeelte.

3 De verschillende drukken van dit boek worden aangehaald als *Inleiding* [jaartal]. Behalve de bezettingsuitgaven, druk vijf en zes, die in Arnhem bij S. Gouda Quint, D. Brouwer en zoon verschenen (zie het voorbericht voor de vijfde druk), werden de eerste tot en met twintigste druk in Zwolle door W.E.J. Tjeenk Willink uitgegeven. Sinds de grondige omwerking door een team van juristen in 1985 is het als inleidingsboek echter niet meer zo bruikbaar, en is het als zodanig 'een langzame dood gestorven', volgens Jansen, Van Kemper tot Telders, p. 70 tweede gedeelte.

4 Zie over zijn leven: P.L. Nève, L.J. van Apeldoorn (1886-1979). Bio-bibliografie, Nijmegen 1997. Over de andere publicaties van Van Apeldoorn tijdens de bezetting: P.L. Nève, De publicaties van prof. mr. L.J. van Apeldoorn in de jaren 1940-44, in: 'Om daarmee vrijelijk te doen naer wil ende welgevallen'. Rechtshistorische opstellen aangeboden aan prof. mr. A.F.L. Gehlen, (Werken uitgegeven door Limburgs Geschied- en Oudheidkundig Genootschap dl. 16) Maastricht 1998.

bekleden en een boete van 7500 gulden, ongeveer een jaarsalaris.⁵ Zijn sympathie voor het nationaal-socialisme en de daaruit voortvloeiende visie op het recht kwamen tot expliciete uiting in zijn inleidingsboek: 'Rekening houdend met de nieuwe beginselen, welke in het recht sinds de bezetting tot uitdrukking zijn gekomen, [...] zijn vele wijzigingen en aanvullingen in mijn boek noodzakelijk gebleken.'⁶ In 1946 en 1948 is door G.E. Langemeijer, 'een jurist van onbetwiste reputatie',⁷ in de door hem 'gezuiverde' uitgave een aantal opmerkelijke passages in stand gehouden, die Van Apeldoorn in 1942 had toegevoegd. Hoewel echte politieke propaganda er natuurlijk niet meer in voorkwam, zal toch de vaststelling van Veen dat alle 'verwijzingen naar de nieuwe orde die hij er in de oorlog in had verwerkt' er door Langemeijer 'weer uit waren geschrapt', wat al te stellig blijken.⁸

In dit artikel zullen de meest opvallende wijzigingen worden besproken die Van Apeldoorn in 1942 aanbracht en Langemeijer onaangetast liet of in gewijzigde vorm overnam. Hieronder bevinden zich enkele passages waarin nazistisch-juridische stokpaardjes worden bereden. Ik zal trachten een verklaring te geven voor het feit dat deze in de naoorlogse drukken gehandhaafd konden worden. Daarbij zal onder andere aandacht worden besteed aan de kritiek zowel van de NSB als van met het verzet sympathiserende juristen op de rechtspraak van de Nederlandse rechterlijke macht tijdens de bezetting.

Naast het schrappen van expliciete nazi-propaganda en het weglaten van de behandeling van het bezettersrecht heeft Langemeijer nog enige principiële veranderingen aangebracht, omdat hij het niet eens was met Van Apeldoorns opvatting van de rechtswetenschap als louter historisch verklarende wetenschap. Buiten de toevoeging van een hoofdstuk over rechtsvinding liet hij de opzet van het boek intact. Deze wijzigingen komen hier niet aan de orde.

5 Nève, L.J. van Apeldoorn (1886-1979), p. 9 en 13; T. Veen, Van Apeldoorn en het Romeinse recht, *NJB* (66) 1991-41, p. 1655.

6 Inleiding 1942, p. vii; 1943, p. vi-vii. Hij haalt bijvoorbeeld met instemming de woorden aan van Hans Frank, Reichsjuristenführer en Gouverneur-generaal van Polen: 'Recht ist was dem deutschen [in Nederland het Nederlandse] Volke frommt', Inleiding 1942 p. 12; 1943, p. 11. Uit *Mein Kampf* (p. 434) citeert hij: 'Wir, als Arier, vermögen uns unter einem Staat also nur den lebendigen Organismus eines Volkstums vorzustellen, der die Erhaltung dieses Volkstums nicht nur sichert, sondern es [...] zur höchsten Freiheit führt', Inleiding 1942, p. 229, geschrapt in 1943, en uit *Franks Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetz* onder andere: 'Der nationalsozialistische Staat wird die Rechtssicherheit der Deutschen Volksgenossen mit allen Machtmitteln sicherzustellen und zu fördern haben', Inleiding 1942, p. 41; 1943, p. 39.

7 Jansen, Van Kemper tot Telders, p. 66 tweede gedeelte.

8 Veen, Van Apeldoorn en het Romeinse recht, p. 1659; Nève, L.J. van Apeldoorn (1886-1979), p. 13.

2 Het 'nieuwe rechtsdenken'⁹

Onder Nederlandse juristen met nationaal-socialistische opvattingen werd de rechtstheoretische discussie gedomineerd door verschillende aspecten van de voorrang van de 'volksgemeenschap' boven individuele belangen. De aspecten die door Van Apeldoorn in zijn bezettingsedities vermeld en door Langemeijer in 1946 en 1948 gehandhaafd werden, zijn: analoge wetstoepassing,¹⁰ relativering van absolute rechten¹¹ en recht als plicht.¹² Ik zal deze onderwerpen achtereenvolgens bespreken, zoals ze door Van Apeldoorn en Langemeijer behandeld zijn.

2.1 Analoge wetstoepassing

Misschien wel het bekendste onderdeel van het nazi-recht is het strafrechtelijke begrip *gesundes Volksempfinden*: een feit dat niet rechtstreeks onder een strafbepaling viel, maar naar gezond volksgevoel wel strafwaardig was, kon bestraft worden als overtreding van het artikel onder welks grondgedachte het te rubriceren was.¹³ In Nederland werd in 1943 een haast identieke bepaling aan artikel 1 van het Wetboek van Strafrecht toegevoegd, echter met als criterium 'gezond rechtsgevoel'.¹⁴ Vóór de oorlog waren meerdere juristen voorstander van de toelating van analogie, waaronder Taverne,¹⁵ maar ook juristen met een smetteloze reputatie als Pompe en Röling.¹⁶ De meerderheid bleef er echter tegen.¹⁷

Met de wetwijziging werd het adagium 'geen straf zonder wet' ingeruild voor 'geen misdaad zonder straf' (waarbij het begrip misdaad uiteraard

9 Dit is de titel van een artikelenreeks door H.A.M. van der Heijden in *Het rechtsfront* (1) 1941-9, 10 en 11, p. 77-79, 97-98, en 101-102.

10 Inleiding 1942, p. 260-261; 1943, p. 242-243; 1946, p. 223; 1948, p. 225.

11 Inleiding 1942, p. 34-35, 148; 1943, p. 36-37, 136-137; 1946, p. 32-33, 124-125; 1948, p. 32-33, 124-125.

12 Inleiding 1942, p. 36-40, 152-153; 1943, p. 33, 35-37, 140-141; 1946, p. 31, 33-35, 128; 1948, p. 31, 33-35, 128.

13 § 2 Deutsches Strafgesetzbuch, wet van 1935.

14 Verordening 62/1943, 9 juni 1943, *Verordeningenblad* 1943/19.

15 Zie J.F. Nijboer, B.M. Taverne: onbescheiden magistraat, DD 1985-15, p. 721-723, 726-728. Onder Taverne's voorzitterschap werd het beruchte toetsingsarrest gewezen (HR 12 januari 1942, NJ 1942, 271). Nijboer vermoedt dat hij de toevoeging aan art. 1 Sr in 1943 toejuichte (Nijboer, B.M. Taverne: onbescheiden magistraat, p. 729).

16 Zo memoreert J. Milders naar aanleiding van de door hem toegejuichte invoering van analogie in het Nederlandse strafrecht in zijn artikel *Het einde van den strijd over de analogie in het strafrecht*, NJB (18) 1943-28, p. 253-257.

17 Zie bijvoorbeeld de discussie en de stemmingen hierover in de *Handelingen van de NJV* 1922 en 1934, en de behandeling hiervan in J.H.A. Lokin & C.J.H. Jansen, *Tussen droom en daad. De Nederlandse Juristen-Vereniging 1870-1995*, Zwolle 1995, p. 197-203.

door het 'gezonde rechtsgevoel', en niet alleen door de wet werd ingevuld).¹⁸ De nationaal-socialistische voorstanders van analogie in Nederland reageerden vooral op de volgens hen te starre *formalistische* houding van het grootste deel van de Nederlandse rechters.¹⁹ Met deze beschuldiging doelden NSBers op de te letterlijke uitleg van wetteksten waaraan onder andere te 'wijten' was dat noodweer niet werd uitgebreid met 'noodweer tegen aanranding van de eer' als rechtvaardigingsgrond voor geweldpleging door in het openbaar beledigde NSBers.²⁰ Later werd deze uitbreiding overigens alsnog gerealiseerd in de vrederechtspraak.²¹

In 1939 vermeldt Van Apeldoorn nog dat het beginsel *nulla poena sine prae-
via lege poenali*, waaruit volgens hem het analogieverbod volgt, 'tegenwoordig in bijna alle beschaafde staten aanvaard' is, met als grond de bescherming van de burger tegen willekeurige rechtspraak. In 1942 en 1943 geeft hij een nationaal-socialistische argumentatie voor het juist wel toelaten van analogie: de veiligheid van de gemeenschap en van de 'fatsoenlijke volksgenoot' ten opzichte van criminelen zou bij een strikt letterlijke uitleg van de wet in het gedrang komen. De 'sluwste en dus gevaarlijkste misdadigers' zouden er dan voor kunnen zorgen dat 'hun strafwaardige handelingen ongestraft bleven, omdat deze niet in strijd kwamen met de wettekst'.²² In de uitgaven van 1946 en 1948 heeft Langemeijer dit gedeelte geschrapt, en vervangen door de analoge toepassing die mogelijk werd gemaakt door het Besluit Buitengewoon Strafrecht.²³ Langemeijer is van mening dat in 'uitzonderlijke omstandigheden' analoge bestraffing, zelfs met terugwer-

18 Inleiding 1942, p. 260; 1943, p. 243. *Nullum crimen sine poena* is het motto van R.J.M.H. Brouwers in diens artikel Het gezonde rechtsgevoel van het volk als bron van strafrecht, Nieuw Nederland (8) 1942-12, p. 915-944, waarin ook het Elektriciteitsarrest (HR 23 mei 1921, NJ 1921, p. 564 m.nt. Taverne) als voorbeeld van analogie wordt aangehaald.

19 In Iets over rechtspraak in nationaal-socialistische zin, Het rechtsfront (1) 1941-20, p. 201, verzucht H.P. van Heyst: 'Hoe staat het nu in het algemeen met onze rechtspraak en leden van de rechterlijke macht? Dan kan het antwoord niet anders luiden dan: bedroevend. [...] Zij zitten nog vastgeroest in hun oude begrippen van hun liberaal-humanitaire opvoeding, vinden hun hoogste genot in een ongebreideld juridisch formalisme.'

20 Zie bijvoorbeeld H.A.M. van der Heijden, Een oneervolle noodweerbepaling (I) en (II), Het rechtsfront (1) 1941-21 en 22, p. 209-210 en 217, en H.A.M. van der Heijden, Noodweer tegen aanranding van de eer, Het rechtsfront (2) 1942-29, p. 81-82.

21 Verordening 156/1941, 12 augustus 1941, Verordeningenblad 1941/34. De vrederechters behandelden zaken die de 'politieke vrede' betroffen, voornamelijk voorvallen tussen NSBers en hun tegenstanders, in het voordeel van de eersten. Zie bijvoorbeeld J.H. Carp, Richtlijnen voor de rechtspraak der vrederechtsorganisatie, Nieuw Nederland (8) 1941-6, p. 424-430, en verder M. de Geus, Vrederechtspraak in Nederland, in: G. Aalders (red.), Zesde jaarboek van het rijksinstituut voor oorlogsdocumentatie, Zutphen 1995, p. 48-86; G.E. Mulder, Schijn van recht. De geschiedenis van de vrederechtspraak gedurende de Duitse bezetting, Arnhem 1995.

22 Inleiding 1939, p. 213-214; 1942, p. 260; 1943, p. 242-243. Zie ook bijvoorbeeld J. Kampstra, De vernieuwing van ons strafrecht, in: Het rechtsfront (3) 1943-61, p. 105.

23 Besluit van 22 december 1943, Stb. D 61.

kende kracht, toegelaten moet zijn voor feiten 'waarvan enerzijds niemand de strafwaardigheid in twijfel trekt en die anderzijds de wetgever moeilijk kon voorzien'.²⁴ Beide schrijvers beroepen zich op een strafwaardigheid die bestaat uit een niet, of althans niet door een rechter in een rechtszaak, objectief vaststelbare grootheid, namelijk 'het' gezonde rechtsgevoel of 'de' unanieme opvatting van de bevolking. Daarmee hangt toekenning van strafwaardigheid aan een feit af van de inschatting door de rechter, die daarin zeer vrij is. Strafwwaardigheid is dan ad hoc toekenbaar en niet erg voorspelbaar.

2.2 Relativering van absolute rechten

De liberale, kapitalistische democratie werd door nationaal-socialisten in Nederland veelal afgeschilderd als hyperindividualistisch, met een rechtssysteem waarin te veel het belang van de persoonlijke vrijheid, bijvoorbeeld die van een verdachte, ten koste van het belang van de gemeenschap beschermd wordt.²⁵ Het straffen via analogie is onder andere een van de middelen om hiermee af te rekenen.

Onder de categorie absolute subjectieve rechten vallen in Van Apeldoorns systematiek naast het eigendomsrecht en een aantal andere private rechten ook alle publieke rechten, de 'z.g.n. grond-, vrijheids-, of mensenrechten'. Tijdens de bezetting karakteriseerde hij deze betiteling van publieke rechten als afkomstig van het achttiende-eeuwse rationalistische natuurrecht.²⁶ Ook in eerdere drukken brengt hij dit natuurrecht al in verbinding met individualisme: het houdt immers de vooronderstelling in dat elk mens als individu aangeboren onvervreembare rechten heeft: 'alle nadruk viel toen op de [...] erkende en beschermde bevoegdheden der individuele personen.' Uit de Staatsregeling van 1798 haalt hij hiervan diverse voorbeelden aan.²⁷ Deze opvatting zou in 1942 'allang' niet meer gehuldigd worden, en als bron voor grond- en andere rechten vervangen zijn door uitsluitend het objectieve recht. Door dat objectieve recht zouden die rechten ook weer kun-

24 Inleiding 1946, p. 223; 1948, p. 225. Overigens spreekt Langemeijer zich in 1941 nog uit *tegen* de toelating van analogie, zie Langemeijer, *Gemeenschapsgedachte en recht II*, NJB (16) 1941-11, p. 209.

25 Zie bijvoorbeeld R. van Genechten, *Nederland onder invloed van het kapitalisme*, Nieuw Nederland (8) 1942-12, p. 883-884 en R.J.M.H. Brouwers, *Gedachten over het strafrecht (I)-(IV)*, *Het rechtsfront* (3) 1943-68, 69, 72 en 73, p. 133, 137, 149 en 153. In dat laatste deel (IV): 'Wij willen de misdaad bestrijden, omdat zij de Volksgemeenschap in haar zedelijke orde verstoort.' Ook in de jaren dertig vonden evenwel veel juristen de procespositie van de verdachte al onterecht sterk, volgens Nijboer, B.M. Taverne: *onbescheiden magistraat*, p. 724-725.

26 Inleiding 1942, p. 148; 1943, p. 136-137.

27 Inleiding 1933, p. 26-27; 1939, p. 30-31; 1942, p. 34-35; 1943, p. 36-37; 1946, p. 32-33; 1948, p. 32-33.

nen worden 'beperkt of zelfs opgeheven, wanneer het belang van de volksgemeenschap dit vordert'. Uit de eerste naoorlogse druk van 1946 blijkt dat Langemeijer geen reden zag om dit stuk te schrappen. In 1948 heeft hij het blijkaar toch dubieus klinkende 'belang van de volksgemeenschap' vervangen door de neutralere uitdrukking 'gerechtigheid'.²⁸

2.3 Recht als plicht

Een nadere juridische uitwerking van het anti-individualisme vindt men in het eigendomsbegrip, een van de 'absolute subjectieve rechten'. Artikel 625 van het toenmalige Burgerlijk Wetboek omschreef eigendom als het recht om van een zaak 'het vrij genot te hebben en daarover op de volstrekteste wijze te beschikken'. Van Apeldoorn noemt dit, in een in 1942 toegevoegde passage, een relict uit een tijd van 'extreem individualisme', dat niet meer beantwoordt aan de 'thans heersende rechtsbeschouwing, zoals die zowel in de juridische literatuur, als – ten dele althans – ook in de Nederlandse wetgeving tot uitdrukking komt'. De beschikkingsbevoegdheid wordt 'gebonden [...] door het gemeenschapsbelang'. In de bewerking van Langemeijer is dit stuk ongewijzigd blijven staan.²⁹ In de edities van 1942 en 1943 wordt daarbij nog vermeld dat die oude opvatting beperkt wordt door de ongeschreven plicht van de eigenaar zijn eigendom te gebruiken 'overeenkomstig de bestemming ervan, ten bate van de gemeenschap'.³⁰ Langemeijer nam dit hier niet over, maar liet elders exact dezelfde formulering staan, in een voorbeeld in het eerdere hoofdstuk 'Objectief en subjectief recht', dat daar eveneens in 1942 was ingevoegd.³¹ In diezelfde paragraaf komt ditzelfde voorbeeld *nogmaals* voor, al sinds 1933, maar met de vermelding dat die leer – hier ontleend aan de Franse jurist Duguit – niet kan worden aanvaard. In 1942 werd deze verwerping afgezwakt en uitgebreid op de 'juiste kern' van die leer ingegaan. Dit laatste neemt Langemeijer ook over.³² Het lijkt dus zo te zijn dat Van Apeldoorn de plicht tot sociaal gebruik van het eigendom in 1942 in twee hoofdstukken wilde benadrukken, maar daarvoor tweemaal dezelfde formulering gebruikte, die hij bovendien al eerder

28 Inleiding 1946, p. 124-125; 1948, p. 124-125.

29 Inleiding 1942, p. 152-153; 1943, p. 140-141; 1946, p. 128; 1948, p. 128.

30 In een rede voor de Nederlandsch Nationaal-Socialistische Juridische Studiekering (N.N.S.J.S.) verwoordde Van Apeldoorn het nog stelligere: 'eigendom is een sociale functie, geen subjectief recht', zie het anonieme verslag van deze bijeenkomst in *Het rechtsfront* (2) 1942-36, p. 147. Zie voor een uitgebreide geschiedenis van dit oorspronkelijk Germaanse eigendomsbegrip zijn artikel *De wedergeboorte van het volksrecht*, *Nieuw Nederland* (7) 1940-3, p. 161-187, met name p. 169-172.

31 Inleiding 1942, p. 39-40; 1943, p. 37; 1946, p. 35; 1948, p. 35.

32 Inleiding 1933, p. 27; 1939, p. 31; 1942, p. 37-39; 1943, p. 35-37; 1946, p. 33-34; 1948, p. 33-34.

had opgenomen. Langemeijer bemerkte hier de doublure noch haar mogelijk nazistische motivatie, maar schrapte de passage wel in het latere hoofdstuk.

Wat bij het eigendomsbegrip naar voren komt, geldt voor rechten in het algemeen: in het Nederlandse nationaal-socialisme wordt niet zozeer gedacht in termen van rechten voor individuen ten opzichte van de overheid en andere burgers, maar meer in termen van plichten van volksgenoten tegenover de volksgemeenschap. Brouwers stelt in *Het rechtsfront*: 'Zeker is het strafbare feit steeds de schending van een plicht tegenover de gemeenschap en haar leden.'³³ Schrieke haalt met instemming Van Apeldoorns artikel 'De wedergeboorte van het volksrecht'³⁴ aan, waarin het ten voorbeeld gestelde Germaanse volksrecht tegen het 'individualistische' Romeinse recht wordt afgezet: '[De] Germaansche eigendom [was] niet een in beginsel onbeperkte individuele beschikkingsmacht, die door de rechten van anderen [...] kon worden beperkt, doch *in beginsel* een door gemeenschapsbelangen beperkte en plichten jegens de gemeenschap in zich sluitende beschikkingsmacht.'³⁵ In 1942 luidde een nieuwe passage in de *Inleiding* over rechtsbetrekkingen: 'De bevoegdheid, welke het subjectieve recht verleent, kan voor de bevoegde tevens verplichting zijn of verplichtingen medebrengen.' Sterker nog: het individu heeft rechten, opdat hij, 'als lid van de gemeenschap [...] zijn persoonlijkheid te haren behoefte [kan] ontplooiën'. Dit idee, dat aan een subjectief recht *als zodanig* de gedachte van plicht inherent is, neemt Langemeijer letterlijk over.³⁶

Vóór de oorlog beschrijft Van Apeldoorn deze opvatting al in de *Inleiding* en bekritiseert hij haar, maar in 1942 schrijft hij dat ze 'in de wetgeving van ons land meer en meer tot uitdrukking komt' als 'de heersende rechtsbeschouwing'. Het is aannemelijk dat hij hiermee, tenminste mede, de verordeningen en de opvattingen van de bezetter bedoelt. Langemeijer liet de zinsnede ongemoeid.³⁷ Aangezien *hij* daarmee echter niet (mede) het bezettersrecht op het oog kan hebben gehad, zag hij blijkbaar een dergelijke ontwikkeling in het recht van vóór, en eventueel vlak na, de bezetting. Daarnaast zou dit betekenen dat de 'heersende rechtsbeschouwing' tijdens en na de oorlog, tenminste op dit punt, dezelfde was. Dit zou verklaard kunnen worden door de retorische gewoonte de eigen opvatting als de meest gangbare aan te prijzen: waarschijnlijk vatte Langemeijer bij het bewerken van Van Apel-

33 Brouwers, *Gedachten over het strafrecht* (I)-(IV), p. 137, zie ook p. 153.

34 *Nieuw Nederland* (7) 1940-3, p. 161-187.

35 J.J. Schrieke, *Adatrecht tegenover juristenrecht. Een oude tegenstelling in nieuw licht, Bijdragen tot de taal-, land- en volkenkunde van Nederlands-Indië, 1941-100*, p. 429-430.

36 *Inleiding* 1942, p. 36, 39; 1943, p. 33, 37; 1946, p. 31, 34-35; 1948, p. 31, 34-35.

37 *Inleiding* 1933, p. 25-28; 1939, p. 30-32; 1942, p. 39; 1943, p. 37; 1946, p. 34; 1948, p. 34.

doorns tekst 'heersend' niet op als 'van de heersers', maar als 'van de meerderheid der juristen'.

Langemeijer heeft na de bevrijding een oorlogseditie van het boek van Van Apeldoorn bewerkt. In het voorbericht van 1946 zegt hij dat hij de *Inleiding* heeft gezuiverd van de 'politieke propaganda' van de 'latere drukken', in de volgende druk verduidelijkt tot 'beschouwingen van nationaal-socialistische strekking'.³⁸ Hoogstwaarschijnlijk heeft hij niet, ter controle, een uitgave van vóór de bezetting gebruikt. Dat blijkt, behalve uit bovenvermelde instandhoudingen van bezettingstoevoegingen, ook uit kleinere wijzigingen uit de oorlog, die behouden bleven: in een voorbeeld van internationaal privaatrecht werden een Engelsman en een Amerikaan vervangen door een Italiaan en een Zwitser,³⁹ en 'gemeenschap van ras' werd toegevoegd als een van de redenen voor vorming van een statenbond.⁴⁰ Blijkbaar vielen Langemeijer niet alleen deze, maar ook de hierboven behandelde en niet geschrapte wijzigingen van 1942, *niet* op als nationaal-socialistisch geïnspireerd.

3 Compatibiliteit, relativiteit of een koekje van eigen deeg?

Hoe is het nu mogelijk dat Langemeijer enkele van de in 1942 toegevoegde gedeelten kon laten staan die tevens nazistisch-juridische stokpaardjes waren? Op de een of andere manier zouden die ideeën ook in een liberale democratische rechtstheorie moeten passen, om van Langemeijer geen crypto-nazist te hoeven maken. Ik zal hieronder nagaan hoe dit mogelijk was, en vervolgens of de multi-inzetbaarheid van de betreffende opvattingen een probleem zou kunnen opleveren voor liberaal-democratisch rechtsdenken.

Er is op zijn minst sprake van *compatibiliteit*: een overlap van de set van nazistische met de set van liberale democratische rechtsopvattingen. De verklaring van het feit dat de bewuste passages probleemloos overgenomen konden worden, is echter niet een *toevallige* overlap: ze behandelen namelijk methoden, en hun theoretische rechtvaardigingen, om willekeurig welk politiek systeem optimaal te helpen realiseren. Ondanks de nazistische connotatie van formuleringen als de 'voorrang van de volksgemeenschap boven het individu', en de negatieve beoordeling van het verlichtingsdenken als 'hyperindividualistisch', zijn de methoden en opvattingen die Langemeijer liet staan niet *inherent* democratisch of nazistisch, maar is

38 Inleiding 1946, p. v; 1948, p. v.

39 Inleiding 1939, p. 167; 1942, p. 210; 1943, p. 196; 1946, p. 180; 1948, p. 181.

40 Inleiding 1942, p. 279; 1943, p. 261; 1946, p. 239; 1948, p. 241.

hun politiek gehalte *relatief* aan de politiek van het regime waardoor ze worden gebruikt. Analoge wetstoepassing maakt bijvoorbeeld van de rechtspraak een zeer flexibel instrument voor het sanctioneren van gedrag volgens een politieke opvatting die niet of niet geheel overeenkomt met de visie van waaruit de geldende wetten zijn opgesteld, maar ook voor het juist ruimhartiger toepassen van de 'bedoeling' van de wetgever, zoals die uit een wetsbepaling zou blijken.⁴¹ De 'grondgedachte' van een wettelijke bepaling waarbij een feit naar analogie kan worden ondergebracht, wordt dan natuurlijk niet rechts- of wetshistorisch vastgesteld, maar naar de actuele opvatting van de machthebbers (met een al of niet terecht beroep op de 'volkswil'), voorzover de rechters daarin meegaan.⁴² De uitkomst van het toepassen van methoden als extensieve interpretatie en analogie, en van richtlijnen als het maatschappelijk gebruik van eigendommen en het maatschappelijke plichtkarakter van subjectieve rechten, hangt immers telkens af van de opvatting van de rechter omtrent wat volgens hem in dat geval het beste, wat volgens zijn visie opportuun is. Daarbij speelt tevens de aard van het politieke regime een rol: in een nazi-staat kan een jurist iets anders als bevorderlijk voor de gemeenschap aanmerken dan in een sociaal-democratische staat.

Ook de waardering door juristen van de besproken normen en methoden zelf lijkt sterk afhankelijk te zijn van hun waardering van de politieke machtssituatie. Ik geef hiervan twee voorbeelden. In maart 1941 uitte Langemeijer nog scherpe kritiek op het juridische gebruik van de gemeenschapsgedachte en op analoge wetstoepassing. 'Het argumenteren met de gemeenschapsgedachte' zou niet meer zijn dan 'een gebruiken van beelden, die op een gegeven ogenblik aan ieder vertrouwd zijn en waarin men daarom onwillekeurig zoveel mogelijk zijn gedachten omzet'. Een beroep op 'gemeenschapszin' of 'nationaal belang' zou kunnen dienen als verhulling van uitingen van individualisme. Langemeijer wijst ook op 'het gevaar de gemeenschapsgedachte te gebruiken als een sleutel die op alle problemen past'. Bovendien betoogt hij dat er zelfs geen eenduidig onderscheid te maken valt tussen gemeenschaps- en individuele belangen.⁴³ Na de bevrijding schermt hij echter zelf met de gemeenschapsgedachte in zijn bewerking van Van Apeldoorns *Inleiding*. Dit kan betekenen dat hij na de bevrijding meer waarde aan effectieve juridische repesailles hechtte dan aan

41 Een goed voorbeeld van dit laatste is Hof Amsterdam 24 november 1988, NJ 1989, 369, waarin een man die zijn vrouw vermoord had niet alleen haar erfenis ontzegd werd, maar ook zijn deel van de vermogensgemeenschap moest afstaan aan haar kinderen uit een eerder huwelijk, en wel op grond van rechtsbeginselen die werden afgeleid uit artikelen die niet op dit geval van toepassing waren (r.o. 5.14, 5.16, 5.17).

42 Zie Brouwers, Het gezonde rechtsgevoel van het volk als bron van strafrecht, p. 928.

43 Langemeijer, Gemeenschapsgedachte en recht II, p. 206, 207, 210.

rechtszekerheid, terwijl met de nazi's aan de macht rechtszekerheid zwaarder woog: na de bevrijding raakte de rechtsonzekerheid immers slechts degenen die waarschijnlijk 'fout' waren geweest.⁴⁴ Het eerder aangehaalde artikel van Milders, waarin hij zich in 1943 positief uitliet over de invoering van analogie in ons strafrecht, was aanleiding voor Van Oven, Langemeijer en Van Bemmelen om hem na de bevrijding uit de redactie van het *NJB* te verwijderen. Milders' verweer hield in dat hij in analogie 'een waardevol hulpmiddel' zag 'om na de oorlog tot de berechting van landverraders over te gaan'. Of dit oprecht was of niet, de bezetting was niet de tijd om analogie te bejubelen. Dat blijkt uit de brief van de overige redactieleden, die zich geen enkele smet op het blazen van het *NJB* konden permitteren.⁴⁵ Deze voorbeelden geven aan dat juristen zelf duidelijk inzagen dat bepaalde juridische leerstukken door verschillende, elkaar vijandige politieke regimes met succes konden worden benut.

Het complement van het effectueren van de ene politieke opvatting is het verdringen of elimineren van andere opvattingen. Ook hiervan is de bestraffing naar analogie een goed voorbeeld. Tijdens de bezetting zag de bezetter onder andere het nut ervan voor de bestrijding van het verzet en voor de vervolging van joden. Na de bevrijding maakte het overnemen van de analogie, een uitwerking van de volksbelanggedachte, een effectieve bestrijding van (ex-)nazi's en hun ideeën mogelijk: met een andere benaming ('gerechtigheid' in plaats van 'gezond rechtsgevoel')⁴⁶ en een andere invulling ('NSBers zijn schadelijk' in plaats van 'joden zijn schadelijk') kan de open norm 'volks- of algemeen belang' via analoge wetstoepassing tegen de 'landverraders' worden ingezet. De codificatie van de analogie heeft overigens volgens de toenmalige vice-president van de Hoge Raad Van den Dries tijdens de bezetting geen kwaad gedaan. Hij zag, volgens zijn naoorlogse brochure, bij de invoering van deze wetswijziging evenals Milders juist het nut ervan 'voor de berechting na de oorlog'.⁴⁷ Het is mogelijk dat Langemeijer net zo dacht over deze en andere uitwerkingen van de voorrang van het gemeenschapsbelang, namelijk de relativering van absolute rechten en recht als plicht, die dankzij hun abstractheid eveneens in verschillende richtingen uitgelegd konden worden. Dit wordt nog waarschijnlijker wanneer de reacties na de bevrijding op het beleid van de Hoge Raad tijdens de bezetting in ogenschouw genomen worden.

44 Langemeijer, *Gemeenschapsgedachte en recht II*, p. 209; Inleiding 1946, p. 223; 1948, p. 225.

45 Zie C.J.H. Jansen, *Nederlands(ch) Juristenblad en Nederlands(ch)e Jurisprudentie in de Tweede Wereldoorlog*, *NJB* (69) 1994-20, p. 676-677. Ook de brief van de redactie aan Milders is hierin afgedrukt.

46 Inleiding 1946, p. 128; 1948, p. 128.

47 N.C.M.A. van den Dries, *De Hooge Raad der Nederlanden tijdens de bezetting*, Leiden 1945, p. 55-56.

Met betrekking tot de bezettingsperiode werd er namelijk niet alleen van de kant van de bezetter en de NSB gepleit voor vrijere interpretatie van wetsbepalingen, ook de tegenstanders van het bezettingsregime laakten namelijk de formalistische toepassing van de nog geldende 'oude' wetten door de Nederlandse rechters. Dit kwam onder andere tot uitdrukking in hun kritiek op de Hoge Raad: Kollewijn stipuleert na de bevrijding, in reactie op Van den Dries' verdediging van de formele houding van de Hoge Raad, een 'buitenwettelijke verantwoordelijkheid', die de Raad had moeten nemen ten opzichte van schendingen van de mensenrechten.⁴⁸ 'De Hoge Raad heeft de bezetting verwerkt als een administratief lichaam', werd in de Tweede Kamer in negatieve zin opgemerkt.⁴⁹ Van de Wiel concludeert in 1983 dat de Hoge Raad tijdens de bezetting 'behoudens enkele gunstige uitzonderingen, zich op een formeel-juridisch standpunt stelde', en dat de Raad faalde 'niet als toepasser van het recht, doch als richtinggever van het Recht' en 'consequent in [die] boosheid' bleef.⁵⁰ Gezien de diepe overtuiging van de eigen morele superioriteit is het niet verbazingwekkend dat de terughoudendheid van de rechter de wetten wat vrijer in het voordeel van het Nederlandse verzet te interpreteren, fel werd bekritiseerd. Het Hof Leeuwarden werd daarentegen juist geprezen om zijn eigenzinnige straftoemeting, in afwijking van het beleid, waarmee een veroordeelde een verblijf in het beruchte strafkamp in Ommen bespaard bleef.⁵¹ Pompe (in zijn

48 R.D. Kollewijn, *De Hooge Raad*, in: *De Hooge Raad. Antwoord aan N.C.M.A. van den Dries*, Amsterdam 1945, p. 26-35, zie p. 26-27. In dezelfde trant: C.M.O. van Nispen tot Sevenaer, *Waarom de Hooge Raad faalde. Een beschouwing naar aanleiding van Mr. van den Dries' pleidooi voor 'de Hooge Raad tijdens de bezetting'*, Zutphen 1945.

49 *Handelingen II 1946/47*, p. 331. C.W.D. Vrijland is het hiermee eens in zijn stuk *Naar de nieuwe tijd*, in: *De Hoge Raad der Nederlanden, 1838-1988. Een portret*, Zwolle 1988, p. 68.

50 A.M. van de Wiel, *Rechtspleging onder bijzondere omstandigheden. De Hoge Raad en de Duitse bezetting*, *Recht en Kritiek* 1983-9, p. 450 en 456.

51 Hof Leeuwarden 25 februari 1943, NJ 1951, 643, m.nt. Pompe. De straf werd 'om des gewetens wille' verkort tot de duur van de voorlopige hechtenis, omdat in kamp Erica te Ommen beroerde omstandigheden en wrede bewakers heersten. Twee rechters werden om dit arrest door de bezetter ontslagen. Waarschijnlijk was het vooral de motivering die kwaad bloed zette: het werd namelijk als gewetenloos aangemerkt een veroordeelde naar een door de bezetter gerund strafkamp te sturen. Zie verder over dit strafkamp bijvoorbeeld L. de Jong, *Het Koninkrijk der Nederlanden in de Tweede Wereldoorlog*, deel 6, Juli '42-mei '43: tweede helft, Den Haag 1975, p. 678-698.

annotatie), Van de Wiel en anderen die dit arrest behandelen, noemen het een moedig opkomen voor het 'Recht',^{52, 53}

Het voordeel van vage normen voor uiteenlopende staatsvormen is dus niet slechts theoretisch. Dat het enthousiasme over de bruikbaarheid van extensieve en analoge toepassing van wet en recht bij critici na de bevrijding daadwerkelijk groot was, versterkt het vermoeden dat bij Langemeijer dezelfde houding ten grondslag heeft gelegen aan de beslissing de besproken passages niet te schrappen.

4 Vage normen als risicofactor?

Het gebruik van dezelfde strategie door een democraat en door een nazist hoeft niet verwonderlijk te zijn, en maakt die strategie zelf niet noodzakelijkerwijs verwerpelijk. Een voorbeeld is het gebruik van wetgeving ter verwerking van hun idealen. De vraag is nu echter of ook in een democratie het hanteren van zeer open normen met betrekking tot zulke rechtsgebieden als het strafrecht, het eigendomsrecht, en de beperking van grondrechten geen gevaar oplevert voor de duurzaamheid van die (destijds net herstelde) democratie. Het betreft hier immers regelingen die direct relevant zijn voor burgers, en in hun levens kunnen ingrijpen. Elke bestuurder zal uiteraard zeggen het belang van de gemeenschap voorop te stellen. En wie zal tegen een juridische beoordeling op grond van een gezond rechtvaardigheidsgevoel zijn? Wat dit voor concrete bestuurlijke of rechterlijke beslissingen inhoudt, hangt natuurlijk af van wat de beslisser gezond of belangrijk vindt. Zo kunnen ook binnen een democratie onder dezelfde leus zeer uiteenlopende maatschappijvisies schuilgaan.

De verklaring voor de instandhouding van de suspecte passages is dus tegelijk het potentiële gevaar voor de democratie: de flexibiliteit van open normen. Dat gevaar zit niet zozeer in betreffende open normen zelf, maar in de mogelijk minder algemeen geaccepteerde motieven van degene die ze toepast. Voor bestuurders of rechters met een afwijkende politiek zal het moge-

52 Van de Wiel, *Rechtspleging onder bijzondere omstandigheden*, p. 457-458. Zie verder bijvoorbeeld: P.E. Mazel, *In naam van het recht... De Hoge Raad en de Tweede Wereldoorlog*, Arnhem 1984, p. 112; L. Mok, *Collaboratie: personen en patronen. De bezetting als overgangstijd*, Muiderberg 1990, p. 38; E.J.H. Schrage, *In naam van het recht. Over de rechtspraak in en rond de Tweede Wereldoorlog*, in: M. Berman & J.C.H. Blom (red.), *Het belang van de Tweede Wereldoorlog. De bijdragen voor het symposium op 22 september 1997 ter gelegenheid van de opening van de nieuwe behuizing van het Rijksinstituut voor Oorlogsdocumentatie*, Den Haag 1997, p. 45.

53 Dit gebruik van het woord 'Recht' met hoofdletter komt ook voor in artikelen van NSBers en in de Verordening van de Rijkscommissaris 3/1940, 29 mei 1940: §6 bepaalt dat rechterlijke uitspraken, in plaats van in naam der Koningin, 'in den naam van het Recht' worden gedaan.

lijk makkelijker zijn die te effectueren via een ruime discretie ten opzichte van (vage) normen, dan in een stelsel van strikt formalistische binding aan (nauw omschreven) regels.⁵⁴ Niet regels, maar mensen vormen hier de risicofactor. Dat is voor sommigen een reden om zich uit te spreken voor het legistisch alternatief dat veiliger zou zijn voor het democratisch gehalte van een politiek systeem.⁵⁵ Dat systeem zou daarvoor evenwel de voordelen van het rechtspreken en besturen met open normen en van bestuurlijke en rechterlijke extensieve interpretatie van regels moeten inleveren. Het is uit het voorgaande gebleken dat hiertoe, in uiteenlopende politieke systemen, geen grote bereidheid te verwachten valt, welke waarschijnlijk des te kleiner zal zijn naarmate een te bestrijden vijand duidelijker zichtbaar of sterker vermoed wordt.

Summary

In the wartime reprints of his *Introduction to the study of Dutch law* (1942 and 1943), L.J. van Apeldoorn added numerous remarks that were inspired by national-socialist theories of law. After the liberation in 1945 the celebrated (and of course non-nazi) jurist G.E. Langemeijer edited the book in 1946 and 1948. He announced in his foreword that he had rid the *Introduction* of all nazi propaganda. However, some references to national-socialist theories of law were left untouched. This article argues that this was possible because of the general and abstract nature of these theories, such as the primacy of the people (volk or volksgemeenschap) over the individual and the analogous and retrospective application of statutes for the sake of general well being or in accordance with 'the' feeling of justice.

54 Zie voor een hedendaags voorbeeld van de rechtsonzekerheid en -verscheidenheid bij de toepassing van vage normen, namelijk 'wezenlijk Nederlands belang' in het vreemdelingenrecht, en de belangen die daarbij een rol spelen: E.R. Koopman, *Wezenlijk Nederlands belang en economische migratie. Nationaal toelatingsbeleid ten aanzien van buitenlandse werknemers en zelfstandigen* (diss. Amsterdam UvA), z.p. 2001 (vnl. p. 103-122).

55 Zie bijvoorbeeld het overtuigende artikel van I. Maus, *Die Trennung von Recht und Moral als Begrenzung des rechts*, *Rechtstheorie* (20) 1989, p. 191-210. Zij laat zien dat de onbepaaldheid van morele criteria als rechtvaardiging van (grond)rechteninperkend handelen door de staat het bereik van het recht als instrument en fundament van overheidsingrijpen onbegrensd uitbreidt. Hetzelfde geldt mijns inziens voor open normen, die geen sterke morele connotatie hebben.