

mogen worden aan de Hoge Raad. Daarbij werd het evenwel van Duitse zijde onaanvaardbaar genoemd dat de Hoge Raad bepaalde verordeningen *na* hun afkondiging onverbindend zou verklaren, 'want', zo werd, aldus Hooykaas, gezegd, 'dan denkt de bevolking dat wij geen goede juristen hebben' (Rabl zag zichzelf als een uitnemend jurist), 'wij stellen u dus het volgende voor: de Hoge Raad toetst vóór afkondiging en verbindt zich, de toetsing niet te laten bemerken.'¹

Verheugd dat hij dit althans bereikt had, legde Hooykaas het Duitse denkbeeld aan de Hoge Raad voor.

Het college weigerde. Zijn motivering werd door Hooykaas in '52 aldus weergegeven: 'De Hoge Raad spreekt nooit recht over algemene verordeningen, doch alleen in concrete gevallen.'²

Wat zich bij die gelegenheid binnen de Hoge Raad afgespeeld heeft, weten wij niet. Ons vermoeden is dat het de meer 'passieve' meerderheid van de Hoge Raad geweest is die op het door Hooykaas overgebrachte aanbod niet wilde ingaan. Louter op de weergegeven formele grond? Dat lijkt ons onwaarschijnlijk. De 'passieve' meerderheid moet wel beseft hebben dat uit de voorgestelde uitoefening van het toetsingsrecht grote moeilijkheden, wellicht acute conflicten zouden voortvloeien – juist die moeilijkheden en conflicten wilde zij, aldus ons vermoeden, uit de weg gaan.

In november '40 verdween Visser, in de zomer van '41 verdwenen Donner en Kusters. Van Loon trad op, spoedig gevolgd door enkele min of meer 'foute' raadsheren.

Enkele maanden later, in november '41, publiceerde prof. mr. V. H. Rutgers in het *Nederlands Juristenblad* een artikel: 'Toetsingsrecht?' dat in kringen van de rechterlijke macht en van advocaten sterk de aandacht trok. 'Grondslag van de gezagsuitoefening van de bezetter', zo betoogde de hoogleraar van de Vrije Universiteit, 'is zijn macht; dus een feit, en niet anders dan een feit.' Hij verwees naar *Romeinen* 13 : 1: 'De machten die er zijn, die zijn van God geordineerd' – ja, maar dat Bijbelvers bedoelde niet 'het wettig gezag der overheid op één lijn te stellen met de macht van een overweldiger of van een rover' ('van het Derde Rijk', dacht de lezer erbij). Immers, 'het doel van de machtsuitoefening van de wettige overheid (is) de *salus publica*, het heil des volks; het doel der bezettende macht is primair de oorlog te winnen . . . Wel is natuurlijk ook in het feit der bezetting Gods leiding te erkennen, maar dit is niet de bijzondere leiding waardoor de overheid overheid wordt' ('overheid' in die zin was slechts de regering te Londen – elkeen begreep

¹ Getuige J. P. Hooykaas, *Enq.*, dl. VII c, p. 599. ² A. v.