

precies wat Rutgers wilde zeggen). ‘De bevoegdheid van de bezetter, als men van bevoegdheid spreken wil’, zo ging de schrijver verder,

‘steunt niet op het Landoorlogreglement, maar op het naakte feit van de bezetting. Dat betekent niet dat hij alles *mag* doen, maar dat hij alles *kan* doen. Hij kan de wet stellen aan het bezette gebied. Hij behoort daarbij de regelen van het oorlogsrecht in acht te nemen. Maar ook wanneer hij die perken te buiten gaat, blijft hij de macht bezitten, zijn wil door te zetten. Wanneer men dit in het oog houdt, is er voor rechterlijke toetsing geen plaats. Zodanige toetsing is met de aard van het bezettingsregime in strijd.’¹

Haalde Rutgers in dit ‘gedurfd artikel’² niet toch twee dingen door elkaar: ‘feitelijke macht en rechtsbevoegdheid’? Inderdaad, het was, aldus kort na de bevrijding jhr. mr. C. M. O. van Nispen tot Sevenaer,

‘niet wel denkbaar dat de rechter, bij voortduring tenminste, zou uitspreken dat de bezettende macht de haar door het internationale recht getrokken grenzen is te buiten gegaan en dat mitsdien haar verordeningen rechtsgeldigheid derven . . . doch het is heel iets anders, de praktische onbestaanbaarheid van een onbeperkt uitgeoefend toetsingsrecht aan te nemen dan op grond daarvan te besluiten tot het ontbreken van toetsingsbevoegdheid. Verliest wie de *kracht* tot zelfverdediging mist, daarmee het *recht* tot zelfverdediging?’³

Daargelaten of Rutgers’ betoog juist of onjuist was, zijn eigen slotconclusie was met dat betoog in strijd, want daarin ruimde hij impliciet voor de rechterlijke toetsing, waarvoor ‘geen plaats’ zou zijn, juist weer wèl plaats in. ‘De rechter’, schreef hij namelijk, ‘is niet een willoos werktuig geworden. Wanneer het ondenkbare geval zich zou voordoen’ (in feite tekende het zich af, maar dat kon Rutgers moeilijk schrijven)

‘dat een bezetter zich gedraagt alsof er niet bezetting doch annexatie had plaats gehad, dan komt het ogenblik dat de nationale rechter niet meer in het kader van de bezetting recht spreken kan. Hij kan dan de bezetter herinneren aan zijn verplichtingen . . . (en komen) tot ontzegging van gelding aan een verordening van de bezetter. Over de praktische gevolgen daarvan kan men zich natuurlijk geen illusies maken; de bezettende macht zal zich bij zulk een gang van zaken niet neerleggen.’⁴

¹ V. H. Rutgers: ‘Toetsingsrecht?’, *Nederlands Juristenblad*, XVI (1941), p. 749–57.

² C. M. O. van Nispen tot Sevenaer: *Waarom de Hoge Raad faalde* (1945), p. 14.

³ A.v., p. 14–15. ⁴ V. H. Rutgers: ‘Toetsingsrecht?’, *Ned. Juristenblad*, XVI, p. 758–59.