

Over recht, revolutie en kritische juristen (tevens een licht eerherstel van Aernout Eijssell en een klein eerbetoon aan Maup Mendels)

221

CORJO JANSEN

Het gereedschap van een kritische jurist

Gerrit van Maanen schreef bijna dertig jaar geleden een boeiend stuk in een bundel artikelen over kritische rechtstheorie en rechtspolitiek. Het droeg de titel: hoe burgerlijk is ons burgerlijk recht en zijn beoefenaar? Hij lijkt daarin te worstelen met het karakter van het burgerlijke recht. Enerzijds is het burgerlijke recht als burgerlijke moraal de uitdrukking van de normen en waarden van de heersende klasse. Het bevestigt en 'reproduceert' daardoor de bestaande sociale ongelijkheden tussen de klassen. Anderzijds is het burgerlijke recht in heel veel onderdelen politiek neutraal. Maakt dit een 'kritisch' jurist op het terrein van het burgerlijk recht brodeloos? Nee, aldus Van Maanen, het klassekarakter van het burgerlijke recht is immers onontkoombaar aanwezig. Het ligt daarom op de weg van de kritische jurist het bestaande juridische bestel te ontdoen van zijn kapitalistische aard. Gerrit schrijft dan niet geheel onverwacht voor de lezer: 'Men vergeve mij dat ik er hierbij van uitga dat ik zelf inderdaad val onder de noemer van 'kritische' jurist.' Welk gereedschap heeft de 'kritische' jurist volgens hem om dit doel te bereiken? Onder meer een ideologisch-kritische opstelling en het situeren van abstracte juridische problemen in een maatschappelijke context.¹ Dit gereedschap heeft Gerrit van Maanen gebruikt in zijn

¹ Zie Gerrit van Maanen, 'Hoe burgerlijk is ons burgerlijk recht en zijn beoefenaar?', in: *De dubbelzinnigheid van het recht: kritische rechtstheorie en rechtspolitiek in de jaren tachtig*, *Recht en kritiek* 1985, p. 41 e.v. (citaat op p. 44).

analyse van de ontwikkeling van het onrechtmatigheidsbegrip in zijn proefschrift en in een daarop gebaseerde monografie.² In deze bijdrage behandel ik de opvatting van twee kritische juristen uit de eerste helft van de 20^e eeuw. Zij zijn duidelijk politiek (ideologisch) gekleurd en zij houden rekening met de maatschappelijke context van het recht. Hun opvattingen geef ik weer in het licht van de sociale en politieke ontwikkelingen van die tijd. Ik begin met de visie van A.P.Th. Eijssell (1837-1921), van wie ook Gerrit het nodige heeft gelezen. Anders dan hij beschouw ik Eijssell eveneens als een kritisch jurist.

Eijssell

In de laatste decennia van de 19^e eeuw en de beginjaren van de 20^e eeuw heeft een strijd gewoed over de reikwijdte van het begrip onrechtmatig in het toenmalige art. 1401 BW 1838. De twee grootste kemphanen waren volgens Van Maanen de Utrechtse hoogleraar in het handelsrecht, W.L.P.A. Molengraaff (1858-1931)³ en de president van de Hoge Raad, de al genoemde Eijssell (ook geschreven als Eyssell).⁴ Molengraaff schreef in het *Rechtsgeleerd Magazijn* van 1887 een artikel met als titel “de ‘oneerlijke concurrentie’ voor het Forum van den Nederlandschen Rechter” (p. 373-435). Hij hield daarin een pleidooi voor een ruime uitleg van het begrip onrechtmatig. Met deze invulling was het mogelijk een van de ergste uitwassen van zijn tijd, de oneerlijke mededinging, aan te pakken. Hij suggereerde het later befaamd geworden, door de Hoge Raad in 1919 in het arrest Lindenbaum/Cohen, overgenomen criterium:

² G.E. van Maanen, *Onrechtmatige daad. Aspecten van de ontwikkeling en structuur van omstreden leerstuk*, Deventer: Kluwer, 1986; G.E. van Maanen, *De Zutphense juffrouw en de ontrouwe bediende van Lindenbaum*, Nijmegen: Ars Aequi, 1995.

³ Over Molengraaff: C.J.H. Jansen, ‘W.L.P.A. Molengraaff (1858-1931), leven en werk’, in: M.C. Bijl e.a. (red.), *Molengraaff 150 jaar: terugkijken en vooruitzien. Een verzameling opstellen ter ere van de 150^{ste} geboortedag van W.L.P.A. Molengraaff*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2008, p. 9 e.v.

⁴ Van Maanen, *Onrechtmatige daad*, p. 141 e.v.; Van Maanen, *De Zutphense juffrouw*, p. 36 e.v.

*'Hij die anders handelt dan in het maatschappelijk verkeer den eenen mensch tegenover den ander betaamt, anders dan men met het oog op zijn medeburgers behoort te handelen, is verplicht de schade te vergoeden, die derden daardoor lijden.'*⁵

Volgens Molengraaff voldeed dit criterium aan de onafwijsbare eisen van een gezond rechtsleven in een goed geordende rechtsstaat. De gelijkstelling van onrechtmatig met onwettmatig leidde slechts tot onhoudbare, het rechtsgevoel kwetsende, demoraliserende resultaten.⁶ De gelijkstelling van onrechtmatig en onwettmatig was precies hetgeen Eijssell, in 1886 benoemd tot raadsheer in de Hoge Raad en in 1908 opgeklommen tot president van dit college, voor ogen stond. Hij bleef zijn hele werkzame leven de opvattingen van de held uit zijn Utrechtse studententijd, de hoogleraar in de wijsbegeerte, C.W. Opzoomer (1821-1892), naast jurist vooral filosoof en theoloog, trouw. Eijssell heeft Opzoomers klassiek liberale uitgangspunten over de wet als de rechtsbron bij uitstek en de wetgever als enige rechtsvormer binnen het Nederlandse staatsbestel tot de zijne gemaakt. J.A.A. Bosch (1855-1937), collega-raadsheer in de Hoge Raad, verwoordde de visie van Eijssell in zijn levensbericht voor de Maatschappij der Nederlandse Letterkunde treffend: 'Op het gebied van het recht bracht dit voor hem [Eijssell] mede een streng doorgevoerd individualisme; een grooten afkeer van staatsinmenging, en handhaving eener welhaast absolute contractsvrijheid. Daarbij zag hij sterk de voordeelen van rechtszekerheid, die naar zijne opvattingen gewaarborgd moest worden door rechtsregelen in

223

5 W.L.P.A. Molengraaff, 'De "oneerlijke concurrentie" voor het Forum van den Nederlandschen Rechter (...)', *Rechtsgeleerd Magazijn* 1887, p. 386. Hij grondde zijn uitleg van onrechtmatig op R. Jhering, 'Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen', *Jahrbücher für die Dogmatik* 23 (1885), p. 155 e.v.; HR 31 januari 1919, *Weekblad van het Recht* (W.) 10365 (m.nt. Molengraaff), NJ 1919, p. 161 e.v. (Lindenbaum/Cohen). Zie uitvoerig: C.J.H. Jansen, 'De bestrijding van de oneerlijke mededinging in de eerste decennia van de 20^e eeuw: het Duitse recht als voorbeeld voor de Nederlandse rechtsbeoefening', *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* 1997, p. 8 e.v.

6 Molengraaff, 'De "oneerlijke concurrentie"', p. 392.

codificatie, die zoo min mogelijk vrijheid laten aan het subjectieve oordeel van den rechter.⁷

In 1911 keerde Eijssell zich in *Themis* op niet mis te verstane wijze tegen de omschrijving van het begrip onrechtmatige daad ('een door de schuld des daders veroorzaakte handeling of nalatigheid, in strijd met de openbare orde, met de goede zeden of met de zorg van een goed huisvader') in het wetsontwerp van minister E.R.H. Regout (1863-1913). Hij vreesde dat de ruime omschrijving het Nederlandse volk zou overleveren aan rechtsonzekerheid. Hij verzuchtte: 'Regtszekerheid, waarom bedenkt het tegenwoordig geslacht niet beter hoe ONSCHATBAAR haar bezit is?'⁸ Dat liet in Duitsland ook de rechtspraak naar aanleiding van § 826 BGB zien. Dit artikel had de deur wagenwijd opengezet voor subjectieve opvattingen, gevoelsrechtspraak en een stortvloed aan onrechtmatigheidsgedingen. Omschrijvingen als 'de zorg van een goed huisvader' en 'in strijd met de goede zeden' verwezen naar de moraal van de rechter. Maar naar welke moraal eigenlijk? Volgens Eijssell waren de idealisten in de Nederlandse maatschappij veel talrijker geworden dan iedereen dacht. Waarom zouden zij zich niet onder de rechters bevinden? Volgers van de Berg-rede, geheelonthouders, de Christian scientists, de volstreckte vegetariërs, het steeds wassend aantal apostelen van onze opvoeding tot betere burgers door strafwetten, etc. 'Waag dan nog te betwisten dat voorstanders van [de] Bergrede-moraal zoo talrijk zijn, dat op den regterstoel elk oogenblik zulk een idealist kan plaatsnemen, gereed om de wet Regout te hanteeren ten schade onzer maatschappij.'⁹

Het door minister Th. Heemskerk (1852-1932) in 1913 ingediende wetsvoorstel omtrent de onrechtmatige daad stemde Eijssell niet milder. Heemskerk had het namelijk bestaan om aan te sluiten bij

7 A. Bosch, 'Levensbericht van Mr. Aernout Phillipus Theodoor Eyssell', *Handelingen en Mededeelingen van de Maatschappij der Nederlandsche Letterkunde te Leiden* (...), Leiden: E.J. Brill, 1922, p. 77.

8 A.P.Th. Eijssell, 'Het wetsvoorstel omtrent de onrechtmatige daad en de regtszekerheid', *Themis* 1911, p. 610 e.v. (p. 616).

9 Eijssell, 'Het wetsvoorstel omtrent de onrechtmatige daad en de regtszekerheid', p. 595-596. Zie ook Van Maanen, *De Zutphense juffrouw*, p. 36-38.

de omschrijving van Molengraaff, waardoor onrechtmatigheid tevens onzorgvuldigheid omvatte. Eijssell bleef vrezen voor een onbeperkte heerschappij van het rechterlijk subjectivisme, de willekeur en de wetsminachting. ‘Aan den regter carte blanche geven om vast te stellen waar het *onregtmatische* verzuim begint met de sanctie van vergoedingsplicht, is hem maken tot wetgever. Dientengevolge tevens den regter in staat stellen tot sociale tirannie, wijl door *zijn* “sociaal” inzicht bepaald zal worden wat in het onderling verkeer wel betamende zorgvuldigheid zal zijn.’¹⁰ De Hoge Raad stond onder voorzitterschap van Eijssell echter pal tegen de nieuwlichterij. Van Maanen houdt hem terecht verantwoordelijk voor de beperkte uitleg van de onrechtmatige daad in de jurisprudentie van de Hoge Raad in de jaren 1905 en volgende, inclusief het beruchte arrest de Zutphense juffrouw.¹¹ Eijssell huldigde dit standpunt in het licht van zijn visie op de toestand van de Nederlandse economie. De opkomende industrialisatie maakte zijns inziens noodzakelijk dat het Nederlandse ondernemerschap, zeker ten opzichte van buitenlandse concurrenten, meer ruimte behoorde te krijgen dan wellicht fatsoenlijk was. Een verruimd begrip van onrechtmatigheid vormde een te grote belemmering voor de vrije concurrentie die het algemeen belang ten goede kwam.¹²

De kritiek van Eijssell laat zich moeiteloos uitbreiden tot andere gebieden van het burgerlijke recht. De inperking van de contractsvrijheid ten gunste van de sociaaleconomisch zwakke was hem een doorn in het oog. Verbitterd voer hij – als president van de Hoge Raad! – uit tegen juristen, die een andere mening waren toegedaan: ‘Civilisten van welverdienden naam (...) vinden geen sophisme te grof om beginselen, waarmee het gansche burgerlijk verkeersrecht staat of valt, te ondermijnen bij deze of gene toepassing, zoo het belang hunner economisch zwakke clientèle maar met de terzijdestelling gediend schijnt.’¹³

¹⁰ A.P.Th. Eijssell, ‘Sartor Heemskerk Resartus’, *Themis* 1913, p. 486.

¹¹ HR 10 juni 1910, W. 9038.

¹² Van Maanen, *De Zutphense juffrouw*, p. 39-40; G.C.J.J. van den Bergh, *Geleerd recht*, zesde druk, bewerkt door C.J.H. Jansen, Deventer: Kluwer, 2011, p. 140.

¹³ A.P.Th. Eijssell, ‘Tweeërlei Schuldregt?’, *Themis* 1908, p. 62.

Achter Eijssells juridische standpunten ging een onverholen voorkeur voor de liberale rechts- en staatsopvatting schuil. Hij had grote moeite met 'de cirkelgang van de tijd'. 'Zeventig of vijf en zestig jaren geleden gold nog haast overal elke stap naar den vrijhandel als een zegen, elke schrede naar protectie als o zoo verkeerd, en thans?' (...) 'Autonomie voor individuen, gemeenten enz.? Negentiend'eeuwsche opvattingen die in de twintigste haren tijd voor goed hebben gehad (...).' Daarom bracht de suggestie van zijn latere collega-raadsheer J. Kusters (1874-1951) om de volks-overtuiging een plaats onder de rechtsbronnen te geven hem tot een snerende, tegelijk woedende vergelijking met 'kunstwijn uit socialistische kringen, uiterst talentvol vervaardigd en in consumtie gebracht, met de bestemming om, door middel van een flinken knauw aan het vertrouwen des volks op zijne regterlijke magt, onze bourgeoismaatschappij te ontwrachten.'¹⁴ Om die reden moest de wetgever de rechterlijke macht ook belasten met de berechting van rechtsgeschillen die voortvloeiden uit de nieuwe sociale wetgeving. Hij ontnam anders het volk het vertrouwen in de onpartijdigheid van de 'gewone' rechter. Het gevolg was dat 'de weg tot revolutionnaire omkeering onzer instellingen kostelijk [was] gebaand.'¹⁵

Eijssells optreden zou vandaag de dag ondenkbaar zijn, maar hij was in zijn tijd veel minder omstreden dan wij denken. Zoals Van den Bergh opmerkte,¹⁶ voerde Eijssell geen persoonlijke kruis-tocht. Hij handelde zo, omdat hij meende dat dit uit zijn ambt als raadsheer en president van de Hoge Raad voortvloeide, een taakopvatting waarin hij niet alleen stond onder de rechters. De rechterlijke macht zag zich als de hoeder van de rechtsstaat: in tijden van kritiek, terwijl geloof en gezag eroderen, is het de taak van de rechter in het algemeen en de Hoge Raad in het bijzonder,

14 A.P.Th. Eijssell, 'Eene boekbeoordeeling, tevens pleidooi voor regtszekerheid', *Themis* 1914, p. 3, 7-8.

15 'Overpeinzingen van een onbekende', *De Tijdspiegel* 1905-I, p. 361 e.v.

16 In zijn biografie van Eijssell, in: *Biografisch Woordenboek van Nederland* (via internet raadpleegbaar). Over Eijssell: C.J.H. Jansen, 'Aernout Phillipus Theodoor Eijssell (1837-1921)', in: M.W. van Boven en P. Brood (red.), *Twee honderd jaar rechters, Hilversum: Verloren, 2011, p. 109-112.*

om de staat en de burgerlijke maatschappij te verdedigen tegen ondermijnende elementen en activiteiten. Ook meende Eijssell door aan de wet vast te houden het verwijt van klassejustitie te ontlopen. Met zijn onverzettelijkheid was hij eigenlijk de activistische president, die de Hoge Raad in een andere fase van zijn bestaan, de Tweede Wereldoorlog, nodig had gehad. Moderne 'kritische' juristen die pleiten voor een actieve opstelling van de Hoge Raad, zullen ongetwijfeld verbaasd opkijken, als zij te horen krijgen dat het tijdperk onder het presidentschap van de oerconservatief Eijssell een van de meest activistische perioden van Nederlands' hoogste rechtscollege was. Zijn kritiek was echter gericht op handhaving van de bestaande rechtsorde en niet op de introductie van nieuwe ideeën.

Revolutie in de eerste helft van de 20^e eeuw

De vraag rijst hoe reëel de angst van Eijssell voor revolutie was? Dreigde de ontwrichting van het recht, de Nederlandse rechtsstaat en maatschappij onder de mokerslagen van het opkomende socialisme en communisme? De ineenstorting van drie Europese keizerrijken (het Duitse, het Oostenrijks-Habsburgse en het Russische) na de beëindiging van de Eerste Wereldoorlog bracht de revolutie ook in Nederland angstaanjagend dichtbij. Pieter Jelles Troelstra (1860-1930), de sociaaldemocratische voorman, wilde in november 1918 dat de Nederlandse arbeiders met steun van de soldaten de macht in handen namen. Hij was gefrustreerd door de verkiezingsnederlaag die hij in de zomer van 1918 leed, terwijl de Duitse sociaaldemocratie op 8 november van dat jaar juist de touwtjes in handen kreeg. De Sociaal-Democratische Arbeiderspartij (SDAP) moest zich volgens Troelstra aan het hoofd van de Nederlandse revolutie plaatsen. Zijn oproep tot een staatsgreep op 12 november 1918, door hem overigens later weer ontkend, was op 14 november al weer in de kiem gesmoord.¹⁷ Toch moeten deze revolutionaire woelingen voor de Nederlandse burgerij de apotheose zijn geweest van allerlei tegen de burgermaatschappij gerichte ontwikkelingen die in de jaren tachtig van de 19^e eeuw een aanvang namen, het moment dat de industrialisatie, de

¹⁷ Zie uitvoerig bijv. C. Fasseur, *Wilhelmina. De jonge koningin*, Amsterdam: Balans, 1998, p. 537 e.v.

verstedelijking, de mechanisatie als gevolg van de introductie van stroom en de daarmee verbonden sociale problemen (lange werkdagen, slechte arbeidsomstandigheden, woningnood, alcoholisme, etc.) steeds zichtbaarder werden en de maatschappij grondig veranderde. Het moet ook steeds duidelijker zijn geworden dat het (burgerlijke) recht geen antwoord had op deze sociale problemen. De angst was veel burgers om het hart geslagen. Was hun rechtsorde nog steeds ook de rechtsorde van de arbeiders? Dit leek steeds minder het geval. Het volk morde. Al in 1889 overwoog de Nederlandse regering het oproepen tot ongehoorzaamheid aan wetgeving of opruiing tot gewelddadig optreden tegen de openbare orde strafbaar te stellen.¹⁸ Zoals de latere Utrechtse hoogleraar in het strafrecht, D. Simons (1860-1930), schreef: 'De aandrang tot verscherping van art. 131 [Sr; de strafbaarstelling tegen opruiing tot ongehoorzaamheid] heeft zich bij ons doen gelden in den tijd van de Sturm und Drangperiode der opkomende socialistische richting; de revolutionnaire gevaren, waarvoor men toen vreesde, hebben zich niet verwezenlijkt; (...).'¹⁹

Ook in 1900 en 1904 vond de oproep tot strafrechtelijke bestrijding van opruiing weerklank in de politiek. § 110 van het Duitse Wetboek van Strafrecht diende als voorbeeld. De staking van de 'spoorwegmannen' (de spoorwegen waren nog in private handen) uit solidariteit met de havenarbeiders in Amsterdam leidde in 1903 tot het indienen van een strafnovelle (art. 358bis-quater Sr), waarin de wetgever dienstweigering en contractbreuk door ambtenaren en spoorwegpersoneel strafbaar stelde. De waarschuwing van de progressief liberaal H.L. Drucker (1857-1917) dat de politiek niet te veel verwachtingen moest koesteren van het invoeren van 'een paar artikeltjes in het strafwetboek' kwam uit.

¹⁸ Zie 'Beteugeling van de woelingen der sociaal-democratie', W. 1889/5692.

¹⁹ D. Simons, 'Nieuwe strafbepalingen II', W. 1920/10552, p. 1. Simons vergat overigens dat Ferdinand Domela Nieuwenhuis (1846-1919), de voorman van de Sociaal Democratische Bond in 1886 wel degelijk is veroordeeld tot een gevangenisstraf wegens belediging van de koning. Zie uitvoerig: Jan Meyers, *Domela, een hemel op aarde*, Amsterdam: De Arbeiderspers, 1993, p. 129 e.v.

De arbeidsonrust hield aan.²⁰ Van het socialisme en zijn aanhangers moest hij na een verblijf in Berlijn niet veel hebben: ‘de socialisten die over hun lot ontevreden zijn, echter van hunne ideale toekomst niet het allerflauwste begrip hebben, wier vage wenschen naar den chaos, naar het zuivere ‘niets’ voeren.’²¹ De oproep tot revolutie van Troelstra leidde tot de invoering van de wet van 28 juli 1920 (Stb. nr. 609), houdende nadere voorzieningen tot bestrijding van revolutionnaire woelingen. Een groot aantal artikelen in het Wetboek van Strafrecht kreeg een aanscherping. De *communis opinio* was dat handhaving van de geldende rechtsorde tegen gewelddadige aanranding nu eenmaal de plicht was van degenen die met die handhaving waren belast. Wel diende de wetgever zich te realiseren dat de strafbedreiging niet verder moest gaan dan strikt noodzakelijk was. Straf was – in de woorden van Jhering – een tweesnijdend zwaard, dat bij verkeerd gebruik zich richtte tegen de staat zelf. Een van de stenen des aanstoots was het verscherpte art. 131 Sr. Deze bepaling luidde als volgt:

*‘Hij, die mondeling of bij geschrifte, in het openbaar tot eenig strafbaar feit, tot ongehoorzaamheid, hetzij aan een wettelijk voorschrift, hetzij aan een bevel of vordering, krachtens wettelijk voorschrift gedaan, of tot gewelddadig optreden tegen de openbare orde opruit, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vijf jaren of een geldboete van ten hoogste drie honderd gulden.’*²²

Strafrechtjuristen waren niet zo heel erg ingenomen met dit nieuwe artikel tegen opruiing. Strafgedingen met een politieke kleur stichtten zelden nut. Zij maakten van beklagden en veroordeelden slachtoffers in de ogen van hun geestverwanten en versterkten hun invloed in plaats van die te verzwakken. Daarnaast was er de spanningsverhouding tussen dit artikel en de

²⁰ ‘Redevoering van den heer Drucker gehouden in de Tweede Kamer over het wetsontwerp tot aanvulling van het strafwetboek’, *Sociaal Weekblad* 1903, p. 241-245.

Zie M. Mendels, ‘Wet en rechtspraak ten aanzien van de strijdmiddelen der vakbeweging’, *Voorwaarts; sociaal-democratisch Dagblad* 11 Juni 1929, *Tweede Blad*.

²¹ H.L. Drucker, ‘Brieven uit Duitschland III’, *W.* 1880/4505, p. 3.

²² Art. 131 staat in afgeslankte vorm nog steeds in ons Wetboek van Strafrecht.

grondwettelijk verankerde vrijheid van meningsuiting.²³ Ondanks kritiek zouden de autoritaire tendensen in het strafrecht in de jaren dertig alleen maar sterker worden. De staat trad hard op tegen de mouterij op de Zeven Provinciën (1933) en tijdens de Jordaan-opstand (1934).²⁴ Het dieptepunt was het nationaalsozialistische strafrecht uit de Tweede Wereldoorlog.

Het revolutionaire elan onder de sociaaldemocraten of socialisten is voor de Tweede Wereldoorlog nooit helemaal verdwenen. Bij hen is overigens wel waarneembaar dat er een groot verschil bestaat tussen het formuleren van radicale ideeën en het daadwerkelijk organiseren van een revolutie. Juristen hebben dan ook een slechte 'trackrecord' als revolutionairen (een uitzondering als Robespierre daargelaten). Zij hebben de neiging om de grenzen van de rechtsorde op te zoeken maar niet om die omver te werpen.²⁵ Dat gold eveneens voor veel Nederlandse socialistisch georiënteerde juristen in de eerste helft van de 20^e eeuw. De vraag rijst wie van hen in deze periode, het tijdperk van de revolutionaire woelingen, de meest naar buiten tredende jurist van socialistische huize was. Ongetwijfeld noemt Gerrit van Maanen de naam van Johan Valkhoff (1897-1975).²⁶ Zijn ideologisch getinte opvatting en historische aanpak spraken (spreken?) Van Maanen aan. Ondanks dit feit sta ik liever stil bij de visie van Maurits (Maup) Mendels (1868-1944), een bijna vergeten kritische joodse advocaat en politicus uit de eerste helft van de 20^e eeuw. Hij is in politiek opzicht een tegenpool van Eijssell.

23 Zie D. Simons, 'Nieuwe Strafbepalingen I en II', *W. 1920/10551 en 10552*, p. 1-2 en p. 1-2.

24 Zie Y. Buruma, 'Inleiding', in: Y. Buruma (red.), *100 jaar strafrecht. Klassieke teksten van de twintigste eeuw*, Amsterdam: Amsterdam University Press, 1999, p. 15-17.

25 Zie G.C.J.J. van den Bergh, 'Jurists against Tyranny. Some Reflections on the Role of Jurists in the Bourgeois Revolutions', *Index. Quaderni camerti di studi romanistici. Omaggio a Peter Stein*, 1994, p. 543 e.v.

26 Zie G.E. van Maanen, 'Johan Valkhoff, van marxist tot sociaal-democraat', *Recht en kritiek* 1976/4, p. 339-354. Hij schreef ook een biografie van Valkhoff in het *Biografisch Woordenboek van Nederland I* (via internet raadpleegbaar). Zie ook de uitvoerige biografie van Ger Harmsen in *Biografisch woordenboek van het Socialisme en de Arbeidersbeweging in Nederland 8* (2001), p. 302-305 (inmiddels ook via internet raadpleegbaar).

Een vergeten kritische jurist: Mendels

De naam van Maup Mendels heeft de tand des tijds nauwelijks doorstaan. Dat is niet helemaal terecht. Mendels was journalist, advocaat in Amsterdam en parlementariër. Hij zat van 1913 tot 1918 voor de SDAP in de Tweede Kamer en zat van 1919 tot 1937 voor dezelfde partij in de Eerste Kamer (de laatste 14 jaar als fractievoorzitter). Daarnaast was hij tussen 1923 en 1937 eveneens lid van de Provinciale Staten van Noord-Holland. Hij begon zijn loopbaan overigens als repetitor Romeins recht in Leiden (1894-1898). Van 1919 tot 1927 was hij lid van de Staatscommissie inzake de aanvulling van het Burgerlijk Wetboek en jarenlang voorzitter van de Raad van Bijstand in Strafzaken in Amsterdam. Van 1922 tot 1925 had hij zitting in het bestuur van de Nederlandse Juristen-Vereniging. In de Eerste Kamer groeide hij tot 'een éminence grise' en een geziene persoonlijkheid, onder meer door zijn directheid en eruditie.²⁷ Anekdoten over zijn geestigheid haalden zelfs de krant. Een door Mendels voor de Rechtbank Amsterdam verdedigde cliënt kreeg een gevangenisstraf van zes maanden opgelegd. Toen laatstgenoemde zich bij hem beklaagde over het feit dat hij daardoor niet aan sport kon doen, scheen Mendels te hebben geantwoord: 'Moed houden maar, je kunt nu in elk geval "hokkie" spelen.'²⁸

Juridisch gezien was Mendels een omnivoor. Hij bewoog zich net zo gemakkelijk op privaat- als op strafrechtelijk gebied. Hij kende geen heilige huisjes. Berucht is zijn initiatief wetsvoorstel 'ter voorkoming van in de huidige tijdsomstandigheden ongewenschte gedwongen ontruiming van woningen', ingediend kort na het uitbreken van de Eerste Wereldoorlog in het najaar van 1914. Mendels gaf in dit wetsontwerp de kantonrechter de bevoegdheid als *ultimum remedium* een ontruiming van een huurwoning te verbieden. Daarnaast mocht hij bijvoorbeeld uitstel van betaling

²⁷ Zie de uitvoerige biografieën op de website *Parlement & Politiek* en van Luuk Brug in het *Biografisch woordenboek van het Socialisme en de Arbeidersbeweging in Nederland* 8 (2001), p. p. 159-162 (inmiddels ook via internet raadpleegbaar). Toen Mendels in 1939 werd aangereden, was dat groot landelijk nieuws.

²⁸ *Bataviaasch Nieuwsblad* 29 september 1925, *Derde Blad*.

gelasten en daarmee de verhuurder dwingen een in wezen beëindigd contract voort te zetten of kon hij de huurprijs verminderen. Mendels deed zijn voorstel ter bescherming van vooral de arbeiders die als gevolg van de met het uitbreken van de oorlog samenhangende economische crisis hun werk hadden verloren en daarom de huur van hun huizen niet langer konden betalen. Hij verwees ter ondersteuning van zijn ontwerp naar de vergelijkbare ratio achter de Wet op de arbeidsovereenkomst. Het ging om 'een stukje sociaal recht', waarin 'men de leer huldigde: Het privaatrecht zal sociaal zijn of het zal niet zijn'. Dit uitgangspunt rechtvaardigde een inbreuk op de contractsvrijheid. Het wetsvoorstel zou uiteindelijk als politiek veel te controversieel sneuvelen in de Tweede Kamer.²⁹ Mendels bleef zijn socialistische achtergrond trouw. Hij was een groot voorstander van de coöperatie, een ondernemingsvorm die de leden direct bij de bedrijfsvoering betrok. Hij pleitte daarom ook voor een wettelijk gevormde coöperatie onder staatstoezicht van de suikerindustrie in Nederlands-Indië. 'Hier is het element van socialisme, dat een teugellooze en ongebreidelde industrie beperkt.'³⁰

De politicus Mendels bespeelde zijn publiek graag met opzwevende toespraken, zodat hij soms langs de grenzen van art. 131 Sr scheerde. Een mooi voorbeeld is zijn rede voor de Rotterdamse havenarbeiders om hen te bewegen een klinkend protest uit te brengen tegen de 'onderdrukkingspolitiek' van de Nederlandse regering tegenover de Indonesische volksbeweging. 'Ik bezondig mij niet aan onredelijke overdrijving, wanneer ik beweer, dat het thans levende geslacht leeft in een geweldigen tijd, in een tijd van groote machtsverschuivingen, van verandering in staatsrechtelijke, nationale en internationale verhoudingen, als we in eeuwen tevoren niet hebben gezien. Niet alleen, dat de proletarische aaneensluiting tot machtsversterking der arbeidersklasse voert,

²⁹ 'Ontruimingswet-Mendels', *Algemeen Handelsblad* 3 december 1914, *Ochtendblad-Tweede Blad*, p. 5; 'Ontruimingswet-Mendels', *Algemeen Handelsblad* 4 december 1914, *Avondblad-Tweede Blad*, p. 7; 'Tweede Kamer', *Algemeen Handelsblad*, *Ochtendblad-Eerste Blad*, p. 2; 'Ontruimingswet-Mendels', *Algemeen Handelsblad* *Ochtendblad-Tweede Blad*, p. 5.

³⁰ *Soerabaiaasch Handelsblad* 21 juli 1932, *Tweede Blad*.

ook in landen afzonderlijk zien wij hoe onderdrukte minderheden, hoe onderdrukte koloniën zich van hun overheersching vrij maken.' De vrijmaking van Indonesië was niet alleen in het belang van het Indonesische volk, maar zij was ook een van de noodzakelijkste eisen voor de verwezenlijking van de socialistische doeleinden. 'Wanneer door de vrijheid en onafhankelijkheid van het Indonesische volk het wereldkapitalisme ginds zal zijn verslagen, en die geweldige burcht zal zijn gevallen, waaruit het kapitalisme zijn reserve-krachten put, om ons hier des te beter te kunnen bestrijden, dan zal onze socialistische strijd over de gehele wereld daarvan de vruchten plukken. Dan zal ook in het bevrijde gebied een proletarische beweging groeien, die met ons zij aan zij zal strijden voor de verwezenlijking van het socialisme. (Daverend applaus).' Hoewel de strijd om de bevrijding van Indonesië een andere strijd is dan de socialistische, raken ze elkaar wel. Mendels zou het uiteraard een ramp vinden voor het ongewapende Indonesische volk, als het tot geweld zou komen. 'Onze partij heeft – ook ten opzichte van den strijd der Indonesiërs – bewezen te zijn 'n partij die denkt, werkt en strijdt. Aan U de taak, aan U de plicht, in het belang van de Internationale arbeidersklasse en van de Indische miljoenenmassa's dat zij ook wordt een partij die overwint! Mendels kreeg van zijn publiek een daverende en minutenlang aanhoudende bijval.³¹

In 1922 maakte de Nederlandse Juristen-Vereniging (NJV) naar aanleiding van het Electriciteitsarrest³² en de noot van B.M. Taverne (1874-1944) onder deze uitspraak de analogische toepassing van het strafrecht onderwerp van bespreking. Mendels was een van de preadviseurs. Hij wees de redenering naar analogie in het strafrecht af. Hij plaatste de verantwoordelijkheid voor de strafrechtelijke rechtsvorming primair bij de wetgever. Hij schreef:

'Moeten er volksovertuigingen worden vastgesteld omtrent hetgeen als nieuw te straffen onrecht wordt gevoeld, en moet aan die

³¹ 'Naast de Indonesische makers. Rotterdam's protest tegen de terreur', Voorwaarts: sociaal-democratisch Dagblad 27 januari 1930, Derde Blad (p. 11).

³² HR 23 mei 1921, NJ 1921, p. 564.

*vaststelling dus poenale sanctie worden verbonden, dan moge de juistheid en de noodzakelijkheid dier vaststelling worden bepleit en aannemelijk gemaakt in het volle licht der openbaarheid, in openlijke discussie, door het wetgevend lichaam waarin het volk zelf is vertegenwoordigd en op wier samenstelling het volk verstrekkenden invloed vermag te oefenen, althans door organen die ter verantwoording kunnen worden geroepen, en wier gestie preventie of preventie toelaat, – doch in geen geval zal dit hebben te geschieden in de gesloten raadkamer van onafzetbare rechters.*³³

Mendels verwierp bovendien het bezwaar dat de wetgever op strafrechtelijk gebied achterliep bij de maatschappelijke ontwikkelingen ('terwijl wel niemand de juistheid van de klacht over de langzaamheid onzer wetgeving op civielrechtelijk gebied zal willen betwisten'). Hij herinnerde kort aan 'de griezelige lawine van gelegenheds-artikelen op strafrechtelijk gebied tijdens den [Eerste Wereld]oorlog'. Gelegenheidsrechtspraak was in haar aard en uitwerking echter veel funester dan gelegenhedswetgeving. Van de individuele rechtszekerheid bleef niets meer over. Hoe objectief, onpartijdig en onaandoenlijk voor ongewenste invloeden rechters ook trachten te zijn en te blijven, immuniteit voor politieke hartstocht en sociale vooringenomenheid is hun niet gewaarborgd, zeker niet in troebele tijden vol spanning en maatschappelijke worsteling.³⁴ De socialist Mendels kon het niet nalaten de onzekerheid van het criterium 'de rechtsovertuiging des volks' aan te stippen. Wat begrijpt het volk onder 'stelen'?

'Daar is nog een heel breede marge betwist gebied. En hoe zou het ook anders mogelijk zijn in onze zoo gecompliceerde maatschappij met haar wijdvertakte en fijn gesplitste levensverhoudingen, met

³³ M. Mendels, 'Staat de bepaling van het eerste lid van art. 1 Wetboek van Strafrecht aan analogische wettoepassing in den weg?', *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging (HNJV) 1922-I (tweede stuk)*, p. 19-20.

³⁴ Mendels, *HNJV 1922-I (tweede stuk)*, p. 27-29. Mendels had overigens eerder aangegeven dat zowel het burgerlijk als het strafrecht met 'wankelende, akelig slappe stappen' achter de grote wijzigingen in het maatschappelijke leven aansukkelden. Zie M. Mendels, 'Interventie', *HNJV 1908-II*, p. 112.

*haar fellen strijd van belangen, met haar diepe klassetegenstellingen! Zoo voelen, om één voorbeeld te noemen, arbeiders zich bewust als bestolenen, wanneer een patroon, steunend op hun zwakheid, hun onrechtvaardig op het loon beknibbelt, aftrekt, te kort doet (...). Zouden zij, die vaststelling van den inhoud van het diefstal-begrip liefst heelemaal aan den rechter zouden willen zien overgelaten, ook in deze en dergelijke gevallen den dader als krenker van de norm, als dief van arbeidskracht, te lijf willen gaan?*³⁵

235

Zo groot was het vertrouwen in de strafrechter bij Mendels dus niet: 'Hier is een conservatisme van noode, waarvan ik niet schroom mij een aanhanger te noemen.'³⁶ Het liefst zag hij overigens invoering van lekenrechtspraak, omdat de rechtspraak van zijn tijd was versteend, terwijl grote groepen van het volk juist voelden dat een nieuw sociaal perspectief aan het opkomen was, beantwoordende aan nieuwe idealen, waarvan de weerspiegeling ook in de rechtspraak zichtbaar moest zijn. Het 'hedendaagsche ras van arbeiders' was volgens Mendels niet meer het suffe zootje van enkele decennia daarvoor. Hij geloofde dat 'de frissche ideeën der volksklasse en de daaruit voortkomende talenten, die zich ontwikkelen door den maatschappelijken strijd, zeker ten goede zouden komen aan de rechtspraak.'³⁷ De politieke achtergrond van Mendels leidde in combinatie met zijn afwijzing van de redenering naar analogie in het strafrecht tot een bijtende reactie van H. Verkouteren (1856-1930), eveneens advocaat te Amsterdam en lid van de Eerste Kamer (tussen 1922-1930). De tot de conservatieve vleugel van de CHU behorende Verkouteren sneerde naar aanleiding van Mendels' betoog:

'Ik heet conservatief. (...) Wat zal er terecht komen van mijn vriendjes, als de stakingswetten, de anti-revolutiewet en andere muilkorfwetten, die nog mogelijk zijn, naar analogie kunnen worden uitgebreid. Een eerlijk man, die er nu eenmaal zijn zinnen op heeft gezet om af en toe eens een beetje revolutie te maken, heeft dan geen menschwaardig bestaan meer.' (...) en terwijl hij

³⁵ Mendels, *HNJV 1922-I (tweede stuk)*, p. 24.

³⁶ Mendels, *HNJV 1922-I (tweede stuk)*, p. 29.

³⁷ Mendels, *'Interventie'*, *HNJV 1908-II*, p. 117-118.

*zich nu conservatief noemt, zingt hij toch dapper met zijn geestverwanten: "Niets kan bij machte zijn te remmen, Den vasten gang van onzen voet, Wij dragen onze luide stemmen, Een beet're toekomst tegemoet".*³⁸

Mendels heeft de Tweede Wereldoorlog niet overleefd. Hij overleed in het kamp Theresienstadt op 3 juni 1944 aan de gevolgen van een operatie na pleuritis.³⁹

236

Afsluiting

De conservatief Eijssell was geen voorstander van een rechter die al te veel aan rechtsvorming deed. Dat kwam diens onafhankelijkheid niet ten goede, zeker niet in tijden van crisis, politiek gewoel en grote economische veranderingen. De wetgever behoorde het voortouw te nemen bij het maken van nieuwe regels. Hij was democratisch gelegitimeerd. De rechter behoorde deze wet zo goed en kwaad als het kon zo veel mogelijk in de geest van de wetgever toe te passen en uit te leggen. Niet het sociale inzicht van de rechter, maar dat van de wetgever moest de boventoon voeren. Ook de socialist en progressief Mendels had in een groot aantal opzichten weinig vertrouwen in de rechter. Kon hij wel objectief zijn, de belangen van zijn klasse vergeten en losstaan van politieke invloeden? Had hij oog voor de maatschappelijke effecten van zijn uitspraak? Mendels had in de julivergadering van de NJV in 1908 gesuggereerd van niet. Eijssell reageerde als door een wesp gestoken. Hij weigerde de woorden van Mendels, die misbruik had gemaakt van de lankmoedigheid van de voorzitter van de vergadering, serieus te nemen, 'om mij en mijne ambtgenooten te schetsen als klasserechters in dienst van een bourgeoisie satisfait'.⁴⁰ Mendels had evenals Eijssell, maar om een andere reden, meer vertrouwen in de wetgever als de schepper van het recht. Het werk in het parlement was controleerbaar voor en door het volk.

³⁸ H. Verkouteren, 'Interventie', *HNJV 1922-II*, p. 152.

³⁹ J. Meihuizen, *Smalle marges. De Nederlandse advocatuur in de Tweede Wereldoorlog*, Amsterdam: Boom, 2010, p. 35, 39, 218 en 219.

⁴⁰ A.P.Th. Eijssell, 'Interventie', *HNJV 1908-II*, p. 146.

Eijssell en Mendels. Bien étonnés de se trouver ensemble? Vermoedelijk wel. 'Kritisch' heeft echter geen vaststaande betekenis. Eijssell en Mendels waren ieder op hun manier kritische juristen. Zij waren persoonlijkheden die werkten vanuit een sterk politiek (ideologisch) besef (ingekleurd door geboorte, opleiding en ervaring) en die tegen de stroom in roeiden. Eijssell verafschuwde revolutie, Mendels uiteindelijk ook. Hij was meer een revolutionair van het woord dan van de daad, ook al stonden zijn toespraken bol van de strijd tegen het kapitalisme. Ik citeer: 'De S.D.A.P. is gegrondvest op den strijd tegen het kapitalisme, dat nog steeds in ons land toeneemt (...).' (...) 'De politiek der regeeringen is nog altijd voor het kapitalisme. Het wordt tijd, dat zij nu komt ten bate der onderliggende klasse, die der arbeiders.'⁴¹

Eijssell en Mendels waren mannen van karakter die vanwege hun opstelling aanzien genoten van hun collega's. Dat hoeft niet te verbazen. Op karakter en bekwaamheid komt het aan in het leven, niet alleen in de rechtspraktijk, maar ook op de universiteiten. Gerrit van Maanen is altijd een karaktervol en bekwaam wetenschapper geweest met een eigen geluid. Zijn gereedschap is van solide kwaliteit gebleken. Hopelijk legt hij zichzelf niet het zwijgen op na het emeritaat. In deze tijd blijft er plaats voor een kritisch jurist van zijn kaliber, ongetwijfeld minder progressief dan 30 jaar geleden, maar nog altijd even authentiek.

⁴¹ 'De algemeene verkiezingen. Debat te Heerenveen tusschen mr. J. Limburg en mr. M. Mendels', *Leeuwarder Courant* 16 juni 1913, *Vierde Blad*.