



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## Conserverende en activerende rechtsbegrippen

Koopmans, T.

### Citation

Koopmans, T. (1991). Conserverende en activerende rechtsbegrippen. In *Juridisch stippelwerk* (pp. 166-172). Deventer: Kluwer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/25970>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/25970>

**Note:** To cite this publication please use the final published version (if applicable).

# Conserverende en activerende rechtsbegrippen

De vraag of het recht instrument van behoud of van verandering is, of van beide, kan worden toegespitst op de wijze waarop rechtsbegrippen door de juristen worden gehanteerd. Door deze benadering te kiezen waag ik mij op betrekkelijk ononderzocht terrein<sup>1</sup>; veel meer dan een eerste probleemstelling is er in dit korte opstel dan ook niet te vinden. Vooraf zal ik enkele opmerkingen maken over flexibiliteit van rechtsbegrippen in het algemeen.

## 1. ONBEPAAALDE RECHTSBEGRIPPEN

In ten minste drie opzichten wijkt het begrippenarsenaal van de jurist af van dat der meeste andere wetenschappers.

In de eerste plaats gaat de begripsvorming in de rechtsgeleerdheid niet uit van een tweedeling, tussen enerzijds de 'werkelijkheid' van de feitelijke verschijnselen, anderzijds de wetenschap die deze verschijnselen bestudeert; er is een driedeling. Tussen de werkelijkheid en de wetenschap bevindt zich het regelbestand: voor de jurist vormt dat juist primair object van studie, zij het in zijn samenhang met de feitelijke werkelijkheid; de praktiserende jurist beschouwt het regelbestand bovendien als grondslag voor zijn activiteiten. Uit een oogpunt van begripsvorming is er een nauwe band tussen wetenschap en regelbestand: vele begrippen zijn door de wetenschap ontwikkeld doch in het regelbestand opgenomen (bijv. verbintenis), andere zijn door regelgevers geïntroduceerd maar in de wetenschap tot ontplooiing gekomen (bijv. onderneming). Er zijn wel begrippen die uitsluitend tot de wetenschappelijke begrippenvoorraad behoren (bijv. internationaal recht). De meeste noties waar de jurist mee werkt zijn echter in een of andere vorm deel van het regelbestand geworden, via wetgeving, standaard-arresten, stilzwijgende receptie in rechtspraak of administratieve praktijk of hoe dan ook.

Het tweede verschil hangt met het eerste samen: het rechtsbegrip is in belangrijke mate vertrekpunt voor praktisch handelen. Wanneer dierkundigen de walvis bij de zoogdieren in plaats van bij de vissen indelen, verandert er niets in de wereld van de feiten; de walvis blijft er even gelukkig of ongelukkig onder. Indien de juristen tot de overtuiging komen dat het legaat een zakelijk recht is en geen persoonlijk recht – of

1. Tot die keuze werd ik geïnspireerd door Claude Lévi-Strauss, *La pensée sauvage* (Parijs 1962); met name door de beschouwingen over 'la logique des classifications totémiques' (ch. II).

omgekeerd –, zullen de juridische beslissers daaruit consequenties trekken, bijv. ten aanzien van de overschrijving van gelegateerde onroerende goederen. Voor de vraag of iets een onroerend dan wel een roerend goed is geldt hetzelfde: als een barkruk onroerend wordt geacht heeft niet de bierbrouwerij als fiduciaire eigenaar van de café-inventaris daar recht op, maar valt het meubelstuk onder de greep van de hypotheekhouder. Vele praktische juridische vragen zijn kwalificatievragen: zij betreffen de reikwijdte van de gebezigde begrippen.

Dit leidt tot een derde verschil, nl. dat de juridische begripsvorming lijdt aan een zekere vaagheid die zich bij andere wetenschappen niet in dezelfde mate voordoet. De begrippen doen niet alleen maar dienst om bekende feitelijke verhoudingen te beheersen, maar zij moeten zo plooibaar zijn dat zij ook volmaakt onvoorzienbare gebeurtenissen kunnen dekken. De praktiserende jurist moet immers op elke vraag van positief recht een antwoord kunnen geven<sup>2</sup>; doet zich een novum voor, dan zal hij eventueel de grenzen van bepaalde begrippen wat uitrekken. Het positieve recht kent geen vacua in de strikte zin van het woord<sup>3</sup>: doet zich in de wereld der feiten iets onverwachts voor, dan is daar aan de hand van het geldende regelbestand eigenlijk altijd wel een oplossing voor te vinden – zij het wellicht niet steeds de meest bevredigende oplossing. Omdat er vage kwalificaties zijn, is er flexibiliteit. Als een groep jongelui een nieuwe vorm van protest uitvindt door hip op de tramrails te gaan zitten staren tijdens het spitsuur, trekken wij de la van de openbare orde open; kondigt een margarineproducent in een veelgelezen ochtendblad aan dat alle boter kankerverwekkende bestanddelen bevat, dan doen wij een beroep op de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt; en mocht er een toestel uit Mars met zwaarbewapende en strijdlieden zingende centauren landen bij Barneveld, dan zouden wij de soevereiniteit bij de hand hebben.

## 2. ONBEPaaldHEID NAAR INHOUD EN FUNCTIE

De onbepaalde rechtsbegrippen kunnen naar verschillende criteria worden geïnclassificeerd.<sup>4</sup> Ik zal hier onderscheid maken naar gelang de onbepaaldheid slechts op de inhoud betrekking heeft of ook op de functie van het rechtsbegrip.

Er zijn in de eerste plaats begrippen die een vrij duidelijke plaats innemen in het rechtssysteem en die bovendien een min of meer omlinjnde inhoud hebben. Functie en reikwijdte van het begrip liggen in hoofdzaak vast. Men denke aan noties als zakelijk recht, huwelijk, overspel, overeenkomst.

In de tweede plaats zijn er begrippen die wel een exact te bepalen functie in het rechtssysteem innemen, maar die niet een klaar omlinjnde inhoud hebben. Termen als aanstotelijk voor de eerbaarheid, gewichtige redenen van maatschappelijke veiligheid en zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt vervullen een vrij nauw-

2. Zie Kamphuisen, openingsrede 87e verg. Ned. Juristenvereniging, Hand NJV 1961, II, blzz 5–9.

3. Zie Radbruch, Grundzüge der Rechtsphilosophie, Leipzig 1914, blzz. 188–189.

4. Vgl. o.a. H. D. van Wijk, Voortgaande terugred, inaug. rede VU 1959; F. Schwankhart, Der unbestimmte Rechtsbegriff als Zweckschöpfung, Bundesarbeitsblatt 19/1964, blz. 629.

keurig te determineren functie in verband met strafbaarheid, voorlopige hechtenis en civielrechtelijke aansprakelijkheid. Hun inhoud is echter onbepaald; bij de redenen van maatschappelijke veiligheid heeft de bedoeling voorgezeten dat het tot toepassing geroepen orgaan, de rechter, een grote vrijheid tot bepaling van die inhoud zou krijgen; in de aanstotelijkheid zullen wij veeleer een verwijzing moeten zien naar de positieve moraal; in de 'zorgvuldigheidnorm' waarschijnlijk een verwijzing naar maatschappelijke gedragsregels.

De derde categorie begrippen is zowel open naar inhoud als naar functie. Hun functie is polyvalent, omdat zij als het ware op verschillende plaatsen in het rechtssysteem kunnen worden ingepast: zij vervullen de rol van wisselstukken in de gereedheidsdoos van de jurist. Tot deze categorie behoren begrippen als openbare orde, souvereiniteit, gelijkheid voor de wet, algemeen belang, redelijkheid e.d. Het zijn beleidsnoties in optima forma. Ten aanzien van elk van deze begrippen worstelen wij met een dubbel definitieprobleem: zowel functie als inhoud ervan zijn weliswaar bij elke concrete toepassing te omschrijven, maar deze verschillende omschrijvingen kunnen nauwelijks onder één noemer worden gebracht (behalve die van de gebezigde kwalificatie zelve). Men beproeve zijn krachten maar eens op de volgende twee, aan het positieve recht ontleende, toepassingen van het begrip 'algemeen belang': 1. het algemeen belang brengt mede dat een gemeente niet een salarispolitiek mag voeren die afwijkt van het landelijke salarisbeleid; 2. het algemeen belang brengt mede dat vertrouwen, door overheidsoptreden bij justitiabelen gewekt, niet wordt beschaamd.<sup>5</sup>

### 3. CONSERVERENDE FUNCTIES

De laatste categorie begrippen is belangwekkend, omdat de toepassing ervan ons wellicht iets kan leren omtrent de activiteit van de jurist. In hoeverre strekt diens hantering van polyvalente begrippen ertoe het rechtsstelsel een meer statisch of een meer dynamisch karakter te geven?

Het eenvoudigst op te sporen zijn de polyvalente begrippen die in hun praktische toepassing een conserverende functie vervullen. Prototype is het begrip 'openbare orde'. Ik geef eerst enkele voorbeelden, uit verschillende sectoren van het recht.

De openbare orde verzet zich ertegen:

- a. dat een polygame huwelijkssituatie hier te lande wordt erkend;
- b. dat een buitenlands vonnis in Nederland wordt geëxecuteerd wanneer de oorspronkelijke gedaagde niet behoorlijk opgeroepen was;
- c. dat een Oosteuropes partij-ideoloog op een communistisch congres komt vertellen hoe wij ons van ons zittende kabinet moeten ontdoen;
- d. dat sadistische taferelen worden vertoond tijdens een openbare schouwburgvoorstelling;
- e. dat een promovendus de stelling opneemt dat het joodse ras minderwaardig is;
- f. dat een overeenkomst geldig is die ertoe strekt minderjarige meisjes als 'danseres' naar het Nabije Oosten te 'bemiddelen'.

5. Resp. KB 6 juni 1967, Stb. 356; KB 17 januari 1952, Stb. 32.

De zes voorbeelden betreffen het begrip openbare orde in het ongeschreven internationaal privaatrecht, in de executieverdragen, het vreemdelingenrecht, de gemeentewet, het academisch onderwijs en het contractenrecht. Zij hebben ondanks hun grote verschillen één element gemeenschappelijk: met behulp van het begrip openbare orde wordt aantasting van bepaalde waarden tegengegaan die in Nederland hoog geroemd staan. De relatieve zwaarte van die waarden is echter ongelijk. In de gevallen-*a* en -*e* gaat het om zaken waarover met de meeste Nederlanders nauwelijks te praten valt (zij zeggen alleen maar 'neen'); in de gevallen-*c* en -*d* zou men misschien, althans op het ogenblik, wel een discussie kunnen aanspannen die tot een koele afweging van pro's en contra's zou kunnen leiden. In de gevallen-*a* en -*f* gaat het bovendien om waarden die men zou kunnen rekenen tot de meest essentiële waarden die in het Nederlandse rechtstelsel verankerd zijn; in de gevallen -*b* en -*c* is het duidelijk anders gesteld: de processuele waarborgen en de non-interventie in interne aangelegenheden zijn wellicht wel waarden van grote betekenis, maar niet van een dusdanig gehalte dat men kan zeggen dat de Nederlandse samenleving haar bestaan als culturele eenheid daarmee verweven acht.

Bij deze laatste voorbeelden doet zich nog een andere merkwaardigheid voor: er wordt pas een beroep op het begrip openbare orde gedaan als de waarde in kwestie niet zelf uitdrukkelijk en als zodanig haar bescherming in het regelbestand heeft gevonden. Het is bijv. mogelijk dat de toepasselijke tekst van een executieverdrag *expressis verbis* de behoorlijke oproeping van de gedaagde voorschrijft; pas als deze bescherming er niet is, of niet effectief is, wordt de openbare orde in stelling gebracht.<sup>6</sup> Openbare orde is een residu-categorie; hij strekt ertoe waarden te beschermen die in het rechtssysteem erkend zijn maar die niet zelfstandig en als zodanig hun bescherming hebben gevonden.

Het voorgaande geeft een gestileerd beeld: de problemen rijzen meestal als verschillende waarden met elkaar in botsing komen. Men denke aan het conflict tussen openbare orde en tolerantie. Een zekere mate van tolerantie ten aanzien van minderheidsgroepen met een cultuurpatroon dat van de heersende normen afwijkt, heeft in het Nederlandse recht erkenning gevonden. De islamiet geniet in beginsel dezelfde godsdienstvrijheid als de rooms-katholiek, en gemeentelijke winkelsluitingsverordeningen staan joodse winkeliers toe op zondag geopend te zijn. Ook waar niet van formalisering sprake is zijn wij als regel (om het huiselijk te zeggen) vrij sterk geneigd om iedere 'odd fish' zijn particulariteiten te gunnen. Zodra evenwel de grens bereikt wordt van wat ons waardenpatroon in dit opzicht verdragen kan, zal de openbare orde worden gemobiliseerd: men denke wederom aan de polygamie, of aan religieuze plechtigheden die met ons zedelijkheidsbesef in strijd zouden komen.

Het begrip openbare orde is daarom een typisch behoudend begrip (dit is een vaststelling, geen lof- of misprijzing); het is gericht op behoud van het eigene en van het bestaande, het weert inbreuken op het waardenpatroon af dat wij als grote meerderheid van de Nederlanders aan ons handelen ten grondslag leggen – of waarvan wij in elk geval vinden dat wij het daaraan ten grondslag *behoren* te leggen. Daarom is het

6. HR 20 maart 1970, NJ 1971, no. 275.

begrip ook weinig specifiek; het biedt ruimte voor de bescherming van zo verschillende waarden als het monogame huwelijk en de behoorlijke procesgang.

#### 4. ACTIVERENDE FUNCTIES

Behalve afwerende zijn er ook activerende rechtsbegrippen. Zij houden een bepaalde, vaag omschreven waarde in doch laten het toepassingsgebied daarvan in het ongewisse. Het wordt als het ware aan de inventiviteit van het juristendom overgelaten om de sectoren te vinden waarin deze waarde tot gelding zal worden gebracht. Prototype is de 'gelijkheid voor de wet'.

Reeds in 1925 heeft Leibholz gewezen op 'die dem Gleichheitsbegriff immanente Tendenz sich selbst zu radikalieren'.<sup>7</sup> Bijna een halve eeuw later kan men stellen dat juist de ontwikkeling in de Bondsrepubliek bewijzen biedt voor deze stelling. Het is frappant, hoezeer de 'Gleichheitsgrundsatz', in vrij abstracte termen neergelegd in art. 3 van het Bonner Grundgesetz, in de Duitse rechtspraak doorklinkt en daarbij ook toepassing is gaan vinden op gebieden waar de ontwerpers waarschijnlijk niet van hadden gedroomd. Dat CAO's met verschillende bezoldigingsschalen voor mannen en voor vrouwen onverbindend zouden worden geacht, kon wel in de lijn der verwachtingen liggen. Het lag evenwel veel minder voor de hand dat bijv. ook het probleem van de subsidiëring van politieke partijen door het Bundesverfassungsgericht opgelost zou worden aan de hand van het gelijkheidsbeginsel.<sup>8</sup> De rechter is er voorts niet voor teruggeschrokken andere waarden die in het rechtssysteem hun erkenning hadden gevonden voor het gelijkheidsbeginsel te doen wijken. Een bepaling uit het vooroorlogse Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz die – evenals de Nederlandse nationaliteitswetgeving tot voor kort – uitging van de eenheid van het gezin in de nationaliteit, en die daarom voorschreef dat de vreemde vrouw bij huwelijk de nationaliteit van de Duitse man verkreeg, kon geen stand houden; aan de vrouw zou zodoende een 'Sonderstellung' worden gegeven die met het gelijkheidsbeginsel niet te verenigen is. Hoe principieel de keuze van de wetgever voor de gezinseenheid in de nationaliteit ook geweest mag zijn, de rechter stelt nogal laconiek vast: 'der bisher im Staatsangehörigkeitsrecht vorherrschende Grundsatz der Familieneinheit ist insoweit hinter dem Grundsatz der Gleichberechtigung zurückgetreten'.<sup>9</sup>

Hoewel te onzent art. 4 Grondwet niet tot enige rechtspraak van betekenis heeft geleid, is de ontwikkeling in Duitsland volstrekt niet uniek. De 'equal protection' uit de Amerikaanse grondwet heeft een belangrijke en meermalen onvoorziene rol gespeeld in de rechtspraak met betrekking tot de raciale problemen in de VS. Het Canadese Supreme Court heeft onlangs (overigens in een heel andere constitutionele 'setting' dan de Amerikaanse) voor het eerst bijzondere wetten met betrekking tot Indianen

7. Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz, eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage*, Berlijn 1925, vnl. blz. 24–26.

8. *Entscheidungen des BVerfG* 8, 63.

9. *Oberverwaltungsgericht Münster* 26 februari 1957, *DÖV* 10, 343.

onverbindend verklaard wegens strijd met de 'equality before the law'.<sup>10</sup> Ook in Frankrijk, waar de rechter niet de bevoegdheid heeft wetten aan de constitutie te toetsen, speelt het beginsel een grote rol: wanneer de Conseil d'Etat handelingen van de administratie op hun wettigheid beoordeelt, gaat hij tevens na of wel recht is gedaan aan het gelijkheidsbeginsel, dat volgens vaste jurisprudentie behoort tot de 'principes généraux du droit ayant valeur législative' – ook als de wet daarover zwijgt.<sup>11</sup> De 'égalité devant les charges publiques', een van de meest stoutmoedige vindingen van de Conseil d'Etat, is tenslotte een uitwerking van het gelijkheidsprincipe.

Ik ben mij ervan bewust dat toepassing van het gelijkheidsbeginsel door de rechter een aantal moeilijke problemen in het leven roept; ik wil hier ook geen oordeel uitspreken over de vraag of verworvenheden in andere landen ons in dit opzicht tot voorbeeld moeten strekken. Het enige dat ik wil betogen is dat, blijkens ervaringen in andere landen, het gelijkheidsbeginsel een zekere revolutionerende werking kan hebben: verre van tot behoud van verankerde waarden te strekken kan het deze overhoop gooien en aanleiding geven tot hernieuwde afwegingen en appreciaties. Vooral in stelsels met constitutionele toetsing kan dat ook de wetgever voor menige verrassing stellen.

De gelijkheid is overigens niet het enige voorbeeld van een rechtsbegrip dat meer tot activering dan tot conservering leidt. Zo heeft te onzent de hantering van het begrip 'redelijkheid' een aantal niet onbelangrijke vernieuwingen in het rechtstelsel teweeggebracht, o.a. in de verhouding tussen rechterlijke en administratieve controle en in die tussen feitelijke rechter en cassatierechter.

## 5. CONCLUSIE

Er schijnt thans een zekere neiging te bestaan het rechtstelsel als betrekkelijk statisch te beschouwen, althans in die zin dat het de bestaande machtsverhoudingen zou vastleggen, de bestaande beleidsopties zou bevriezen en het bestaande waardenpatroon zou perpetueren.<sup>12</sup> Deze stelling kan inderdaad met bewijsmateriaal worden gestaafd. Verabsolutering ervan is gevaarlijk: ook voor de omgekeerde stelling is bewijsmateriaal voorhanden. De theorie dat de jurist een passieve wachtsman voor het bestaande zou zijn, berust niet op empirie. Ik geef toe dat grote maatschappelijke veranderingen vooral langs politieke kanalen tot stand plegen te komen – en dat lijkt mij ook juist – en soms ook langs economische weg (dat lijkt mijzelf minder juist voor zover politieke controle ontbreekt). Revolutionaire ontwikkelingen *binnen* het kader van een gegeven regelbestand zijn zeldzaam, al levert de desegregatiejurisprudentie van het US Supreme

10. Regina v. Drybones; daarover J. C. Smith, 49 Can. Bar Rev. 163, 1971.

11. De Laubadère, Traité élémentaire de droit administratif I, 5e druk 1970, no. 379. Zie ook C. Wolfers, Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de réglementation économique, in: Buch, Foriers, Perelman, L'égalité, Brussel 1971, blz. 127.

12. Misschien steekt daar een restant van de Marxiaanse 'bovenbouw'-theorie in.

Court wellicht een fenomeen van die aard op. Ook zonder revoluties valt er binnen een rechtsstelsel echter wel het een en ander tot ontwikkeling te brengen dat in de sleutel staat van de verandering, en niet van het behoud. Het instrumentarium is gedeeltelijk voorhanden; het wachten is op de vindingrijkheid van de juristen die het hanteren.