

met meer altruïstische kenmerken bij ieder exemplaar hebben zich blijkbaar, als soort, beter weten te adapteren aan hun natuurlijke omgeving, dan soorten zonder dit — genetisch gedetermineerd — kenmerk

De staat kan vanuit dergelijk utilitaristisch standpunt worden benaderd, en de auteur doet zulks aan de hand van een uiteenzetting van C B Macphersons typologisering van liberale democratieën in beschermingsdemocratieën (Bentham), ontwikkelingsdemocratieën (J S Mill), evenwichtsdemocratieën en participatorische democratieën. De eerste twee vertrekken duidelijk van een prescriptief begrip van 'democratie', net als de laatste, en de auteur prefereert dan ook het model van de evenwichtsdemocratie als realistische (feitelijke) benadering van hoe de westerse parlementaire politiek in elkaar steekt, het betreft een keuzesysteem van elkaar concurrerende oligopolistische elites, die zich op de markt aanbieden (Cfr Schumpeter, Dahl). Hij ziet drie instrumenten om de burgers te beschermen tegen een al te grote macht of bemoeizucht van de overheid: (1) periodiek gehouden verkiezingen, (2) het afhankelijk maken van de overheidsbeslissingen van twee verschillend tot stand gekomen meerderheden — de auteur beroept zich hier op het denken van Calhoun en het Amerikaanse kiessysteem — en (3) een rechtelijke bescherming van de grondrechten. De tijdsgeschiedenis meent hij dat vooral dit laatste van fundamenteel belang is voor een democratie al laat hij in het midden die grondrechten te specificeren, en dat is niet onbelangrijk, want enkele hoofdstukken terug had de auteur precies gewezen op de controverse tussen de bezitsindividualist Nozick en de politieke egalitarist Dworkin dienaangaande (pp 17 en verder). Het maakt nogal wat verschil uit of men het ongebreidelde eigendomsrecht tot meest fundamentele grondrecht maakt dan wel de politieke rechten en vrijheden, — de tweespalt waarin de ganse liberale filosofie (het zogenaamde 'economische' en het zgn 'politieke' liberalisme) zich van bij haar ontstaan bevindt. Ook hier weer heeft de auteur een kans gemist, want al zijn socio-biologische suggesties uit de vorige hoofdstukken is hij hier blijkbaar vergeten. Hoe kan men nou de 'strijd van allen tegen allen' in de eerste plaats vanuit het politieke duiden? Waar is een uiteenzetting over het economische in zijn ganse bena-

dering, met name over de cynische economische en politieke theorieën van Adam Smith en Mandeville? Over de uitbuitingsverhoudingen? Over het konflikt tussen vrije marktmechanismen en politieke besluitvormingsprocessen? Over het konflikt tussen individueel kapitalistisch belang en kollektief kapitalistisch belang? De auteur verlaat hier het grondige materialisme dat hij in de vorige hoofdstukken verdedigde en begeeft zich op de idealistische paden van het 'constitutionele vertoog' en haar illusoire staatsopvatting. Een liberaal auteur als Spencer, die in dit verband toch niet onbelangrijk is, wordt niet behandeld.

Tenslotte heeft de auteur nog een laatste hoofdstuk bij elkaar geschreven en dat zou dan handelen over 'recht en moraal'. We lezen nog steeds een boek over de 'psychologische grondslagen' daarvan, maar het blijft ons een raadsel waar die dan te zoeken, laat staan te vinden, zijn. In de plaats daarvan krijgen we een aantal meer of minder interessante beschouwingen over de 'primaire morele code' waarop ieder rechtssysteem al of niet berust (de auteur pleit ervoor die code utilitaristisch te begronden) over de relevantie van de scheiding tussen publieke en private moraliteit (en de discussies naar aanleiding van het Wolfendenrapport tussen Hart en Devlin dienaangaande) over een geëigende rechtspolitiek tegenover (konsensuele en solitaire) slachtofferloze misdrijven zoals druggebruik, zelfdoding, abortus provocatus en dergelijke meer. Hij meent dat het efficiënter en verantwoord is deze problemen te benaderen vanuit een kosten/baten-analyse (een nutscalculi) van de inspanningen die het een maatschappij vergt om een zekere moraliteit in de private sfeer af te dwingen tegenover de feitelijke gevolgen daarvan op direkt (heeft het effect) en indirekt (wat zijn de gevolgen in termen van kostprijs van het beleid, in termen van kriminalisering, corruptie, vrijheidsberoving enz.) Hij verdedigt het standpunt van Mill dat alleen schade aan anderen een efficiënte en verantwoorde rechtspolitiek kan leiden, en dat handelingen tussen of vanwege overeenkomende volwassenen in de privaat-sfeer niet door recht behoren te worden afgedwongen. Niettegenstaande de auteur die onderwerpen allemaal erg summier aansnijdt toont hij hier toch zijn bekwaamheid om sterk analytisch, helder en konsekwent een discussie te voeren, en daarom is het zo jammer dat hij zulks niet

voor de totale structuur van zijn rommelige boek heeft gedaan. Want voor dit laatste hoofdstuk heeft hij de vorige hoofdstukken beslist niet nodig, terwijl de vorige hoofdstukken heel wat méér pretenties suggereren over de konsekwenties van zijn benadering. Hij had van daaruit met name tot een grondige verdediging van het waardenpluralisme in meer egalitaire samenlevingsverbanden kunnen komen vanuit een materialistische visie op de adaptieve ontwikkelingsvoordelen die dit heeft voor een menselijke soort, levend in een enorm wisselend, variabel milieu.

Dit boek wéét als het ware niet waarover het heeft. Het is noch een voldoende wetenschappelijke uiteenzetting van de mogelijke vruchtbare hypothesen die uit de socio-biologie kunnen worden geput, noch een uiteenzetting van de psychologische — zij het dan behavioristische en leerpsychologische — grondslagen van het recht, noch een analyse van de interrelaties tussen biologie en moraal, tussen sociale structuur en menselijke natuur, tussen moraal en recht, tussen socio-biologie en moraal. En dit terwijl de door hem gesuggereerde combinatie van socio-biologie (en bio-sociologie), leerpsychologie, ekologie, utilitarisme, ruil-sociologie, economie en kontrakt-filosofie een uiterst boeiend project had kunnen worden, waard om grondig te bediskuteren en/of de grond in te boren.

Een gemiste kans dus, dit boek, overladen met te veel, al te veel, niet-waarge maakte pretenties.

Koen Raes

W. van Gerven

Beginselen van behoorlijk handelen

E. Story-Scientia/Tjeenk Willink, Zwolle 1983, 21 p., f 8,25

De tekst van dit boekje is als rede uitgesproken op 1 oktober 1982 te Gent ter gelegenheid van het zesde lustrum van de Algemene Praktische Rechtsverzameling. Van Gerven stelt in een kort en uiterst gekomprimeerd werkje een omvangrijk en veelzijdig probleem aan de orde. Als inlei-

ding deelt hij mede de band tussen het begrip 'beginselen van behoorlijk bestuur' en het volgens hem oudere, ruimere en fundamenteelere begrip 'beginselen van behoorlijk handelen' te willen onderzoeken om aan te tonen dat publiek- en privaatrecht tot een gemeenschappelijke noemer kunnen worden teruggebracht en dat beide iets van elkaar kunnen leren. Het boekje is opgebouwd uit vier delen.

Het eerste deel behandelt marginale toetsing en algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het publiekrecht aan de hand van de door Wiarda in 1952 opgestelde inventaris. Op grond van de positie van bovengeschiedheid van de overheid ten opzichte van haar burgers en de daarmee gepaard gaande beleidsruimte is de rechterlijke toetsing beperkt tot een marginale controle.

In het tweede deel stelt hij dat ook bepaalde privaatrechtelijke rechtsbetrekkingen aan een soortgelijke rechterlijke controle als in het publiekrecht onderworpen (behoren te) zijn. Ter staving van deze visie schetst hij privaatrechtelijke rechtsbetrekkingen (ouderlijke macht, partijbepaling, beheersbevoegdheid vennootschapsbestuurders) waarin — evenals in het publiekrecht — sprake is van marginale toetsing aan de hand van beginselen. In de genoemde rechtsbetrekkingen is steeds sprake van een bovengeschiedheids- of machtspositie. De marginale toetsing — een uitzondering in het privaatrecht — is gegrond op de machtspositie van de ene partij ten opzichte van de andere, waaraan voor de 'machtige' partij een beleidsruimte is verbonden.

In het derde deel relateert Van Gerven de scheiding tussen publiek- en privaatrecht op verscheidene niveau's. De wederkerigheidsverhouding in het privaatrecht wordt gerelativeerd op grond van machtsposities van sommige burgers, de bovengeschiedheidsverhouding in het publiekrecht als gevolg van veranderde maatschappelijke verhoudingen.

Eveneens wordt gerelativeerd dat overheidshandelen uitsluitend gericht is op doelstellingen van algemeen belang, terwijl de burger vrij zou zijn de belangen te dienen die hij wil. Als laatste wordt het type rechterlijke controle in het privaatrecht — volledige toetsing — gerelativeerd omdat er blijkens jurisprudentie tal van situaties, niet zijnde situaties van bovengeschiedheid, bestaan waarin marginaal wordt getoetst. Kenmerkend voor deze ge-

voor de totale structuur van zijn rommelige boek heeft gedaan. Want voor dit laatste hoofdstuk heeft hij de vorige hoofdstukken beslist niet nodig, terwijl de vorige hoofdstukken heel wat méér pretenties suggereren over de konsekwenties van zijn benadering. Hij had van daaruit met name tot een grondige verdediging van het waardenpluralisme in meer egalitaire samenlevingsverbanden kunnen komen vanuit een materialistische visie op de adaptieve ontwikkelingsvoordelen die dit heeft voor een menselijke soort, levend in een enorm wisselend, variabel milieu.

Dit boek wéét als het ware niet waarover het heeft. Het is noch een voldoende wetenschappelijke uiteenzetting van de mogelijke vruchtbare hypothesen die uit de socio-biologie kunnen worden geput, noch een uiteenzetting van de psychologische — zij het dan behavioristische en leerpsychologische — grondslagen van het recht, noch een analyse van de interrelaties tussen biologie en moraal, tussen sociale structuur en menselijke natuur, tussen moraal en recht, tussen socio-biologie en moraal. En dit terwijl de door hem gesuggereerde combinatie van socio-biologie (en bio-sociologie), leerpsychologie, ekologie, utilitarisme, ruil-sociologie, economie en kontrakt-filosofie een uiterst boeiend project had kunnen worden, waard om grondig te bediskuteren en/of de grond in te boren.

Een gemiste kans dus, dit boek, overladen met te veel, al te veel, niet-waargemaakte pretenties.

Koen Raes

W. van Gerven

Beginselen van behoorlijk handelen

E. Story-Scientia/Tjeenk Willink, Zwolle 1983, 21 p., f 8,25

De tekst van dit boekje is als rede uitgesproken op 1 oktober 1982 te Gent ter gelegenheid van het zesde lustrum van de Algemene Praktische Rechtsverzameling. Van Gerven stelt in een kort en uiterst gekomprimeerd werkje een omvangrijk en veelzijdig probleem aan de orde. Als inlei-

ding deelt hij mede de band tussen het begrip 'beginselen van behoorlijk bestuur' en het volgens hem oudere, ruimere en fundamenteelere begrip 'beginselen van behoorlijk handelen' te willen onderzoeken om aan te tonen dat publiek- en privaatrecht tot een gemeenschappelijke noemer kunnen worden teruggebracht en dat beide iets van elkaar kunnen leren. Het boekje is opgebouwd uit vier delen.

Het eerste deel behandelt marginale toetsing en algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het publiekrecht aan de hand van de door Wiarda in 1952 opgestelde inventaris. Op grond van de positie van bovengeschiedheid van de overheid ten opzichte van haar burgers en de daarmee gepaard gaande beleidsruimte is de rechterlijke toetsing beperkt tot een marginale controle.

In het tweede deel stelt hij dat ook bepaalde privaatrechtelijke rechtsbetrekkingen aan een soortgelijke rechterlijke controle als in het publiekrecht onderworpen (behoren te) zijn. Ter staving van deze visie schetst hij privaatrechtelijke rechtsbetrekkingen (ouderlijke macht, partijbepaling, beheersbevoegdheid vennootschapsbestuurders) waarin — evenals in het publiekrecht — sprake is van marginale toetsing aan de hand van beginselen. In de genoemde rechtsbetrekkingen is steeds sprake van een bovengeschiedheids- of machtspositie. De marginale toetsing — een uitzondering in het privaatrecht — is gegrond op de machtspositie van de ene partij ten opzichte van de andere, waaraan voor de 'machtige' partij een beleidsruimte is verbonden.

In het derde deel relateert Van Gerven de scheiding tussen publiek- en privaatrecht op verscheidene niveau's. De wederkerigheidsverhouding in het privaatrecht wordt gerelativeerd op grond van machtsposities van sommige burgers, de bovengeschiedheidsverhouding in het publiekrecht als gevolg van veranderde maatschappelijke verhoudingen.

Eveneens wordt gerelativeerd dat overheidshandelen uitsluitend gericht is op doelstellingen van algemeen belang, terwijl de burger vrij zou zijn de belangen te dienen die hij wil. Als laatste wordt het type rechterlijke controle in het privaatrecht — volledige toetsing — gerelativeerd omdat er blijkens jurisprudentie tal van situaties, niet zijnde situaties van bovengeschiedheid, bestaan waarin marginaal wordt getoetst. Kenmerkend voor deze ge-

vallen is de omstandigheid dat de recht-hebbende handelt binnen de formele grenzen of de vrije marge van zijn recht (als voorbeelden noemt Van Gerven rechts-misbruik en strijd met de goede trouw) Van Gerven geeft niet aan waarop de bevoegdheid tot marginale controle in deze gevallen is gegrond

In het vierde deel tracht Van Gerven de in het publiek- en privaatrecht gehanteerde beginselen tot dezelfde noemer te herleiden. Bekeken vanuit het gehele rechtssysteem noemt hij de beginselen die zowel in publiek- als in privaatrecht gelden voor posities van bovengeschiedheid *bijzondere* beginselen van behoorlijk handelen. Voor de beginselen die het handelen van een ieder, zowel in boven- als ondergeschiktheids- als in wederkerigheidsverhoudingen beheersen introduceert Van Gerven de term *algemene* beginselen van behoorlijk handelen.

De tweedeling binnen de beginselen van behoorlijk handelen loopt dus niet parallel met de onderscheiding in privaatrecht en publiekrecht. Deze beginselen van behoorlijk handelen maken deel uit van de gemeenschappelijke onderbouw van privaatrecht en publiekrecht, zo konkludeert Van Gerven.

Het tweede en derde deel van Van Gerven's betoog, die voornamelijk gaan over marginale toetsing en beginselen in het privaatrecht zijn zeker niet opzienbarend. De plaats van marginale toetsing en de daarbij gehanteerde beginselen in het privaatrecht worden vaker besproken, waarbij veelal dezelfde of soortgelijke voorbeelden worden genoemd als in dit betoog.

Wel opmerkelijk is dat Van Gerven niet bespreekt waarop de bevoegdheid tot marginale toetsing in het privaatrecht — buiten de gevallen van bovengeschiedheid — is gegrond en of er grenzen aan deze bevoegdheid kunnen en moeten worden gesteld. Onder de noemer van verhoogde rechtsbescherming door toepassing van beginselen wordt zonder enige uitleg de handelingsvrijheid van de burger, die handelt binnen de formele grenzen van zijn recht aan banden gelegd. Deze lacune is zo bezwaarlijk omdat het aanvaarden van dit uitgangspunt, binnen Van Gerven's betoog een noodzakelijke voorwaarde is voor de introductie van het begrip 'algemene beginselen van behoorlijk handelen', terwijl dat begrip van essentieel belang is voor zijn konklusie. Niet- of be-

perkte aanvaarding van dit uitgangspunt zal noodzakelijkerwijs de konklusie van Van Gerven's betoog ondergraven.

Laten wij dit bezwaar voor het hierna volgende buiten beschouwing, dan zal — gezien de bekendheid van de problematiek — de waarde van Van Gerven's boekje in hoge mate afhangen van de konklusie of konsekwenties die hij aan de gesignaleerde omstandigheden verbindt. De inleidende probleemstelling wekt hoge verwachtingen waar deze verwijst naar een band tussen rechtsbeginselen die een bijdrage zou kunnen leveren aan de nog steeds actuele discussie betreffende de onderscheiding in privaatrecht en publiekrecht. Helaas wordt de lezer wat dit betreft enigszins teleurgesteld.

Van Gerven gaat er in de probleemstelling vanuit dat het begrip 'beginselen van behoorlijk handelen' ruimer, ouder en fundamenteeler is dan het begrip 'beginselen van behoorlijk bestuur'. Dat het genoemde begrip ouder is zal door niemand worden ontkend. Van Gerven heldert echter niets op over de betekenis van dit oudere begrip zodat de lezer in het ongewisse blijft over de vraag of het door Van Gerven geïntroduceerde begrip 'beginselen van behoorlijk handelen' identiek is aan het in de probleemstelling bedoelde oudere begrip. Van Gerven's begrip 'beginselen van behoorlijk handelen' heeft inderdaad een grotere reikwijdte dan het begrip 'beginselen van behoorlijk bestuur'. Dat het ruimere en oudere begrip 'beginselen van behoorlijk handelen' fundamenteeler is dan het begrip 'beginselen van behoorlijk bestuur' kan de lezer uit de tekst niet opmaken.

De door Van Gerven gezochte band tussen de begrippen 'beginselen van behoorlijk handelen' en 'beginselen van behoorlijk bestuur' bestaat er blijkens zijn konklusie in dat beginselen van behoorlijk bestuur — evenals algemene beginselen van behoorlijk handelen — een species zijn van het genus beginselen van behoorlijk handelen. Deze band zou aantonen dat privaatrecht en publiekrecht tot een gemeenschappelijke noemer zijn te herleiden, een gedachtengang die aanleiding geeft tot enige kanttekeningen. Van Gerven's introductie en omschrijving van 'algemene beginselen van behoorlijk handelen' als beginselen die het handelen van een ieder, waar hij zich ook bevindt, in een positie van boven- of ondergeschiktheid, dan wel in een verhouding van wederke-

righeid moeten beheersen, impliceert dat met beginselen van behoorlijk handelen voor zowel het publiek- als het privaatrecht normen zijn gegeven die het handelen van de overheid en de burger richten. Deze omschrijving suggereert dat deze normen de burger en de overheid aanwijzingen geven voor te stellen gedrag in konkrete gevallen. Omdat over de aard en de betekenis van rechtsbeginselen geen communis opinio bestaat, behoeft het aannemen van deze suggestie nader betoog. De betekenis van de beginselen waar Van Gerven's betoog over gaat is op voorhand gebonden aan marginale toetsing door de rechter. Daarbij moet men niet uit het oog verliezen dat de beginselen de abstraktie zijn van de controle-maatstaven met behulp waarvan de rechter in konkrete gevallen heeft bepaald wat apert 'onbehoorlijk' is.

De beginselen zelf hebben dus, geabstraheerd van een konkreet geval, vooral een procedureel karakter (de verplichting tot afweging van belangen, tot proportioneel handelen, tot gebruikmaking van de bevoegdheid voor het doel waarvoor men deze verkregen heeft, etc.). Bij marginale toetsing zal het in het konkrete geval te geven oordeel van de rechter voor een groot deel afhankelijk zijn van de onderliggende rechtsverhoudingen en de daarin spelende belangen. Het procedurele karakter van de beginselen en de rol van de onderliggende rechtsverhoudingen en belangen als factoren die de betekenis van die beginselen in konkrete bepalingen wordt duidelijk geïllustreerd door konkrete gevallen waarin toepassing van beginselen tot tegenstrijdige verplichtingen aanleiding kan geven (denk bijvoorbeeld aan het beginsel van opgewekt vertrouwen en het beginsel van evenwichtige belangenafweging). Hoewel Van Gerven aan het gewicht van de onderliggende rechtsverhoudingen en de daarin spelende belangen zeker niet voorbijgaat, benoemt hij in zijn konklusie niet de onderliggende rechtsverhoudingen en belangen welke in privaatrecht en publiekrecht aan elkaar verwant zijn, maar de (abstrakte) beginselen van behoorlijk handelen tot gemeenschappelijke noemer van publiek- en privaatrecht. De vraag is of Van Gerven met zijn betoog meer vast stelt dan dat zowel in het publiek- als in het privaatrecht de rechter bij marginale toetsing op een bepaalde wijze grenzen van 'onbehoorlijkheid' trekt en deze wijzen grote verwantschap vertonen.

Rest mij nog een laatste opmerking

Nu Van Gerven zoekt naar een gemeenschappelijke noemer van publiek- en privaatrecht is het opmerkelijk dat hij wat betreft hantering van de beginselen in het publiekrecht slechts voorbeelden uit het administratief recht gebruikt en niet inhaakt op tendensen in op dit terrein zeer produktieve rechtsgebieden als het belastingrecht en het strafrecht.¹

Als ik mijn indrukken samenvat kom ik tot de konklusie dat Van Gerven een zeer bruikbaar overzicht geeft van ontwikkelingen op het gebied van de marginale toetsing en de daarbij gehanteerde beginselen. Waar het betreft de verbanden tussen beginselen toegepast in publiek- en privaatrecht en de conclusie betreffende een gemeenschappelijke onderbouw van publiek- en privaatrecht draagt het boekje te zeer de sporen van een als rede uitgesproken tekst, die meer vragen oproept dan beantwoordt.

Tineke Cleiren

Jos Perry

Roomse kinine tegen roode koorts. Arbeidersbeweging en katholieke kerk in Maastricht 1880-1920

Van Gennep, Amsterdam 1983, 334 p., f 32,80

Roomse kinine tegen rode koorts. Een duidelijke titel, welke evengoed in omgekeerde volgorde het proefschrift van Jos Perry voor een belangrijk deel dekt: het opvoeren van de rode koorts resulteerde tegelijkertijd in een toenemende dosis roomse kinine. Het resultaat is overbekend: de rooms-rode tegenstelling binnen de Nederlandse arbeidersbeweging met kerk en kapitaal als lachende derde.

In zijn studie gaat Perry het ontstaan

¹ Zie hierover voor het belastingrecht bijvoorbeeld J. P. Schellens *Wet en Rechtsbeginselen* in NJB 1978 nr. 34 en de daarin aangehaalde literatuur en jurisprudentie. Voor het strafrecht vergelijk men bijvoorbeeld J. A. Borman *Openbaar Ministerie en beginselen van behoorlijk bestuur*, Trema 1981 pp. 103 e.v. en de konklusie van A. G. Mok bij HR 23 juni 1982 NJ 83 415.