

**Honderd jaar CJV**  
**Recensies uit het heden van preadviezen uit het verleden**



# Honderd jaar CJV

Recensies uit het heden van preadviezen uit  
het verleden

*J. Gooijer, T. van Kooten en C.J. Wolswinkel (red.)*

Zutphen 2023



---

UITGEVERIJ *Paris*

Honderd jaar CJV. Recensies uit het heden van preadviezen uit het verleden

Ontwerp omslag: Prezns, Zutphen

ISBN 978-94-6251-332-7  
NUR 823

© 2023 Uitgeverij Paris bv, Zutphen

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, [www.reprorecht.nl](http://www.reprorecht.nl)).

Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in een bloemlezing, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting Pro (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, [www.cedar.nl/pro](http://www.cedar.nl/pro)).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteurs, redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

# Inhoudsopgave

## Voorwoord / 9

### **Honderd jaren Calvinistische/Christen Juristen Vereniging**

(1923-2023) – Mr. dr. J. (Pim) Oosterhuis / 11

- 1 Inleiding / 11
- 2 1922-1959: uitwerking en praktische toepassing van calvinistische beginselen / 12
  - 2.1 Ten dienste van de gereformeerde zuil: VU, ARP, Protestantsch-Christelijk Werkgeversverbond en CNV / 12
  - 2.2 Van calvinistische naar christelijke beginselen / 13
- 3 1960-1979: christenen over het recht / 17
  - 3.1 Thema's van buiten / 17
  - 3.2 Maatschappelijke ontwikkeling als leidend beginsel / 19
- 4 1980-heden: christelijk-sociaal geïnspireerde reflectie / 21
  - 4.1 Wetenschap en oecumene / 21
  - 4.2 Reflectie op (christelijk-sociale) vooronderstellingen / 22
- 5 Conclusie / 23
  - 5.1 Overkoepelende thema's / 23
  - 5.2 Levensbeschouwelijke onderwerpen / 23
  - 5.3 Normatieve reflectie / 24

### **J.W. Noteboom, *Overheid en Godslastering* (1930)**

– Prof. mr. dr. J. (Jan) Hallebeek / 25

- 1 Strafbaarheid van godslastering / 25
- 2 De preadviseur en zijn preadvies / 26
- 3 De taak van de overheid volgens de commissie en het preadvies / 27
- 4 Lex Donner (1932) / 28
- 5 Afscheid van de smalende godslastering als delict (2014) / 29
- 6 Evaluatie / 30

### **L.W.G. Scholten, *Overheid en conscientiebezwaren* (1931)**

– Prof. mr. drs. B.P. (Ben) Vermeulen / 33

- 1 Inleiding / 33
- 2 De man, zijn werk, zijn preadvies / 34
- 3 De ontwikkelingsgang van het gewetensbegrip en de vrijheid van geweten / 37
- 4 Waardering / 41

**J. Verdam, *Het echtscheidingsvraagstuk (1940)***

– Prof. mr. M.V. (Masha) Antokolskaia / 43

- 1 Een historisch-rechtsvergelijkende schets van het echtscheidingsrecht in Nederland en sommige andere Europese landen / 43
- 2 Een pleidooi voor behoud van het restrictieve echtscheidingsrecht / 44
- 3 De geschiedenis van het echtscheidingsrecht tot en met de Reformatie nader bezien / 46
- 4 De geschiedenis van na de Verlichting vanuit een ander perspectief / 49
- 5 Een nieuwe uitdaging: de kloof tussen de *law in the books* en de *law in action* door ‘de grote leugen’ / 51
- 6 Conclusie / 52

**J.A.H.J.S. Bruins Slot, *Een Europese Federatie (1950)***

– Prof. dr. J.W. (Jan Willem) Sap / 55

- 1 Inleiding / 55
- 2 Typering en preadviseur / 56
- 3 Drie motieven / 57
- 4 Twee soorten gezag / 59
- 5 Enthousiasme voor Europa / 61
- 6 Conclusie / 63

**S. Gerbrandy, *Recht, Rede en Openbaring (1953)***

– Prof. (em.) mr. T.J. (Tymen) van der Ploeg / 65

- 1 Inleiding / 65
- 2 Beknopte typering van het preadvies / 65
- 3 Beknopte typering van de preadviseur / 65
- 4 De inhoud in vogelvlucht / 66
- 5 Karakteristiek van het preadvies / 70
- 6 Hoe is de rechtsontwikkeling sindsdien geweest? / 70
- 7 Heeft het preadvies nog waarde? / 71

**J. Rimmelink, *Luther en het strafrecht (1989)***

– Prof. mr. A. (Arend) Soeteman / 73

- 1 Inleiding / 73
- 2 Natuurrecht en positief recht / 74
- 3 De twee-rijkenleer / 75
- 4 Het geweten / 76
- 5 Verzetsrecht / 77
- 6 Slot / 78

**H.W.K. Kaspersen, *De computer als rechter(s)hand. Enkele gedachten over informatisering en rechtspraktijk (1993)***

– Prof. mr. dr. C.J. (Johan) Wolswinkel / 79

- 1 Inleiding / 79
- 2 Het CJV-preadvies / 80
- 2.1 Inleiding in de rechtsinformatica / 80
- 2.2 Kunstmatige intelligentie / 81

3	Dertig jaar later / 83
3.1	Wetgever / 83
3.2	Bestuur / 85
3.3	Rechter / 86
4	Slot / 87

**J.P. Balkenende, *Verantwoordelijkheid en recht. Een beschouwing over pluriformiteit, maatschappelijke verantwoordelijkheid en verdeling van taken en bevoegdheden* (1995)**

– Prof. mr. J.L.W. (Hansko) Broeksteeg / 89

1	Inleiding / 89
2	De preadviseur en zijn preadvies / 90
3	Verantwoordelijkheid als begrip / 91
4	De verzorgingsstaat en de snel veranderende samenleving / 91
5	Verantwoordelijkheid als richtinggevend ordeningsprincipe / 92
6	Verantwoordelijkheid en juridische instrumenten / 93
7	Verantwoordelijkheid, waarden en normen, en recht / 94
8	Enkele beschouwingen omtrent het preadvies / 95
9	De betekenis van het preadvies voor de kabinetten-Balkenende / 95
10	De actuele betekenis van het preadvies / 96
11	Tot slot / 98

**P. de Haan, *Het moderne bestuursrecht en de verhouding tussen publiek-/privaatrecht* (1998)**

– Prof. mr. F.J. (Frank) van Ommeren / 99

1	Inleiding / 99
2	Prof. mr. Pieter de Haan: leven en denken / 100
3	De Haan, Den Uyl en de politiek / 101
4	De oorsprong van de algemene rechtsbeginselen / 102
5	De tweegronslagenleer / 103
6	Het besluit ter voorbereiding van een privaatrechtelijke rechtshandeling / 104
7	Algemene wettelijke regelingen / 106
8	De huidige betekenis van dit preadvies / 107

**W.A. Zondag, *Religie in de arbeidsverhouding. Over religieuze werkgevers en religieuze werknemers* (2011)**

– Mr. dr. T. (Teunis) van Kooten / 109

1	Inleiding / 109
2	De preadviseur / 109
3	Het preadvies / 110
3.1	Religieuze werknemers / 110
3.2	Gelijke behandeling / 111
3.3	Religieuze werkgevers / 112
3.4	Enkelefeitconstructie / 113
3.5	Rechtspositie geestelijken / 113
4	Enkele reflecties / 114
4.1	Veranderend speelveld botsende grondrechten / 114

4.2	Kerkelijke organisatievrijheid: een uitvloeisel van de scheiding van kerk en staat / 115
4.3	Kerkelijk statuut en ‘de wet’ / 115
4.4	Vrijheid én verantwoordelijkheid / 116
	<b>Beginselgedreven belastingheffing – Mr. dr. J. (Jan) Gooijer / 119</b>
1	Inleiding / 119
2	‘Enkele beschouwingen over actieve belastingpolitiek’ / 120
3	‘Belastingbeginselen en instrumentalisme: een controverse’ / 122
4	Reflecties anno 2023 / 123
	<b>Preadviezen CJV (1922-2022) / 125</b>



## Voorwoord

Honderd jaar geleden, op 16 april 1923, werd in Amersfoort de Calvinistische Juristen Vereniging (CJV) opgericht. De vereniging, die voortkwam uit een studiekering van VU-studenten onder leiding van professor Anne Anema, stelde zich ten doel om ‘te komen tot een zoo groot mogelijke overeenstemming tusschen de juristen van calvinistische levensbeschouwing ten aanzien van de uitwerking en praktische toepassing der calvinistische, gereformeerde grondbeginselen.’ Daartoe kwam de CJV (sinds 1997 als Christen Juristen Vereniging) jaarlijks bijeen, aanvankelijk op de woensdag voor Hemelvaartsdag, later op een vrijdag in het voorjaar, om een referaat (preadvies) over een juridisch onderwerp te bespreken.<sup>1</sup>

Die traditie heeft inmiddels een boeiende verzameling van bijna honderd preadviezen opgeleverd. Deze preadviezen geven gezamenlijk een rijk en gevarieerd beeld van de maatschappelijke thema’s en juridische vraagstukken waarover de leden van de CJV zich gezamenlijk bogen in de afgelopen eeuw. Zij geven ook een treffend beeld van de tijd waarin zij zijn geschreven. Aanvankelijk een tijd met een sterke, calvinistische zuil, later een tijd waarin het accent langzaamaan verschoof naar een algemener christelijker perspectief (en zelfs verder dan dat).

Ter gelegenheid van het 50-jarig bestaan van de CJV verscheen van de hand van P. Borst en A. Schenkeveld (die reeds bij de oprichting van de vereniging in 1923 was betrokken) de uitgave *Vijftig jaren calvinistische juristen vereniging (1923-1973), geïllustreerd door citaten uit 47 referaten*. De opstellers van deze uitgave beoogden geen wetenschappelijke analyse van deze referaten (preadviezen) te geven, maar enkel iets van het veelkleurig werk, dat in de eerste vijftig jaren van de CJV werd verricht, bij de leden in herinnering te roepen.<sup>2</sup>

Voortbouwend op deze uitgave van vijftig jaar geleden is besloten om ter gelegenheid van het 100-jarig bestaan van de CJV wederom te putten uit dit veelkleurige werk van de afgelopen eeuw. De insteek is ditmaal echter anders. Deze lustrumuitgave beoogt de ‘klassieke’ preadviezen juist vanuit hedendaags perspectief te belichten. Hoe is de (rechts)ontwikkeling geweest ten aanzien van het onderwerp dat in het preadvies centraal staat? Hoe zou anno 2023 naar de betreffende thematiek worden gekeken? Welke kwesties of invalshoeken zouden nu centraal staan en heeft het preadvies in dat verband nog waarde?

1. Zie uitgebreider over de geschiedenis van de CJV: A. Schenkeveld, ‘Ontstaan en 40-jarig bestaan van de Calvinistische Juristenvereniging’, 1963, en A. Soeteman, ‘A. Anema: fascisme, internationaal recht en de Calvinistische Juristen Vereniging’, in: J. de Bruijn, S. Faber & A. Soeteman (red.), *Ridders van het Recht: De juridische faculteit van de Vrije Universiteit, 1880-2010*, Amsterdam: Prometheus/Bert Bakker 2015, p. 129-132.
2. P. Borst & A. Schenkeveld, *Vijftig jaren calvinistische juristen vereniging (1923-1973), geïllustreerd door citaten uit 47 referaten*, 1973, p. 5.

Het bestuur van de CJV heeft verschillende personen gevraagd een dergelijke actuele recensie van een CJV-preadvies te verzorgen.<sup>3</sup> Gezamenlijk geven die recensies een zeer divers beeld van de preadviezen die zijn verschenen en van hun relevantie anno 2023. Wij bedanken alle recensenten voor hun bereidheid om een CJV-preadvies ter hand te nemen en te reflecteren op de hedendaagse betekenis hiervan. Bijzondere dank gaat uit naar Pim Oosterhuis, die een overkoepelende bijdrage heeft geschreven waarin hij algemene lijnen trekt door honderd jaar CJV-preadviezen. Zijn bijdrage biedt een uitstekend kader waarmee de gerecenseerde (en andere) preadviezen kunnen worden geplaatst binnen hun tijd. Tot slot bedanken wij ook Uitgeverij Paris voor haar medewerking aan deze lustrumuitgave en aan de uitgave van CJV-preadviezen de afgelopen jaren.

Jan Gooijer, Teunis van Kooten en Johan Wolswinkel

---

3. Een van de 'recensies', namelijk over beginselgedreven belastingheffing, betreft niet een CJV-preadvies zelf, maar houdt wel hiermee verband.

# Honderd jaren Calvinistische/Christen Juristen Vereniging (1923-2023)

Mr. dr. J. (Pim) Oosterhuis<sup>\*</sup>

‘De bedoeling toch der Vereeniging is: te komen tot een zoo groot mogelijke overeenstemming tusschen de juristen van calvinistische levensbeschouwing ten aanzien van de uitwerking en praktische toepassing der calvinistische, gereformeerde grondbeginselen. Daartoe werd nodig geacht een sfeer van onderling vertrouwen ten opzichte dier beginselen.’<sup>1</sup>

‘De Christen Juristen Vereniging wil rechtsvragen in samenhang plaatsen met morele reflectie en met aandacht voor de betekenis van ideële “voorvragen”. Bestuursrechtelijk interveniëren, arbeidsrechtelijke waarborgen in het Burgerlijk Wetboek, strafrechtelijke regels op medisch-ethisch gebied, sociaal zekerheidsrecht; het heeft alles van doen met normatieve visies op staat en maatschappij. De CJV plaatst deze reflectie in het perspectief van christelijk-sociale inspiratie.’<sup>2</sup>

## 1 Inleiding

Honderd jaar geleden werd tot oprichting van de Calvinistische Juristen Vereniging besloten. Onder leiding van professor Anne Anema (1872-1966) werd gekozen voor een nadrukkelijk calvinistische signatuur, niet een algemeen christelijke. Het ging om de doorwerking van calvinistische beginselen in de juridische praktijk.<sup>3</sup> Honderd jaar later afficheert de Christen – sinds 1997 – Juristen Vereniging zich als een plaats waar het gaat om de doordenking van de normatieve geladenheid van het recht. Die reflectie is – vanzelfsprekend – christelijk-sociaal geïnspireerd. Niettemin, van het kordate calvinisme van Anema in 1923 naar de morele reflectie van een oecumenisch-christen jurist in 2023, dat lijkt nogal een verandering. En dat roept als vanzelf een aantal vragen op: wat kenmerkt dan de doorwerking van calvinistische beginselen in de juridische praktijk? Waarin verschilt die benadering van de normatieve doordenking van het recht van een eeuw later? En wanneer heeft een eventuele omslag van calvinistisch naar christelijk-beschouwend plaatsgevonden? En hoe onderscheidend is die doordenking van de normatieve geladenheid van het recht? In deze bijdrage wil ik die verandering in grote lijnen schetsen en daarbij de zojuist gestelde vragen beantwoorden. De preadviezen die de afgelopen

<sup>\*</sup> Mr. dr. J. (Pim) Oosterhuis werkt als universitair docent Grondslagen van het Recht aan de Universiteit Maastricht.

1. Verslag ledenvergadering van 16 april 1923 te Amersfoort, Archief Calvinistische Juristen Vereniging, nr. 715, doos nr. 1. Geciteerd door A. Soeteman, ‘A. Anema: fascisme, internationaal recht en de Calvinistische Juristen Vereniging’, in: J. de Bruijn, S. Faber & A. Soeteman, *Ridders van het Recht: De juridische faculteit van de Vrije Universiteit, 1880-2010*, Amsterdam: Prometheus/Bert Bakker 2015, p. 123-132, hier p. 132, voetnoot 27.
2. Website CJV, [christenjuristen.nl](http://christenjuristen.nl), laatst bezocht op 24 juli 2023.
3. Soeteman 2015 (Anema), p. 132, voetnoot 27.

honderd jaar zijn gegeven heb ik als uitgangspunt genomen om deze vragen te beantwoorden.<sup>4</sup>

## 2 **1922-1959: uitwerking en praktische toepassing van calvinistische beginselen**<sup>5</sup>

### 2.1 **Ten dienste van de gereformeerde zuil: VU, ARP, Protestantsch-Christelijk Werkgeversverbond en CNV**

De eerste decennia hadden de preadviezen van de CJV een hoog VU-gehalte, qua methode – waarover zo meer –, maar ook qua persoon. Van de 33 adviseurs tot en met 1959 hadden er slechts vier niet aan de VU gestudeerd:<sup>6</sup> Lubbertus Willem Gerrit Scholten (1898-1969),<sup>7</sup> Jan Donner (1891-1981)<sup>8</sup> en Egbertus Johannes Beumer (1878-1946)<sup>9</sup> waren aan de Universiteit Utrecht afgestudeerd, terwijl Hendrikus Colijn (1869-1944)<sup>10</sup> geen universitaire opleiding had genoten. Maar deze vier waren wel deels actief binnen de Anti-Revolutionaire Partij (ARP) ten tijde van hun preadvies. De band met de politiek blijkt stevig in deze periode. Naast Scholten, Donner, Beumer en Colijn, waren nog zes andere preadviseurs gelieerd aan de ARP: Herman Dooyeweerd (1894-1977)<sup>11</sup> en J.W. Noteboom (1893-1974)<sup>12</sup> als (adjunct-)directeur Abraham Kuiper Stichting; Victor Henri Rutgers (1877-1945),<sup>13</sup> Jacob Adriaan de Wilde (1879-1956),<sup>14</sup> Jan Albertus Hendrik Johan Sieuwert Bruins Slot (1906-1972)<sup>15</sup> en Wiert Pauwel Berghuis (1911-1989) als lid van de Tweede Kamer.<sup>16</sup> Naast de politiek was ook de rechterlijke macht, de advocatuur en het maatschappelijk middenveld, zoals de CNV en het Protestantsch-Christelijk Werkgeversverbond, vertegenwoordigd onder de preadviseurs in de eerste drie decennia. Tot aan 1956 waren uiteindelijk zelfs maar drie van alle adviseurs hoogleraar aan de VU bij het

4. Vanzelfsprekend schets ik deze ontwikkeling: voor een grondiger kennisname van de preadviezen verwijs ik graag naar de recensies van een aantal preadviezen in deze bundel. En natuurlijk naar de preadviezen zelf, die mij digitaal ter beschikking werden gesteld door het bestuur van de CJV. Deze preadviezen zijn online beschikbaar via de website van de CJV.
5. Deze periode komt – toevalligerwijs – overeen met de eerste in het overzicht van de preadviezen op de website van de CJV ([christenjuristen.nl/preadvies/](http://christenjuristen.nl/preadvies/)).
6. Tot aan 1959 zijn 37 preadviezen uitgebracht. Sommige auteurs hebben meerdere preadviezen gegeven: Rutgers 3; Bruins Slot 2; Scholten 2; A.M. Donner 2. Tot 1956 valt aan de hand van M.J. Aalders & P.F. Dillingh, *Database VU-Studenten 1880-1940* (gereviseerd), ([geheugenvandevu.nl/dossiers/database-studenten-1880-1940](http://geheugenvandevu.nl/dossiers/database-studenten-1880-1940)) eenvoudig na te gaan welke preadviseurs rechten hadden gestudeerd aan de VU; ook preadviseurs van na 1956 komen in de database voor, maar sporadisch. Anne Anema was overigens overgestapt naar de Universiteit van Amsterdam en daar afgestudeerd. Van J.J. de Jong (1957), Gerh. Verburg (1958) en H.J. Zweers (1959) heb ik niet kunnen nagaan of ze aan de VU hebben gestudeerd.
7. *Overheid en consciëntiebezwaren*, 1931; *Het beginsel der vrijheidsrechten*, 1937.
8. *Rechtsbescherming tegen de Overheid*, 1934.
9. *Strafrechtsvragen*, 1938.
10. *Hoofdpijnen onzer koloniale politiek*, 1932. In 1930 had Colijn een eredoctoraat van de VU ontvangen.
11. *Calvinisme en Natuurrecht*, 1925.
12. *Overheid en Godslastering*, 1930.
13. *Beginselen van Huwelijkswetgeving*, 1928. Als hoogleraar aan de VU: *Toetsingsrecht?*, 1941; *Nulla poena sine lege*, 1943.
14. *Annexatie van gemeenten*, 1933.
15. *Een Europese Federatie*, 1950. Eerder, als burgemeester: *Staat en Partijwezen*, 1935. Zie uitgebreid over het preadvies *Een Europese Federatie*, J.W. Sap in deze bundel.
16. In de eerste tien jaar zijn zelfs maar liefst de helft van de preadviezen direct of indirect van ARP-huize: 1925 (Dooyeweerd), 1928 (Rutgers), 1930 (Noteboom), 1932 (Colijn) en 1933 (De Wilde).

geven van hun preadvies: Anema (1926), Rutgers (1941, 1943) en Andreas Matthias Donner (1918-1992) (1946, 1955). Binnen de CJV stond er bij de ‘uitwerking en praktische toepassing der calvinistische, gereformeerde grondbeginselen’, dus wel degelijk iets op het spel: de CJV was een uitgelezen plaats om als gereformeerde juristen met elkaar in debat te gaan over meer en minder omstreden maatschappelijke ontwikkelingen en de betekenis van de calvinistische beginselen daarvoor.<sup>17</sup> Dat zorgt ook voor een bepaalde thematiek in deze periode: merendeels actuele maatschappelijke thema’s, die ofwel duidelijk raakten aan een christelijke levensovertuiging – lijkverbranding,<sup>18</sup> huwelijk en echtscheiding,<sup>19</sup> godslastering,<sup>20</sup> gewetensbezwaren,<sup>21</sup> vrijheid van godsdienst<sup>22</sup> – ofwel verband hielden met regering en overheid – politieke partijen,<sup>23</sup> een Europese Federatie,<sup>24</sup> de verzorgingsstaat<sup>25</sup> of überhaupt het idee van een christelijke staat<sup>26</sup> – en waarover wetgeving aanstaande was of rapporten waren verschenen – zoals de Wet op de Bedrijfsorganisatie (1950).<sup>27</sup>

## 2.2 Van calvinistische naar christelijke beginselen

Waar het de preadviseurs bij deze thema’s vervolgens om ging, was het achterhalen van de gereformeerde beginselen, en die vervolgens uitwerken voor recht en maatschappij.<sup>28</sup> Het problematische van deze methode was en is dat bepaalde beginselen soms wel heel dicht tegen Bijbelse verordeningen of regels aanliggen – of althans hoe die Bijbelse verordeningen in de calvinistische traditie werden begrepen. In 1915 had Anema met vier anderen al aan Abraham Kuyper (1837-1920) het verwijt gemaakt dat Kuyper naar believen bepaalde regels tot beginselen verklaarde, met eeuwigheidswaarde, waar dan niet meer tegen ingegaan kon worden.<sup>29</sup> Bij de oprichting van de CJV kan er binnen de brede VU-gemeenschap gesproken worden van een meer traditionele, activistische richting, die bepaalde Bijbelteksten

17. De ledenlijst van 1959 telde 284 leden, waaronder de Minister van Volkshuisvesting, J. van Aartsen, vijf leden van de Tweede Kamer en vier leden van de Eerste Kamer. Zie Ledenlijst Calvinistische Juristen Vereniging November 1959.
18. P.S. Gerbrandy, *Lijkverbranding*, 1924.
19. A.C.G. van Proosdij, *Huwelijksrecht*, 1927; V.H. Rutgers, *Beginselen van Huwelijkswetgeving*, 1928; J. Verdam, *Het echtscheidingsvraagstuk*, 1940; H.J. Zweers, *Opmerkingen over verantwoordelijkheid naar christelijk beginsel in vermogensrechtelijke verhoudingen, speciaal in het huwelijk*, 1959.
20. J.W. Noteboom, *Overheid en Godslastering*, 1930.
21. L.W.G. Scholten, *Overheid en conscientiebezwaren*, 1931. Uitgebreid over dit preadvies B.P. Vermeulen in deze bundel.
22. A.M. Donner, *Het achtste hoofdstuk der Grondwet*, 1955.
23. J.A.H.J.S. Bruins Slot, *Staat en Partijwezen*, 1935; J.J. de Jong, *Staat en Partij*, 1957.
24. J.A.H.J.S. Bruins Slot, *Een Europese Federatie*, 1950. Zie over dit preadvies J.W. Sap in deze bundel.
25. W.P. Berghuis, *Rechtsstaat en Welvaartsstaat*, 1956. Mede over dit preadvies J. Gooijer in deze bundel.
26. A.M. Donner, *Enkele opmerkingen over den Christelijke Staat*, 1946.
27. J. van Aartsen, *Publiekrechtelijke Bedrijfsorganisatie*, 1948.
28. Zie over deze methode voor het (straf)recht E.F. Stamhuis, *Protestantse Bijdragen Aan Het Nederlandse Strafrechtsdenken Sinds 1880*, Amsterdam: VU Uitgeverij 1988, p. 4-9; S. van Ruller, ‘Strijdbaar en omstreden. De hoogleraar D.P.D. Fabius’, in: De Bruijn, Faber & Soeteman 2015, p. 27-40, hier p. 30-31 en p. 34-38. Over het legalistische of positivistische element in deze benadering zeker onder Abraham Kuyper, zie Stamhuis 1988, p. 183-184. In zijn algemeenheid over calvinistische wetenschap en gereformeerde beginselen aan de VU A.Th. van Deursen, *Een hoeksteen in het verzuild bestel: de Vrije Universiteit 1880-2005*, Amsterdam: Bakker 2005, p. 62-66 en p. 91-93.
29. A. Anema, H. Bavinck, P.A. Diepenhorst, Th. Heemskerk & S. de Vries, *Leider en leiding in de Anti-Revolutionaire Partij*, Amsterdam, 1915. Zie ook J. de Bruijn, ‘In den beginne. Inleiding op de periode 1880-1940’, in: De Bruijn, Faber & Soeteman 2015, p. 13-26, hier p. 24; Soeteman 2015, p. 130-131.

als min of meer letterlijke aanwijzingen zag voor de inrichting van de samenleving, en dus ook tot een groot aantal, soms ook vrij specifieke beginselen kwam, en ook van een wat meer terughoudende richting, die onder meer de verschillen tussen de Bijbel en de Nederlandse samenleving benadrukte, en op zoek ging naar een beperkt aantal algemene, achterliggende beginselen die van belang waren voor de inrichting van de samenleving.<sup>30</sup> Een van de eerste lezingen, die van Pieter Sjoerds Gerbrandy (1885-1961) over *Lijkverbranding* (1924), houdt prachtig het midden tussen deze twee benaderingen: lijkverbranding wordt weliswaar als anti-christelijk beoordeeld, maar behoort uiteindelijk tot het geestelijk leven van mensen. Als het gaat om dat geestelijk leven, mag een overheid geen dwang uitoefenen: overheidsdwang is dan juist onchristelijk. Door scherp dit geestelijk leven te onderscheiden, kan de christelijke politiek zich concentreren op de grote vraagstukken.<sup>31</sup> Gerbrandy houdt zich voorbeeldig aan de doelstelling van de CJV. Hij geeft een beginsel – geen dwang bij geestelijke zaken – en meteen een praktische uitwerking – crematie niet verbieden. En geeft gelijk de programmatische consequentie van zijn beginsel aan. De lezing van Herman Dooyeweerd (1894-1977) het jaar daarop – *Calvinisme en Natuurrecht* – is in vergelijking met die van Gerbrandy buitengewoon abstract en veel moeilijker navolgbaar.<sup>32</sup>

Deze methodologische worsteling – is een Bijbelse regel een algemeen beginsel of slechts een verordening geldig voor het Bijbelse Israël? – is ook terug te zien in de preadviezen over huwelijk en echtscheiding uit 1927 van Antonius Cornelis Govert van Proosdij (1893-1967), advocaat en procureur, en uit 1928 van Rutgers, dan nog Tweede Kamerlid. Van Proosdij onderscheidde in *Huwelijksrecht* tussen het Bijbels Huwelijk en het burgerlijk huwelijk: de voorschriften voor het Bijbels Huwelijk waren niet een-op-een toe te passen op het burgerlijk huwelijk. Dit onderscheid tussen Bijbels Huwelijk en burgerlijk huwelijk stuitte op veel weerstand onder de leden, maar ook de onderliggende exegese van Bijbelteksten over de in wezen gelijke verhouding tussen man en vrouw en echtscheiding werd kritisch ontvangen. Proosdij achtte voor ons recht principieel meer echtscheidingsgronden toelaatbaar dan alleen hoererij. Daarbij merkte hij op dat ook de doodstraf onder het Mozaïsche recht een ruimere toepassing had dan bij ons.<sup>33</sup> Onder de leden was vrij algemeen verzet tegen deze ‘principieel afwijkende stellingen’.<sup>34</sup> Kennelijk mede naar aanleiding hiervan hield Rutgers het jaar daarop een preadvies, getiteld *Beginselen van Huwelijkswetgeving*. Volgens hem was het huwelijk een eenheid maar wel van twee personen; het gelijkstellen van die twee personen hield al een element van ontbinding in. Als eenheid was het huwelijk ook onontbindbaar.<sup>35</sup> Deze twee preadviezen bevatten ook verslagen van de bespreking, die een prachtig beeld geven van de soms scherpe discussies.

30. Zie Van Deursen 2005, p. 91-116.

31. P.S. Gerbrandy, *Lijkverbranding*, 1924, p. 15 en 20.

32. H. Dooyeweerd, *Calvinisme en Natuurrecht*, 1925. Over de onnavolgbaarheid van Dooyeweerd en de kritiek van onder meer Gerbrandy, zie H.E.S. Woldring, ‘H. Dooyeweerd en de wijsbegeerte der wetsidee’, in: De Bruijn, Faber & Soeteman 2015, p. 115-122. Recent over Dooyeweerd als christenjurist, B. Hengstmengel, ‘Herman Dooyeweerd’, in: W. Decock & J. Oosterhuis, *Great Christian Jurists in the Low Countries*, Cambridge: Cambridge University Press 2021, p. 338-358.

33. A.C.G. van Proosdij, *Huwelijksrecht*, 1927, stellingen 5, 14, 15, 29 en 30.

34. P. Borst & A. Schenkeveld, *Vijftig jaren Calvinistische Juristen Vereniging*, 1973, p. 12.

35. V.H. Rutgers, *Beginselen van Huwelijkswetgeving*, 1959, p. 5-6.

Het referaat van Proosdij uit 1927, en dan vooral zijn manier van Schriftuitleg, kan mede zo gevoelig hebben gelegen vanwege de kwestie rond de jong overleden VU-hoogleraar Willem Zevenbergen (1884-1925) van een paar jaar eerder, tussen 1924 en 1925. Zevenbergens standpunt over de doodstraf – de overheid had volgens hem niet de plicht om de doodstraf aan moordenaars op te leggen – week af van de gangbare neocalvinistische opvatting daarover, bijvoorbeeld van Dammes Paulus Dirk Fabius (1851-1931), VU-hoogleraar van het eerste uur. Maar ook Zevenbergens opvatting over de exegese van de Bijbel die ten grondslag lag aan zijn standpunt over de doodstraf werd hem zwaar aangerekend, met name door de oudste zoon van Abraham Kuypers, Herman Huber Kuypers (1864-1945).<sup>36</sup> Pas in 1938 hield Beumer een preadvies over ‘Strafrechtsvragen’, waarin trouw het gereformeerde standpunt over de doodstraf werd vertolkt. Beumer noemde weliswaar ook Zevenbergen, maar dan vanwege zijn opvattingen over de verbetering van de dader.<sup>37</sup>

Het ontwikkelen en vooral praktisch toepassen van de gereformeerde beginselen blijkt niet eenvoudig. Het preadvies van Noteboom, over godslastering, geeft blijk van deze worsteling. Het tegengaan van godslastering wordt niet beschouwd als een algemeen beginsel, dat onverkort op de Nederlandse samenleving kan worden opgelegd. Dat is anders als die godslastering het beginsel van een geordende en vreedzame samenleving in gevaar brengt, dan moet godslastering wel strafbaar worden gesteld.<sup>38</sup> De vraag is of dat nog een specifiek gereformeerd grondbeginsel is. Volgens Hallebeek formuleert Noteboom hier vooral een algemeen christelijk beginsel.<sup>39</sup>

In twee latere preadviezen uit deze periode, waarin opnieuw het huwelijk aan de orde wordt gesteld, van Jan Verdam (1883-1964), raadsheer bij het Hof Amsterdam, uit 1940, en Hendrik Jan Zweers, notaris te Den Haag, uit 1959, wordt opnieuw de bijzondere status van het huwelijk benadrukt en in verband gebracht met christelijke beginselen. Volgens Verdam hoefde het geen betoog dat:

‘ontbinding van het huwelijk op den enkelen grond dat partijen zulks wenschen, in strijd is met de Heilige Schrift; ze gaat uit van de gedachte, dat het huwelijk slechts een zaak is van de beide echtgenooten, die zij naar believen kunnen regelen en is in strijd met het wezen van het huwelijk.’<sup>40</sup>

---

36. Zie Stamhuis 1988, p. 105-114; S. van Ruller, ‘W. Zevenbergen en de doodstraf’, in: De Bruijn, Faber & Soeteman 2015, p. 105-114.

37. E.J. Beumer, *Strafrechtsvragen*, 1938, p. 15 en p. 27-28.

38. J.W. Noteboom, *Overheid en Godslastering*, 1930.

39. Zie J.J. Hallebeek, het preadvies *Overheid en Godslastering* (1930) van J.W. Noteboom in deze bundel.

40. J. Verdam, *Het echtscheidingsvraagstuk*, 1940, p. 31. Uitgebreid over dit preadvies M. Antokolskaia in deze bundel.

En Zweers merkt op dat:

‘Wanneer echter door de wet het huwelijk niet meer als levenseenheid doch slechts als contract zou worden gezien, zou het christelijk beginsel ons nopen tot een ernstig protest.’<sup>41</sup>

De verwijzing van Zweers naar ‘het christelijk beginsel’ illustreert dat de verwijzingen naar beginselen algemener worden, het gaat niet langer om calvinistische of gereformeerde beginselen, maar om algemeen christelijke beginselen. Concrete consequenties voor regelgeving of de inrichting van de samenleving worden ook minder getrokken, het gaat bijvoorbeeld meer om hoe bepaalde ontwikkelingen vanuit christelijk oogpunt geduid moeten worden. Die aanpak is terug te zien in het betoog van Berghuis uit 1956, waarin hij een christelijke visie ontvouwt op de welvaartsstaat.<sup>42</sup>

Sterker nog, ook in deze periode zijn er preadviezen die vooral technisch-juridisch van aard lijken, die in wezen niet meer lijken te doen dan het geldende recht uitleggen en dat in context zetten – ook al is dat op een voor de CJV interessant terrein. Ik volsta met het geven van twee voorbeelden tegen het eind van deze eerste periode. In de preadviezen van De Jong, *Staat en Partij* (1957)<sup>43</sup> en Verburg, *Enige aspecten van het vraagstuk ‘schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad’* (1958)<sup>44</sup> wordt het geldende recht uitgelegd en in context geplaatst. Een mogelijk verband met gereformeerde of zelfs christelijke beginselen wordt in deze preadviezen niet gelegd; ook de ontwikkelingen rond politieke partijen en rechtmatige overheidsdaad worden niet in een christelijk perspectief geplaatst. Wat in het geval van politieke partijen makkelijk had gekund, bijvoorbeeld aan de hand van de wetskringen van Dooyeweerd. Deze preadviezen zijn door christenen geschreven, en dat lijkt dan gelijk ook het voornaamste onderscheidend criterium te zijn. Zelfs de thematiek komt overeen met die van bijvoorbeeld de Nederlandse Juristen Vereniging: in 1955 hadden W.G. Vegting en J. de Brauw al een preadvies uitgebracht over schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad.<sup>45</sup>

Deze schijnbaar eenvoudige methode – het als christen simpelweg uitleggen of beoefenen van het recht – wordt door Sjoerd Gerbrandy (1914-2018) beschreven en gepropageerd in zijn preadvies *Recht, Rede en Openbaring. Bijdrage tot de bezinning op het oekumenisch gesprek* uit 1953.<sup>46</sup> Gerbrandy vraagt zich af:

‘hoe gaat het geloof in in ons wetenschappelijk werk en hoe gebruiken wij de Openbaring daarbij? Wij willen deze vraag eerst negatief beantwoorden. Geen enkele uitspraak van de Heilige Schrift is geschikt voor rechtsweten-

41. H.J. Zweers, *Opmerkingen over verantwoordelijkheid naar christelijk beginsel in vermogensrechtelijke verhoudingen, speciaal in het huwelijk*, 1959, p. 42.

42. W.P. Berghuis, *Rechtsstaat en Welvaartsstaat*, 1956.

43. J.J. de Jong, *Staat en Partij*, 1957.

44. Gerh. Verburg, *Enige aspecten van het vraagstuk ‘schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad’*, 1958.

45. W.G. Vegting & J.H. de Brauw, *In hoeverre en naar welke beginselen behoort schadeloosstelling te worden toegekend bij rechtmatige aantasting van rechten of belangen door de overheid? Zijn hieromtrent nadere wettelijke regelingen wenselijk?*, Zwolle: Tjeenk Willink 1955.

46. Zie uitgebreid over dit preadvies T.J.J. van der Ploeg in deze bundel.



schappelijk gebruik. Het aanhalen van teksten om er juridische gevolgtrekkingen uit te maken is een werkwijze die zowel de zin van het recht als die van de Openbaring verduistert.<sup>47</sup>

Maar de vraag wordt ook positief beantwoord:

‘Gezegd werd dat geloof de intuïtie voedt. (...) Hoe het in haar precies toegaat, valt niet na te cijferen. Daarom valt de werking van het geloof in de wetenschappelijke arbeid ook niet nauwkeurig aan te geven. Wel is dit er van te zeggen: Het voortdurend levend contact met de Openbaring werkt vormend in op onze houding en instelling tegenover mensen en problemen.’<sup>48</sup>

Deze intuïtieve methode staat voor Gerbrandy overigens wel in dienst om de Bijbelse praktijk voor het leven te begrijpen; en vanwege een seculariserende wereld is het volgens hem noodzakelijk om daarvoor een zo breed mogelijke, oecumenische samenwerking aan te gaan.<sup>49</sup> Gerbrandy was met dit oecumenisch program zijn tijd vooruit, in elk geval de tijd van de CJV. Want eerst zullen er twee decennia van zoeken naar nieuw elan volgen.

### 3 1960-1979: christenen over het recht

#### 3.1 Thema's van buiten

Vanzelfsprekend is iedere periodisering enigszins arbitrair. Maar in de jaren zestig en zeventig vallen een aantal zaken op, zeker in vergelijking met de voorgaande ruim 35 jaar.

Allereerst is er de opvallende terugtrek van de politiek binnen de CJV in deze periode. Behalve door Johan Hendrik Grosheide (1930-2022), ARP-politicus en burgemeester van Rijswijk ten tijde van zijn preadvies, worden er geen preadviezen meer door pure politici gegeven. Ook het christelijk maatschappelijk middenveld is minder dan voorheen aanwezig,<sup>50</sup> net als de advocatuur, het notariaat en de rechterlijke macht. Deze plekken worden ingenomen door wetenschappers, voornamelijk van de VU, maar ook van andere instituten.<sup>51</sup> Het merendeel van de preadviezen

47. S. Gerbrandy, *Recht, Rede en Openbaring. Bijdrage tot de bezinning op het oekumenisch gesprek*, 1953, p. 35.

48. Gerbrandy 1953, p. 36.

49. Gerbrandy 1953, p. 3. Deze aanpak heeft duidelijk trekken van de personalistische aanpak van Paul Scholten (1875-1946). Gerbrandy lijkt inderdaad meer affiniteit te hebben met de methode van Scholten dan met die van Dooyeweerd, hoewel beiden gebruikmaken van rechtsbeginselen, zie Gerbrandy 1953, p. 18-38. Over de filosofie van Scholten, zie recent T. Slootweg, 'Paul Scholten', in: W. Decock & J. Oosterhuis, *Great Christian Jurists in the Low Countries*, Cambridge: Cambridge University Press 2021, p. 284-300.

50. G.C. van Dam (1964), PC Werkgeversverbond; W.J.E. van den Bos (1964), oud-bestuurder CNV, docent VU; P. Achterhof (1966), Bouwpatroonsorganisatie.

51. Van de 23 preadviseurs in deze periode, zijn er maar liefst elf hoogleraar aan de VU: H. Bianchi (1960); A.M. Donner (1961); G.H.A. Schut (1965); H.J. Hommes (1967); P.H. Kooijmans (1968); G. Kuypers (1969); J. de Ruiters (1970); T.P. van der Kooy (1971); N.W. de Smit (1975); J.E. Doek, G.E. Mulder (1977); bovendien was W.J.E. van den Bos (1964) docent aan de VU. J.P. Verheul (1973) was verbonden aan het Asser Instituut, J.F. Rang (1974) was bijzonder hoogleraar in Leiden, terwijl A.J. Hoekema als hoogleraar verbonden was aan de Universiteit van Amsterdam.

komt nu vanuit de wetenschap, en dan vooral van de VU. Dat hangt weer samen met de veranderende positie van de VU. Tot aan de jaren zestig was de VU vooral het wetenschappelijke bolwerk van de gereformeerde zuil.<sup>52</sup>

Door maatschappelijke ontwikkelingen zoals secularisatie en democratisering, wordt de VU vanaf de jaren zestig in toenemende mate een algemeen christelijke, deels vrijzinnige universiteit.<sup>53</sup> Waarvan het toenemend aantal hoogleraren – want daar waren er vanaf de jaren zestig ook simpelweg meer van dan in de eerste ruim 35 jaar van de CJV<sup>54</sup> – op zoek was naar de eigen positie ten opzichte van die veranderende maatschappij. De onderwerpen laten vooral grote maatschappelijke betrokkenheid zien. Er zitten veel typische jaren zestig en zeventig onderwerpen tussen: de rol van strafrecht in de samenleving,<sup>55</sup> democratisering,<sup>56</sup> economische machtsverhoudingen in Europa<sup>57</sup> en in de Nederlandse welvaartsstaat,<sup>58</sup> het milieu<sup>59</sup> en gezag.<sup>60</sup> In de eerste 35 jaar hadden veel titels een christelijke connotatie, ofwel door een verwijzing naar christendom of calvinisme<sup>61</sup> ofwel door een thema dat direct van belang was voor het gereformeerde volksdeel.<sup>62</sup> In de jaren zestig en zeventig zijn die verwijzingen verdwenen. Met enige overdrijving kan gesteld worden dat de thema's in de eerste 35 jaar werden gedictieerd door de agenda van de gereformeerde zuil: hoe zou de Nederlandse samenleving volgens calvinistische, christelijke beginselen moeten worden ingericht? In de jaren zestig en zeventig wordt de agenda van de CJV vooral beheerst door maatschappelijke ontwikkelingen.

52. Zie Van Deursen 2005, p. 135-153; J. de Bruijn, 'In den beginne. Inleiding op de periode 1880-1940', in: De Bruijn, Faber & Soeteman 2015, p. 13-26; S. van Ruller, 'Stijlbaar en omstrede. De hoogleraar D.P.D. Fabius', in: De Bruijn, Faber & Soeteman 2015, p. 27-40.
53. Zie uitgebreid Van Deursen 2005, p. 223-237 en p. 285-350. Zie daarnaast bijvoorbeeld E.J.H. Schrage, 'Niet bij wetenschap alleen. Over P.J. Verdam, I.A. Diepenhorst en W.F. de Gaay Fortman', in: De Bruijn, Faber & Soeteman 2015, p. 215-236; Th.A. de Roos, 'De democratiseringsbeweging aan de faculteit rond 1970', in: De Bruijn, Faber & Soeteman 2015, p. 237-246; A. Soeteman, 'Een nieuwe koers. Inleiding op de periode 1980-2010', in: De Bruijn, Faber & Soeteman 2015, p. 293-306, hier p. 299-300.
54. Tussen 1880 en 1959 werden 23 hoogleraren aan de juridische faculteit benoemd; in de 20 jaar daarna, tussen 1960 en 1979 werden 25 hoogleraren benoemd, zie 'Bijlage 1 Chronologisch overzicht van hoogleraren', in: De Bruijn, Faber & Soeteman 2015, p. 431-435, hier p. 431-432.
55. H. Bianchi, *De strafrechter en de bescherming der samenleving*, 1960; L. Oranje, *De politieke verantwoordelijkheid voor het vervolgingsbeleid*, 1976; J.E. Doek & G.E. Mulder, *Kinderstrafrecht. Enige beschouwingen over de grondslagen en de toekomst van een strafrecht van bijzondere aard*, 1977.
56. A.M. Donner, *De plaats der Staten-Generaal in het hedendaagse staatsrecht*, 1961; G. Kuypers, *De verhouding van regering, staten-generaal en kiezer*, 1969.
57. Chr. Kooij, *E.E.G.-Kartelrecht in ontwikkeling*, 1963.
58. G.C. van Dam, *Werknemer, ondernemer en rechtsvorm*, 1964; W.J.E. van den Bos, *Medezeggenschap van de werknemers in de onderneming*, 1964; G.H.A. Schut, *Produkten-aansprakelijkheid*, 1965; T.P. van der Kooy, *Economische macht en verantwoordelijkheid*, 1971.
59. G.E. de Jongste, *Ruimtelijke ordening en het landelijk gebied*, 1972; J. van Baars, *Kan ons recht ons milieu aan?*, 1979.
60. J.H. Grosheide, *Wat draagt de gezagsdrager?*, 1975; N.W. de Smit, *Het dilemma van de 'witte macht'*, 1975; A.J. Hoekema, *Openbaar bestuur en burger, voorzover zij elkaar uitsluitende tegendelen zijn geworden*, 1975.
61. Zie H. Dooyeweerd, *Calvinisme en Naturrecht*, 1925; A.M. Donner, *Enkele opmerkingen over den Christelijke Staat*, 1946; D. Schut, *Calvinistische beginselen en burgerlijk procesrecht*, 1952; S. Gerbrandy, *Recht, Rede en Openbaring*, 1953; H.J. Zweers, *Opmerkingen over verantwoordelijkheid naar christelijk beginsel in vermogensrechtelijke verhoudingen, speciaal in het huwelijk*, 1959.
62. A. Anema, *Antirevolutionaire beginselen en internationale verhoudingen*, 1926; A.C.G. van Proosdij, *Huwelijksrecht*, 1927; V.H. Rutgers, *Beginselen van Huwelijkswetgeving*, 1928; J.W. Noteboom, *Overheid en Godslastering*, 1930; L.W.G. Scholten, *Overheid en conscientiebezwaren*, 1931; J. Verdam, *Het echtscheidingsvraagstuk*, 1940.

Gereformeerde of christelijke beginselen zijn niet langer leidend voor het bepalen van de CJV-agenda. Als methode blijken de gereformeerde grondbeginselen ook niet langer bepalend in de preadviezen.

### 3.2 Maatschappelijke ontwikkeling als leidend beginsel

Het zoeken naar gereformeerde of althans christelijke grondbeginselen, en die vervolgens toepassen en uitwerken voor de rechtspraak, werd zeker vanaf de jaren zestig niet meer als standaardmethode voor een CJV-preadvies gezien. Veel van de preadviezen uit de jaren zestig en zeventig hebben een hoog technisch-juridisch gehalte ondanks dat, of misschien juist doordat, bepaalde maatschappelijke ontwikkelingen als uitgangspunt werden genomen. Als voorbeeld kunnen hier de adviezen van G.C. van Dam, secretaris van het Protestants-Christelijk Werkgeversverbond, en W.J.E. van den Bos, oud-bestuurder van de CNV en docent aan de VU, uit 1964 over de medezeggenschap van werknemers in de onderneming dienen.<sup>63</sup>

In de eerste plaats worden in deze adviezen de ontwikkelingen als het gaat om de medezeggenschap van werknemers in de onderneming uitgelegd en een wenselijke oplossing aangegeven. Van Dam is als werkgever tegen uitbreiding van de bevoegdheden van de ondernemingsraad, omdat dat volgens hem uiteindelijk niet tot echte medezeggenschap voert. Hij begint zijn conclusie als volgt:

‘Waarom houdt men zich in zoveel kringen zozeer bezig met de positie van de werknemer in de onderneming? Ik wil tot besluit van deze beschouwing in het antwoord op deze vraag nog eens tot uitdrukking brengen, dat het gaat om de arbeidende mens, die ook in zijn dagelijkse werk een antwoord heeft te geven op de roeping waarmee hij in het leven is gesteld. Die dagelijkse arbeid neemt een groot gedeelte van zijn leven in beslag. De gedachte, dat de werkende mens in activiteiten buiten zijn dagelijkse werk dat antwoord maar moet weten te geven, acht ik onaanvaardbaar. Want ook de arbeid in het sociaal-economische leven deelt in Gods redende liefde. Maar dan zullen alle wegen, die te bewandelen zijn, ook begaan moeten worden om in het arbeidsleven daarvan iets te laten blijken. De hier ter sprake gebrachte voorziening [nl. de medezeggenschap] is er slechts één van.’<sup>64</sup>

Hier spreekt overduidelijk een christen, die ziet en belijdt dat het leven één is; ook al ging het preadvies eerst en vooral over de technisch-juridische kant van het verhaal. In zijn preadvies ziet Van den Bos wel meer ruimte voor medezeggenschap van de werknemers en ook zijn verhaal gaat in op de juridische kant daarvan. Maar hij concludeert:

‘In het bovenstaande hielden wij ons bezig met medezeggenschap; dat is met mensen: ondernemer en werknemers. Welke oplossing men voor de medezeggenschap ook kiest, centraal daarin zal moeten staan de mens.

---

63. G.C. van Dam, *Werknemer, ondernemer en rechtsvorm*, 1964; W.J.E. van den Bos, *Medezeggenschap van de werknemers in de onderneming*, 1964.

64. G.C. van Dam, *Werknemer, ondernemer en rechtsvorm*, 1964, p. 20.

Voor ons als Christenen geldt, dat ondernemer en werknemers elkaar behoren te zien als beeldrager Gods en als medemens.<sup>65</sup>

Het centraal zetten van de mens past natuurlijk prachtig binnen de jaren zestig, maar niet echt binnen de gereformeerde grondbeginselen. Niettemin worden werkgever en werknemer aangesproken op hun christen-zijn. In hun conclusies zijn deze beide adviezen dus voluit christelijk. Maar het lijkt vooral te gaan over de visie van *individuele christenen* op juridische ontwikkelingen binnen de onderneming; niet om een *christelijke visie* op die ontwikkelingen.<sup>66</sup>

Het preadvies van Hendrik Jan van Eikema Hommes (1930-1984), VU-hoogleraar en opvolger van Dooyeweerd, *De betekenis van de Algemene Rechtsbeginselen voor de Rechtspraktijk* uit 1967, kan als uitzondering op de regel gezien worden. Van Eikema Hommes zet in wezen het werk van zijn voorganger Dooyeweerd voort, maar weet de praktische relevantie daarvan onvoldoende aan te wijzen voor zijn collegae aan de VU. Het werk van Van Eikema Hommes kan vooral als achterhoedegevecht worden beschouwd.<sup>67</sup>

Dat wil niet zeggen dat andere individuele preadviseurs in deze periode geen gebruikmaakten van gereformeerde grondbeginselen. Johannes Verheul (1928-2011) in zijn preadvies uit 1973 over rechtsvinding in het internationaal privaatrecht bijvoorbeeld, verwees naar Van Eikema Hommes. Daarbij ging het om de verhouding tussen beginselen en positief recht.<sup>68</sup> Ook verwees Verheul naar Dooyeweerd en Hommes waar het ging over rechtsbronnen.<sup>69</sup> Hoewel deze verwijzingen alleen plaatsvinden in de inleiding over rechtsvorming en in de afsluitende paragraaf over literatuur en de functionele rechtsleer, wordt hiermee niettemin het betoog wel in het kader van gereformeerde beginselen geplaatst.

De omslag van christelijke beginselen naar een incidentele visie van een individuele christen op het recht, komt ook naar voren in het preadvies over erfrecht van Herman Nijenhuis (1925-2015), notaris te Amsterdam. Zijn betoog uit 1978 was vooral heel technisch-juridisch van aard: de ontwikkelingen voor het gezin van het erfrecht werden gedetailleerd in kaart gebracht. Aan het slot van zijn betoog vraagt Nijenhuis zich af:

‘Het referaat van 1978 had ook gehouden kunnen zijn voor de Debatingclub voor juristen in Stadskanaal en omstreken. Valt er dan niets te zeggen waarover de leden van de Calvinistische Juristen Vereniging specifiek kunnen spreken?’<sup>70</sup>

65. W.J.E. van den Bos, *Medezeggenschap van de werknemers in de onderneming*, 1964, p. 39.

66. Eerder verscheen al het preadvies van P. Borst, *Medezeggenschap der arbeiders in de onderneming m.b.t. economische aangelegenheden*, 1951. Over grondbeginselen over de onderneming geformuleerd door Dooyeweerd, zie bijvoorbeeld A. Soeteman, *Een nieuwe koers*, 2015, p. 301.

67. Zie A. Soeteman, *Een nieuwe koers*, 2015, p. 300-302; L.C. Winkel, ‘H.J. van Eikema Hommes (1930 - 1984)’, in: C.J.H. Jansen, J.M. Smits & P.W. Brouwer, *16 Juristen en hun filosofische inspiratie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004, p. 225-231, hier p. 231.

68. P. Verheul, *Rechtsvinding in het internationaal privaatrecht*, 1973, p. 83.

69. P. Verheul, *Rechtsvinding in het internationaal privaatrecht*, 1973, p. 146-147.

70. H. Nijenhuis, *Erfrecht in het gezin*, 1978, p. 36.

Dan volgt een aantal uitleidende gedachten, die – ondanks verwijzingen naar Dooyeweerd en natuurrecht – eigenlijk niet meer doen dan de toenmalige ontwikkelingen nemen zoals ze zijn, deels met een beroep op Van Eikema Hommes.<sup>71</sup> Een christelijke visie wordt niet ontwikkeld; sterker nog, Nijenhuis' visie lijkt vooral bepaald door de maatschappelijke omstandigheden.

In deze periode lijkt de CJV vooral zoekende naar haar rol en in wezen haar bestaansrecht: wat is nog de meerwaarde van een CJV als haar preadviezen net zo goed gehouden hadden kunnen worden bij willekeurig welke andere juridische vereniging?

#### 4 1980-heden: christelijk-sociaal geïnspireerde reflectie

##### 4.1 Wetenschap en oecumene

Na 1980 – een jaar waarin niet vergaderd wordt – vindt een omslag plaats. De nieuwe voorzitter van het bestuur is Sjoerd Gerbrandy, die ruim 25 jaar daarvoor, in 1953, in wezen al een program voor de vereniging had ontvouwd: als christen – vanuit de oecumene – op wetenschappelijke wijze maatschappelijke problemen proberen te begrijpen.<sup>72</sup>

Vanaf 1980 verdwijnt vrijwel elke directe band met politiek en maatschappelijk middenveld als het gaat om de preadviseurs. Vanaf nu zijn vrijwel alle preadviseurs wetenschappers: (oud-)hoogleraar en in elk geval werkzaam (geweest) aan een universiteit – alleen in 1983, 1997 en 2017 was dat niet het geval.<sup>73</sup> Het overgrote deel van de preadviezen werd gegeven door VU-hoogleraren.<sup>74</sup> De VU was onderhand een algemeen christelijke of zelfs algemeen levensbeschouwelijke universiteit geworden.<sup>75</sup> In wezen was ook de CJV sinds eind jaren zeventig geen calvinistische vereniging meer, maar een algemeen christelijke. In 1997 wordt deze ontwikkeling bezegeld met de naamswijziging naar Christen Juristen Vereniging.

Net als in de jaren zestig en zeventig, zijn ook in deze periode veel onderwerpen buitengewoon actueel en in die zin is de maatschappelijke betrokkenheid hoog.<sup>76</sup>

71. H. Nijenhuis, *Erfrecht in het gezin*, 1978, p. 38.

72. Zie Gerbrandy 1953, p. 3 en p. 36. Zie hiervoor en uitgebreid de recensie van T.J.J. van der Ploeg van Gerbrandy's preadvies in deze bundel.

73. Ten tijde van het preadvies was W.J. van Bennekom (*Vreemdelingenbeleid en het concept van de rechtsstaat*, 1983) advocaat en procureur en rechter bij rechtbank Amsterdam; J.P.H. Donner (*Grenzeloos recht. De veranderende plaats en functie van het recht*, 1997) verbonden aan de WRR en J.R. Groen (*Honderd jaar onderwijspecificatie*, 2017) wetgevingsjurist.

74. Van de 61 preadviseurs tot en met 2022 waren er 27 hoogleraar en 6 medewerker aan de VU ten tijde van hun preadvies. Andere hoogleraren kwamen onder meer uit Utrecht, Tilburg, Groningen, Rotterdam, Amsterdam (UvA) en Nijmegen.

75. Zie Van Deursen 2005, p. 351-365.

76. Zie bijvoorbeeld H.W.K. Kaspersen, *De computer als rechter(s)hand. Enkele gedachten over informatisering en rechtspraak*, 1993. Uitgebreid over dit preadvies J. Wolswinkel in deze bundel. Vrijwel gelijktijdig brengt de VAR Vereniging voor bestuursrecht drie preadviezen over 'Beschikken en automatiseren' uit: H. Franken, I.Th.M. Snellen, J. Smit & A.W. Venstra, *Beschikken en automatiseren* (VAR-reeks 110), Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1993. Pas vijf jaar later besteedt de NJV voor het eerst aandacht aan digitalisering: A.W. Koers, M.V. Polak, Y. Buruma & P.B. Hugenholtz, *Recht en Internet: verkenningen op het gebied van het internationaal privaatrecht, het strafrecht en het auteursrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1998.

Maar de onderwerpen zijn meer dan in de jaren zestig en zeventig christelijk-sociaal geïnspireerd – identiteit en vrijheid van onderwijs,<sup>77</sup> grondrechten,<sup>78</sup> scheiding tussen kerk en staat<sup>79</sup> en menselijke waardigheid<sup>80</sup> – of houden rechtstreeks verband met religie of levensbeschouwing.<sup>81</sup> Opvallend zijn de gezamenlijke vergaderingen met de Rechtskundige Afdeling van het Katholieke Thijmgenootschap: in 1985 over euthanasie,<sup>82</sup> in 1989 over kunstmatige voortplanting<sup>83</sup> en in 1991 over de Algemene wet gelijke behandeling.<sup>84</sup> Daarin krijgt de oecumenische gedachte vorm door als christenen gezamenlijk bepaalde maatschappelijke ontwikkelingen met sterk levensbeschouwelijke kanten goed te begrijpen en daarover een eigen mening te formuleren.<sup>85</sup> De agenda van de CJV is in deze periode duidelijk christelijk-sociaal geïnspireerd.

#### 4.2 Reflectie op (christelijk-sociale) vooronderstellingen

Net als in de jaren zestig en zeventig, zijn er ook in deze periode genoeg referaten, waarin de preadviseur zijn visie op het recht geeft, zonder dat daarbij een specifiek christelijk visie op het recht wordt ontwikkeld. Dat geldt bijvoorbeeld al voor het tweede preadvies dat onder het voorzitterschap van Sjoerd Gerbrandy wordt gegeven, in 1982. Daarin verwoordt Frederik Willem Grosheide, hoogleraar aan de Universiteit Utrecht en lid van het Molengraaff Instituut, dit zelf heel puntig in het woord vooraf van zijn preadvies over eigendom:

‘Bij calvinistische juristerij heb ik mij nooit veel kunnen voorstellen. Bij juristerij beoefend door calvinisten echter zoveel te meer.’<sup>86</sup>

Deze benadering geldt voor een heel aantal van de preadviezen sinds 1980, waar vooral de technisch-juridische kant van bepaalde maatschappelijke ontwikkelingen centraal staat.<sup>87</sup>

- 
77. P.L. Dijk, *Identiteit en rechtspersoon*, 1981; P.W.C. Akkermans & A. Postma, ‘Stellingen debat over de vrijheid van onderwijs’, 1992.
78. A.K. Koekkoek, *De onderlinge verhouding van grondrechten*, 1985.
79. J.J. Oostenbrink, *Verschuivende grenzen en omstreden grenscorrecties. Enkele recente ontwikkelingen in de verhouding tussen ‘Kerk en Staat’*, 1990.
80. D.W.J.M. Pessers, *Menselijke waardigheid en het persoonsbegrip in het recht*, 2005.
81. Zie bijvoorbeeld J. Rimmelink, *Luther en het strafrecht. Een kritische bespreking van uitspraken van Maarten Luther over het strafrecht*, 1989. Uitgebreid over dit preadvies A. Soeteman in deze bundel; J.W. Sap, *Protestantisme en democratie in Massachusetts, 1630-1780*, 1996; N.J. Schrijver, *Na ons de zondvloed?*, 2006; B.C. Labuschagne, *Recht en religie*, 2007; R.P.J.L. Tjittes, *Islamitisch financieren in Nederland*, 2008; W.A. Zondag, *Religie in de arbeidsverhouding*, 2011. Over dit preadvies uitgebreid in deze bundel T. van Kooten; J.R. Groen, *Honderd jaar onderwijspacificatie*, 2017.
82. J. de Graaf, W.C.M. Klijn, C. van der Meer, Ch.J. Enschedé & T.M. Schalken, *Euthanasie: recht, ethiek en medische praktijk*, 1985.
83. J.S. Reinders, W.C.E. Hammerstein-Schoonderwoerd & J.E. Doek, *Kunstmatige voortplanting*, 1989.
84. B.P. Vermeulen, T.E. Rosier & A.A.M. Mattijssen, *De Algemene Wet Gelijke Behandeling*, 1991.
85. Zie bijvoorbeeld F.J.M. Feldbrugge, ‘Ten geleide’, in: J. de Graaf, W.C.M. Klijn, C. van der Meer, Ch.J. Enschedé & T.M. Schalken, *Euthanasie: recht, ethiek en medische praktijk*, 1985, p. VII en X.
86. F.W. Grosheide, *Eigendom in de overgang?*, 1982, p. 3.
87. Zie bijvoorbeeld S.E. Zijlstra, *De waarde van wetgevingstechniek*, 2012; B. Wessels, *De onafhankelijkheid van de faillissementscurator*, 2013; F. Schols, *Samenlevers-erfrecht? Waar een wil is, is een weg*, 2014; P.S. Bakker, *Rechtsgemeenschapconforme uitleg van contracten*, 2015.

Maar meer dan in de jaren zestig en zeventig, wordt in deze periode geprobeerd een christelijke visie op recht en maatschappij te ontwikkelen, bijvoorbeeld in de referaten van Jan Peter Balkenende uit 1995, *Verantwoordelijkheid en recht*<sup>88</sup> respectievelijk Ernst Maurits Henricus Hirsch Ballin uit 1999, *Netwerken van rechtsontwikkeling*.<sup>89</sup> Hoewel deze periode zeker niet staat voor een terugkeer naar de uitwerking en toepassing van christelijke grondbeginselen op het recht, speelt ook het denken vanuit beginselen nog steeds een belangrijke rol. Bij Pieter de Haan (1927-2005) bijvoorbeeld zorgt dat denken vanuit beginselen voor een samenhangende visie op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht.<sup>90</sup>

## 5 Conclusie

Waarin onderscheidt de CJV zich? Op grond van bovenstaande, signaleer ik drie zaken.

### 5.1 Overkoepelende thema's

De thematiek van de CJV-preadviezen onderscheidt zich door de vaak overkoepelende, multidisciplinaire en algemene aard daarvan. De preadviezen waren bedoeld voor calvinistische, later christelijke *juristen*, en dan moest een en ander niet zo specialistisch zijn dat alleen civilisten, strafrechtjuristen of bestuursrecht deskundigen erover zouden kunnen meepraten of denken. Die multidisciplinariteit en algemeen juridische insteek is iets wat de CJV onderscheidde en nog steeds onderscheidt van bijvoorbeeld de NJV. Waar het overzicht van CJV-preadviezen van de afgelopen eeuw een bont palet aan maatschappelijke thema's laat zien, was de NJV tot 1987 zeer herkenbaar in de keuze van onderwerpen: sowieso één privaatrechtelijk thema; het tweede thema het ene jaar strafrechtelijk en het andere jaar opnieuw privaatrechtelijk of meer administratiefrechtelijk van aard.

### 5.2 Levensbeschouwelijke onderwerpen

Bovendien raken de onderwerpen van de CJV vaak aan actuele maatschappelijke onderwerpen met een levensbeschouwelijke kant. Die (gevoeligheid voor de) christelijke levensbeschouwing is iets dat de leden van de CJV van oudsher met elkaar delen. Terwijl de NJV, juist omdat uiteindelijk het geldende Nederlandse recht de belangrijkste verbindende factor is, veel terughoudender is geweest met meer levensbeschouwelijke onderwerpen, zeker tot 1987.<sup>91</sup> Veel meer dan bij de CJV, lijkt het de NJV te gaan om technisch-juridische ontwikkelingen.

88. J.P. Balkenende, *Verantwoordelijkheid en recht. Een beschouwing over pluriformiteit, maatschappelijke verantwoordelijkheid en verdeling van taken en bevoegdheden*, 1995. Zie uitgebreid over dit preadvies J.L.W. Broeksteeg in deze bundel.

89. E.M.H. Hirsch Ballin, *Netwerken van rechtsontwikkeling*, 1999.

90. P. de Haan, *Het moderne bestuursrecht en de verhouding publiek-privaatrecht*, 1998. Zie over dit preadvies uitgebreid F.J. van Ommeren in deze bundel.

91. Vanaf 1987 stelt de NJV met enige regelmaat meer levensbeschouwelijke onderwerpen aan de orde, bijvoorbeeld: *Positieve discriminatie* (1989); *Manipuleren met leven* (1993); *Multiculturaliteit en Recht* (2008); *Humane Biotechnologie en Recht* (2009).

### 5.3 **Normatieve reflectie**

Vanwege die gedeelde gevoeligheid voor (de christelijke) levensbeschouwing, zoekt de CJV naar de vooronderstellingen binnen het Nederlandse recht: wat is de onderliggende levensbeschouwing, wat zijn de overtuigingen achter het recht. Bewuste, normatieve reflectie is wat de CJV bestaansrecht geeft.



## J.W. Noteboom, *Overheid en Godslastering* (1930)

Prof. mr. dr. J. (Jan) Hallebeek\*

‘En pas wanneer blijkt, dat deze verantwoordelijkheid zoo weinig gevoeld wordt en derhalve aan den eerbied voor God in die mate wordt te kort gedaan, dat de ordelijke samenleving daardoor verstoord wordt of dreigt te worden, kan er een roeping zijn voor de Overheid, om *in de lijn van het beginsel en in verband met de omstandigheden uitdrukkelijk bepaalde rechtsvoorschriften te stellen of bepaalde normen als rechtsnormen te erkennen.*’<sup>1</sup>

### 1 **Strafbaarheid van godslastering**

Bovenstaand citaat is ontleend aan een preadvies, geschreven voor de vergadering van de Calvinistische Juristen Vereniging van 28 mei 1930.<sup>2</sup> Het handelt over de eventuele strafbaarstelling van godslastering. Auteur is de jurist Jan Willem Noteboom (1893-1974), toentertijd adjunct-directeur van de Dr. A. Kuyper Stichting, het wetenschappelijk bureau van de Anti-Revolutionaire Partij. Het preadvies gaat uitvoerig in op een zes jaar eerder verschenen advies voor het Centraal Comité van Antirevolutionaire Kiesverenigingen, het zogenaamde rapport van de commissie Ridderbos.<sup>3</sup>

Het tegengaan van godslastering, in de zin van het kwaadspreken of bespotten van de goddelijke Persoon, heeft in de Europese Joods-christelijke traditie een lange voorgeschiedenis gehad. Voortbouwend op voorschriften uit de Bijbel (decaloog) was godslastering zowel naar Romeins als canoniek recht strafbaar. De rechtvaardiging daarvoor was gelegen in de plicht Gods naam te beschermen, de angst voor Gods wraak (natuurrampen) of bescherming van de eenheid van de kerk. Na de Franse Revolutie werd het niet meer als noodzakelijk gezien om godslastering strafbaar te stellen. De overheid diende zich neutraal op te stellen en zich niet te mengen in godsdienstige aangelegenheden, zo werd gedacht. Burgers moesten wel worden beschermd in de uitoefening van hun godsdienstvrijheid. De *Code Pénal*, die in ons land gelding heeft gehad van 1811 tot 1886, kende geen strafbaarheid van godslastering, haar opvolger het Wetboek van Strafrecht (1886) evenmin.

---

\* Prof. mr. dr. J. (Jan) Hallebeek is emeritus hoogleraar Europese rechtsgeschiedenis aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

1. J.W. Noteboom, *Overheid en Godslastering: referaat*, [’s-Gravenhage]: Calvinistische Juristen Vereniging 1930, p. 34.
2. J.P. Stoop, *Om het volvoeren van een christelijke staatkunde. De Anti-Revolutionaire Partij in het Interbellum*, Hilversum: Verloren 2001, p. 175 e.v.
3. J.P. Chardon e.a., *Strafbepalingen tegen godslastering en vloeken*, Kampen: J.H. Kok 1924. De commissie bestond uit Joseph Paulus Chardon (1881-1948), Jan Ridderbos (1879-1960), Victor Henri Rutgers (1877-1945), Pieter Abraham Schwartz (1892-1962) en Jan Wedeven (1884-1953). Ridderbos, de voorzitter van deze commissie, was hoogleraar exegese van het Oude Testament aan de Theologische Hogeschool te Kampen.

Daarbij speelde ook de overweging een rol dat om de rechten van de goddelijke Persoon te handhaven geen menselijke wetten nodig waren.<sup>4</sup>

Voor de aanleiding voor het strafbaar stellen van godslastering verwees Noteboom naar het genoemde rapport van de commissie Ridderbos, dat sprak over godslasterlijke manifestaties, die hun voedingsbodem hebben in Rusland. Als concrete voorbeelden werden de aanplakbiljetten voor lezingen genoemd die waren georganiseerd door de vrijdenkersbeweging 'De Dageraad' met daarop teksten als 'God is het Kwaad' en 'God is een gevaar voor de zedelijkheid'.<sup>5</sup>

## 2 De preadviseur en zijn preadvies

Jan Willem Noteboom, de auteur van het preadvies, werd geboren in Utrecht op 4 oktober 1893. Hij studeerde rechten aan de Vrije Universiteit en promoveerde op 10 december 1920 aan dezelfde universiteit bij professor Anne Anema (1872-1966) op het proefschrift *Beschouwingen over het Ontwerp tot wijziging en aanvulling van de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek omtrent de erfopvolging*. Zoals al gezegd, was hij verbonden aan de Dr. A. Kuyper Stichting, waarvan hij in 1931 directeur zou worden. Aan het begin van de oorlog werd hij vanwege uitlatingen en publicaties gedetineerd door de Duitse bezetter. Tot 1944 verbleef hij in gevangenschap. In 1946 werd hij burgemeester van Voorburg. Dat is hij gebleven tot zijn pensionering in 1958. In 1960-1961 was hij nog waarnemend burgemeester van Goes. Jan Willem Noteboom overleed op 21 juni 1974 in Hilversum.

Zoals gezegd ging het preadvies van Noteboom vrij uitvoerig in op het rapport van de commissie Ridderbos. Deze commissie had voorgesteld om godslastering in de zin van het honen en smaden van de goddelijke Persoon algemeen strafbaar te stellen, maar de strafbaarstelling van vloeken over te laten aan de lagere overheden. Die konden daartoe overgaan voor zover zij daarvoor steun vonden in het morele draagvlak van de burgers. Noteboom sprak in dit verband van 'volksconsciëntie'. De commissie had de strafbaarstelling primair gebaseerd op de opvatting dat godslastering een aanranding is van de goddelijke rechtsorde. De overheid heeft dan, volgens de commissie, de plicht daartegen op te treden. Een dergelijk optreden kon echter botsen met het recht op gewetensvrijheid. Om uit deze impasse te geraken stelde de commissie dat er een secundaire grond bestond om op te treden tegen godslastering. Het was namelijk ook de opdracht van de overheid om de goede zeden te handhaven, voor zover zij daarmee Gods Wet eerbiedigde. Het ongeclausuleerd handhaven van zowel de goddelijke rechtsorde als de goede zeden, zou echter niets overlaten van de individuele vrijheid. Daarom sprak de commissie over het handhaven 'tot op zekere hoogte en in zekeren zin' van Gods Wet en het handhaven van slechts die goede zeden, welke daarvoor naar de wijsheid van de overheid in aanmerking kwamen. De commissie meende verder dat de strafbaarstelling beperkt zou moeten blijven tot openlijke lastering en dat de strafmaat ten minste gelijk zou moeten zijn aan die van majesteitsschennis met als maximum een vrijheidsstraf van vijf jaar.

4. J.P. Chardon, *Geschiedenis en Begrip van de Strafbare Godslastering*, Oudshoorn: J.G. Baart 1907, p. 73.

5. Noteboom 1930, p. 17 en 24.

Ook in het preadvies van Noteboom werd gepleit voor strafbaarstelling van godslastering en in veel opzichten kon de auteur het rapport van de commissie onderschrijven. Ook hij meende dat godslastering en vloeken moesten worden verboden. Religieuze uitingen van niet protestantse geloofsgemeenschappen moest men vrijlaten. Noteboom meende wel dat de door de commissie aangevoerde rechtsgrond moest worden gecorrigeerd en dat enige voorstellen ter aanvulling gewenst waren. Daarmee kwam hij in zijn preadvies ook tot een iets andere praktische uitwerking. Hij wees de beperking van de strafbaarstelling tot openlijke lastering van de hand en bepleitte een strafbepaling die alle lastering waarbij een ander aanwezig was en ook het vloeken omvatte. Hij meende dat voor de beperking van de strafmaat tot maximaal vijf jaar gronden moesten worden aangevoerd. Hij was er zelf ook van overtuigd dat een beperking van de strafbaarstelling noodzakelijk was, maar die zou van een andere aard moeten zijn dan de beperkingen die door de commissie waren voorgesteld. Deze door hem voorgestelde beperking zal hieronder aan de orde komen. Voorts meende hij dat alleen opzettelijke godslastering strafbaar moest zijn, niet ook lichtvaardige uitingen. Een afzonderlijke strafbepaling voor vloeken was overbodig. Vloeken op grove wijze was al inbegrepen in de godslastering. Dat impliceerde dat onopzettelijke godslastering en stopwoorden die in bepaalde bevolkingsgroepen in het geheel niet als vloek werden opgevat, niet onder de strafbepaling zouden vallen, maar tot de sfeer van het geweten zouden behoren.

### 3 De taak van de overheid volgens de commissie en het preadvies

De meest wezenlijke kritiek van Noteboom op het rapport van de commissie Ridderbos betreft de opvatting over de taak van de overheid. In de optiek van de commissie heeft de overheid het recht en de plicht om 's Heeren Wet' te handhaven. Dat impliceert dat zij moet optreden tegen alle inbreuken op de goddelijke rechtsorde. In deze opvatting weerklinkt hetgeen was verwoord in artikel 36 van de Nederlandse Geloofsbelijdenis (1619), waarin aan de staat de opdracht werd toegekend 'om te weyren ende uyt te royen alle afgoderie ende valschen godsdienst'. Dit beginsel had ten tijde van de Republiek de repressie gerechtvaardigd van andere religieuze gemeenschappen dan de heersende Gereformeerde Kerk, zoals die van katholieken, lutheranen, remonstranten en Joden. Hun aanhangers werden als tweederangs onderdanen uitgesloten van het bekleden van openbare functies en hun werd de openlijke manifestatie van hun religie ontzegd. Het criterium dat de commissie hanteerde om het optreden tegen alle inbreuken op de goddelijke rechtsorde af te bakenen, was echter zwak. Want wat is bedoeld met 'tot op zekere hoogte en in zekeren zin' of met 'naar eigen wijsheid'? Het lijkt erop dat de commissie op dit punt er niet in geslaagd was een duidelijk criterium te formuleren. Zij beseftte dat handhaving in de uiterste consequenties op maatschappelijke weerstand en dus onuitvoerbaarheid zou kunnen stuiten. Zonder dat zo uit te spreken had de commissie, na het ideaal te hebben verwoord (het handhaven van de goddelijke rechtsorde), de blik gericht op de sociale werkelijkheid en de noodzaak gezien om de verbodsbepaling in te perken, zodat die maatschappelijk aanvaardbaar zou zijn.

In de ogen van Noteboom was een dergelijke afbakening willekeurig en subjectief. Noteboom gaf daarom een zijns inziens betere fundering. Hij ging daarbij niet zozeer uit van de gedachte dat de overheid 's Heeren Wet moest handhaven, maar dat zij de beginselen der Goddelijke Openbaring moest toepassen in wetgeving en bestuur. Daartoe behoorde de erkenning dat God de schepper en bestuurder van het heelal is. Ook Noteboom liep aan tegen het probleem dat de opdracht van de overheid kon botsen met gewetensvrijheid en de individuele vrijheid kon aantasten. Aan de gewetensvrijheid tilde hij minder zwaar dan de commissie had gedaan. De overheid moest immers haar roeping volgen overeenkomstig de eis van haar eigen geweten. Om de vrijheid van het individu niet te sterk aan te tasten, presenteerde Noteboom zoals gezegd een eigen afbakeningscriterium. Hij meende dat overheidsop treden alleen geboden is, als aan de eerbied voor God zozeer te kort wordt gedaan dat de ordelijke samenleving daardoor wordt verstoord. Daarvan is sprake bij grove godslastering. Dan wordt de ordelijke samenleving verstoord door de aantasting van Gods gezag, aantasting van de goede zeden en krenking van de godsdienstige gevoelens van medeburgers. Dan moet de overheid optreden, niet om Gods Naam te beschermen – dat kan God zelf – maar om de belangen te beschermen, waartoe de overheid verplicht is om haar roeping tot eer van God te vervullen. Daartoe behoren de bescherming van de goede zeden en de bescherming van de godsdienstige gevoelens van onderdanen. Maar ook dan is de strafwet nog niet altijd het juiste middel. De strafbepaling diende daarom te worden beperkt tot situaties waarin de ordelijke samenleving werd verstoord. Daarvan is alleen sprake in geval van honende en smalende godslastering. Honen en smaden verruwt en degenerereert namelijk de volksgeest. Het ontwricht de ordelijke menselijke samenleving en is in strijd met het recht.

Noteboom was ervan overtuigd dat zijn eigen afbakeningscriterium 'verstoring van de ordelijke samenleving' duidelijker en concreter was dan de criteria 'tot op zekere hoogte' en 'naar eigen wijs inzicht' die de commissie Ridderbos had gehanteerd. Of dat zo is, valt overigens nog te bezien. Want wie bepaalt of de ordelijke samenleving wordt verstoord? Is dat dezelfde overheid? Is dat dan niet evenzeer subjectief? Komt dat ook niet neer op 'eigen wijs inzicht'?

#### 4 Lex Donner (1932)

Bij wet van 4 november 1932 (*Stb.* 1932, 524), twee jaar na het verschijnen van het preadvies van Noteboom, werd smalende godslastering strafbaar gesteld door enige wijzigingen in het Wetboek van Strafrecht (Sr).<sup>6</sup> De nieuwe bepalingen werden naar de toenmalige ARP-minister van Justitie Jan Donner (1891-1981) aangeduid als de *lex Donner*.<sup>7</sup> De strafbaarstelling betrof uitspraken waarvan de formulering zelf een honen van de goddelijke Persoon impliceerde. Kritische uitlatingen over God of godsdienst vielen erbuiten. De smalende godslastering moest in het openbaar zijn geuit, mondeling, schriftelijk of door afbeeldingen, en krenkend zijn voor godsdienstige gevoelens van anderen. Directe aanleiding voor de *lex Donner* waren

6. In art. 147 Sr werd een nieuw sub 1o ingevoegd en aan art. 429 werd een art. 429bis toegevoegd. In 1934 volgde een aanvulling in een nieuw artikel 147a.

7. B. Koolen, 'Het smalle pad van Jan Donner. De ontstaansgeschiedenis van de Lex Donner 1932', *Tijdschrift voor Religie, Recht en Beleid* 2011 (2) 1, p. 72-85.

allerlei uitingen in de communistische krant *De Tribune*. Dit weekblad publiceerde regelmatig antigodsdienstige artikelen en spotprenten. Zo was vlak voor kerstmis 1930 onder de titel 'Weg met het kerstfeest!' een artikel verschenen dat opriep om Kerstmis af te schaffen en was op Goede Vrijdag 1932 een spotprent afgedrukt, 'De oude en nieuwe wereld', waarop twee arbeiders het kruis met Christus daaraan omhakten om plaats te maken voor de ideale communistische heilstaat.

De strafbaarstelling van godslastering werd, toen deze eenmaal was gecodificeerd, gezien als berustend op de bescherming van de godsdienstige gevoelens van burgers in de openbare orde, niet op de bescherming van de goddelijke rechtsorde of de goddelijke Persoon.<sup>8</sup> De bepaling diende bovendien niet enkel ter bescherming van godsdienstige gevoelens van het calvinistische volksdeel, maar van de gevoelens van allen die tot een geloofsgemeenschap behoorden.

## 5 Afscheid van de smalende godslastering als delict (2014)

Direct na de moord op de columnist en regisseur Theo van Gogh (1957-2004) in 2004 ontstond in de politiek een discussie over de strafbaarstelling van smalende godslastering. Terwijl sommigen een verruiming van artikel 147 Sr voorstonden, werd van liberale zijde gepleit voor afschaffing. Het artikel werd gezien als een bevoordeling van gelovige burgers ten opzichte van ongelovige burgers. Het artikel zou niet meer passen in de multiculturele samenleving. Het opzettelijk beledigen van burgers vanwege hun godsdienst zou voldoende beschermd zijn door de bepalingen die discriminatie verbieden (art. 137c-g Sr). In de literatuur werd er wel voor gepleit het verbod op godslastering om te vormen tot een verbod op het krenken van godsdienstige en levensbeschouwelijke opvattingen of op het beledigen van godsdienstige gemeenschappen en levensbeschouwelijke verenigingen. Een dergelijke bepaling zou beter passen bij de neutrale opstelling van de staat en vermijden dat de wereldlijke rechter zich zou moeten uitspreken over de vraag wat godslastering precies inhoudt.<sup>9</sup> Voor een deel voorzag artikel 137c Sr reeds in de hier beoogde bescherming. Hoewel artikel 147 Sr een constitutionele betekenis had, omdat deze bepaling niet alleen godsdienstige gevoelens, maar ook andere fundamentele rechten in bescherming nam, was het artikel gedoemd te verdwijnen. Binnen de Tweede Kamer ontstond een meerderheid die de afschaffing van artikel 147 Sr steunde. Op 20 januari 2009 werd een motie met die strekking aangenomen. Datzelfde jaar werd een initiatiefwetsvoorstel ingediend, inhoudende het schrappen van de strafbaarstelling van smalende godslastering. De Tweede Kamer stemde op 16 april 2013 in meerderheid voor het verdwijnen van de strafbaarstelling. De Eerste Kamer deed hetzelfde op 3 december 2013. Per 1 maart 2014 verdween het verbod op smalende godslastering uit het Wetboek van Strafrecht.<sup>10</sup>

---

8. Zie over de grondslag van art. 147 no. 1 Sr: E.J. de Roo, *Godslastering, Rechtsvergelijkende studie over blasfemie en andere religiedelicten*, Deventer: Kluwer 1970, p. 98-99.

9. A.P.H. Meijers, 'Het verbod op smalende krenkende godslastering: een legitieme strafbepaling?', *NTKR* 2007, afl. 1, p. 1-15.

10. In de wetgeving van sommige lagere overheden komt strafbaarheid van vloeken nog voor. Deze verboden zijn dan voorzien van de clausule dat de bepaling geen betrekking heeft op het openbaren van gevoelens of gedachten, als bedoeld in art. 7 Grondwet.

6 **Evaluatie**

In veel opzichten verhoudt de benadering van Noteboom zich beter tot de sociaal-politieke en culturele context van zijn dagen dan het rapport van de commissie Ridderbos. Het was zaak een politieke meerderheid te vinden om de strafbaarstelling van godslastering door de wetgever aanvaard te krijgen. De commissie baseerde zich op een opvatting omtrent de taak van de overheid, het handhaven van Gods Wet, die hoofdzakelijk werd gedeeld in calvinistische kring en waarvan men zich kon afvragen of die nog wel verenigbaar was met het geseculariseerde, democratische staatsbestel van die tijd. Kan het tot in zijn uiterste consequentie handhaven van de goddelijke rechtsorde de taak zijn van een overheid die zich in godsdienstig opzicht neutraal moet opstellen en gecontroleerd wordt door een democratisch gekozen volksvergadering? De grondslag voor de strafbaarstelling van godslastering die de commissie Ridderbos had geformuleerd kon niet steunen op een bepaling in de Grondwet of anderszins beruiste op de wil van de wetgever of rekenen op brede maatschappelijke instemming.

Noteboom ging uit van een overheid die de gevoelens van haar onderdanen diende te beschermen. Zij doet dat om haar roeping tot eer van God te vervullen, maar niet primair om Gods Naam te beschermen. Noteboom ontkennde niet dat de overheid de beginselen van de Goddelijke Openbaring kan toepassen. Wanneer de overheid God erkent als hoogste gezag, dient zij dat ook te doen in wetgeving en bestuur.<sup>11</sup> Maar in zijn algemeenheid stelde hij niet dat de overheid hoe dan ook de goddelijke rechtsorde handhaaft. Door een duidelijker fundering en afbakening te formuleren van de overheidsplicht om godslastering strafbaar te stellen bereikte hij dat doel. Hij hoopte immers dat de grondslag zoals door hem geformuleerd aanvaardbaar zou zijn voor 'alle groepen, die met Gods Wil wensen rekening te houden op staatkundig terrein'<sup>12</sup> teneinde zo tot een zoals hij het noemde 'noodzakelijke samenwerking' te komen. Het is de vraag of hij met de woorden 'alle groepen' ook alle christelijke denominaties op het oog heeft gehad. Hij sloot geen specifieke groepen uit. Hij kwalificeerde het 'aanroepen van de heiligen' en het maken of hebben van een 'beeltenis van eenig schepsel, met het doel (...) God daardoor te dienen' wel als verboden door het beginsel van de erkenning van God als schepper en bestuurder van het heelal<sup>13</sup>, maar verwees daarbij niet expliciet naar katholieken of lutheranen. Waar hij sprak over de andere kijk van veel katholieken op het gebruik van stopwoorden die in calvinistische kring als blasfemisch werden opgevat, was dat veeleer een verwijzing naar een sociale realiteit dan een oordeel. Dat doet vermoeden dat zijn opstelling tegenover andere religieuze gemeenschappen van christelijke signatuur betrekkelijk mild en open was.

De benadering van Noteboom lijkt hoe dan ook het paradigma van artikel 36 van de Nederlandse Geloofsbelijdenis achter zich te hebben gelaten. Een overheid die 's Heeren Wet handhaaft, maakt plaats voor een overheid die door het werk van christelijke politici de beginselen van de Goddelijke Openbaring tracht vorm te

11. Noteboom 1930, p. 34.

12. Noteboom 1930, p. 17.

13. Noteboom 1930, p. 30-31.

geven in wetgeving en bestuur. Zoals gezien realiseerde Noteboom zich dat de grondslag die het rapport van de commissie Ridderbos had gegeven aan de strafbaarstelling van godslastering misschien wel kon overtuigen in eigen antirevolutionaire kring, maar niet daarbuiten. Hij zal zich ervan bewust zijn geweest dat je mensen niet kunt overtuigen op basis van uitgangspunten die zij zelf niet onderschrijven. Thomas van Aquino (1225-1274) schreef zijn *Summa contra gentiles*, die speciaal was bedoeld voor het debat met de 'andersdenkenden', niet voor niets voornamelijk op basis van rationele overwegingen en zonder al te zeer te argumenteren aan de hand van geopenbaarde waarheden, die de andersdenkenden immers zelf niet aanvaardden.

Terugkijkend op de latere ontwikkeling, gebiedt de realiteit onder ogen te zien dat de politieke stroming, die Noteboom in 1930 aanduidde met de woorden 'alle groepen, die met Gods Wil wensen rekening te houden op staatkundig terrein', aan het begin van de eenentwintigste eeuw numeriek zozeer was verzwakt, dat handhaving van de strafbaarheid van de smalende godslastering politiek onhaalbaar was. Dat neemt niet weg dat Notebooms poging om een standpunt te verwoorden dat aanvaardbaar was voor een bredere kring van confessionele politici, te zien is als een stap in de richting van een grotere openheid. Wellicht mogen wij daarom zeggen dat zijn preadvies ertoe heeft bijgedragen dat de louter calvinistische inslag van de Calvinistische Juristen Vereniging zich in de loop van de twintigste eeuw wist om te vormen tot een meer oecumenisch-christelijke, welke ontwikkeling uiteindelijk in 1997 door de naamsverandering van de vereniging werd bezegeld.





# L.W.G. Scholten, *Overheid en consciëntiebezwaren* (1931)

Prof. mr. drs. B.P. (Ben) Vermeulen \*

‘Geheel wordt echter vergeten, dat het geweten van den onderdaan, ook wanneer de Overheid het als dwalend beschouwt, voor den onderdaan geweten blijft, van even onbeperkte geldigheid, als wanneer de gewetensuitspraken van Overheid en onderdaan overeenstemmen. [...] Iedere gewetensuitspraak [is] formeel reeds de bewustwording van een norm van een over den mensch staande macht, en ze is daarom in zekeren zin een openbaring van God.’<sup>1</sup>

## 1 Inleiding

Mijn bijdrage gaat over een preadvies van L.W.G. Scholten, getiteld *Overheid en consciëntiebezwaren*, in 1931 gepresenteerd voor de eerbiedwaardige vereniging wier honderdjarig bestaan met deze bundel gevierd wordt. Aan de keuze voor Scholten en dit preadvies ligt een zekere logica ten grondslag. Scholten was hoogleraar staatsrecht aan de Vrije Universiteit (1958-1968), en in zekere zin ben ik zijn verre opvolger, na P.J. Boukema (1971-1976), J.H. Prins (1977-1989) en H.J. de Ru (1990-1998).<sup>2</sup> En dat ik dit preadvies als onderwerp heb gekozen heeft ook een inhoudelijke reden. Het gaat over de spanning tussen de consciëntievrijheid<sup>3</sup> en het gezag van de overheid, een onderwerp dat mij vanaf het begin van mijn juridisch en rechtsfilosofisch onderzoek heeft bezig gehouden. Dit onderzoek resulteerde onder meer in mijn proefschrift over geweten en gewetensvrijheid.<sup>4</sup> Daarin komen op diverse plaatsen calvinistische auteurs – waaronder Scholten<sup>5</sup> – aan het woord over de verhouding gewetensvrijheid-overheid. En in mijn latere beschouwingen over de aan de gewetensvrijheid verwante vrijheid van godsdienst en levensovertuiging komt dit onderwerp nog steeds aan de orde.<sup>6</sup>

\* Prof. mr. drs. B.P. (Ben) Vermeulen is lid van de Raad van State en onbezoldigd hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Vrije Universiteit.

1. L.W.G. Scholten, *Overheid en consciëntiebezwaren*, Calvinistische Juristen Vereniging (Algemene Ledenvergadering van 10 juni 1931), p. 29-30.
2. Ik was hoogleraar staats- en bestuursrecht (met het accent op staatsrecht) aan de rechtenfaculteit van de VU van 1999-2008, en ben nog steeds op basis van gastvrijheidsverlening aan deze faculteit verbonden. Zie voor een schets van de ontwikkeling van de Afdeling staats- en bestuursrecht aan de VU in de laatste decennia de fraaie bijdrage van S.E. Zijlstra, ‘Onherkenbaar veranderd. Staats- en bestuursrecht na 1980’, in: J. de Bruijn, S. Faber & A. Soeteman (red.), *Ridders van het recht. De juridische faculteit van de Vrije Universiteit, 1880-2010*, Amsterdam: Promotheus/Bert Bakker 2005, p. 361-380.
3. Hierna zal ik veelal spreken van gewetensvrijheid.
4. B.P. Vermeulen, *De vrijheid van geweten, een fundamenteel rechtsprobleem*, Arnhem: Gouda Quint 1989. Ik zal hieruit met name in par. 3 putten.
5. In het bijzonder in mijn beschouwingen over het dienstweigeringsrecht, zie Vermeulen 1989, p. 75-87.
6. Zie bijvoorbeeld B.P. Vermeulen, ‘Wie bepaalt de reikwijdte van de grondrechten’, *Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en rechtstheorie*, 1992, p. 16-46; en recent bijvoorbeeld nog ‘Freedom of Thought, Conscience and Religion (Article 9)’, in: Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn & Leo Zwaak

Ik zal Scholtens loopbaan en zijn opvattingen over deze thematiek schetsen (par. 2), en aangeven op welke onderdelen zich, sinds zijn preadvies, belangrijke ontwikkelingen hebben voorgedaan (par. 3). Afgesloten wordt met een ‘waardering’, in twee betekenissen van het woord (par. 4).

## 2 De man, zijn werk, zijn preadvies

Lubbertus Willem Gerrit Scholten (1898-1969) studeerde rechten te Utrecht en was gedurende vele jaren, van 1922 tot 1956, als leraar en later directeur werkzaam aan de christelijke kweekschool Rehoboth (ook te Utrecht). Gedurende de Tweede Wereldoorlog toonde hij zich principieel tegenstander van de Duitse bezetter, en werd hij van 1941-1943 in Buchenwald en Sint Michielsgestel geïnterneerd. Naderhand was hij lid en vice-president van het Bijzonder Gerechtshof te Amsterdam en sinds 1950 president van de bijzondere strafkamer van de rechtbank Utrecht – gerechten opgericht ten behoeve van de berechting van collaborateurs, landverraders en oorlogsmisdadigers. In 1948 werd hij benoemd tot bijzonder hoogleraar parlementaire geschiedenis te Leiden. Vanaf 1958 was hij – zoals hiervoor al gememoreerd – ook hoogleraar in het staatsrecht aan de Vrije Universiteit. Voorafgaand daaraan was Scholten gedurende korte tijd lid van de Tweede Kamer voor de ARP (1956-1958), wat hem niet erg beviel: hij was meer (hoog)leraar dan politicus.

Scholten komt uit het inlevende herdenkingscollege van Diepenhorst<sup>7</sup> naar voren als een door en door fatsoenlijk mens, gewetensvol, onafhankelijk, hardwerkend, diepgelovig, in de persoonlijke omgang beminnelijk. Zijn wetenschappelijk werk was niet baanbrekend<sup>8</sup>, en werd door Diepenhorst gekwalificeerd als niet onverdienstelijk ‘historisch-juridisch speurwerk’. Zijn aanpak van het staatsrecht was primair politiek-historisch, waarbij het geldende recht vooral verklaard werd vanuit de parlementaire geschiedenis, zijn lievelingsvak dat hij reeds vanaf 1948 in Leiden doceerde.

Scholtens proefschrift was gewijd aan de opvattingen van Thorbecke over de vrijheid van onderwijs in het licht van de grondwetsherziening van 1848.<sup>9</sup> Het oogmerk ervan was niet erg spannend: aan te tonen dat Thorbeckes streven om de vrijheid van onderwijs in de Grondwet te verankeren louter gefundeerd was in de vrijheid van de ondernemende onderwijzer om een school op te richten, daar *onderwijs te geven* en in concurrentie te gaan met het openbaar (= overheids)onderwijs: het *droit d’enseigner*. Ten onrechte had Thorbecke, aldus Scholten, de fundering niet ook gezocht in de vrijheid van ouders om hun kinderen in de geest van hun religieuze en levensbeschouwelijke opvattingen (‘begrippen’) *onderwijs te doen geven*, het *droit d’apprendre*. Scholten is zeker in zijn opzet geslaagd.

(red.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen-Oxford: Intersentia 2018 (5th edition), p. 735-764 (tezamen met H. van Roosmalen).

7. I.A. Diepenhorst, ‘Prof. Dr. L.W.G. Scholten. In Memoriam’, *Anti-Revolutionaire Staatkunde* 1969, p. 21-29.
8. De eerdergenoemde, aan de rechtenfaculteit van de VU gewijde bundel *Ridders van het recht* volstaat met de enkele opmerking dat aan Scholten geen afzonderlijk hoofdstuk wordt besteed (p. 189). NB: er wordt verder zelfs geen enkele zin meer aan hem gewijd.
9. L.W.G. Scholten, *Thorbecke en de vrijheid van onderwijs tot 1848*, Utrecht: Schotanus & Jens 1928.

Overigens heeft de grondwetgever beide grondslagen voor de vrijheid van onderwijs omarmd:

“Tegenover dit openbaar onderwijs, door den Staat ingesteld, aangekweekt, aanbevolen en beschermd [het openbaar onderwijs], zal intusschen overstaan het regt voor elk, die, naar regelen door de wet te stellen, van zijne bekwaamheid en zedelijkheid kan doen blijken, om vrijelijk zijne kundigheden aan anderen mede te delen [het *droit d’enseigner*]. Tegenover dat openbaar onderwijs, door den Staat ingesteld, aangekweekt, aanbevolen en beschermd, zal intusschen overstaan het regt der ouders om naar hunnen begrippen de opvoeding hunner kinderen te regelen, en de ontwikkeling van hun verstand toe te vertrouwen aan hen, die, geheel onafhankelijk van het gezag, met bekwaamheid en zedelijkheid toegerust, de bevoegdheid tot het geven van onderwijs hebben verkregen<sup>10</sup> [het *droit d’apprendre*].

De in de Grondwet van 1848 opgenomen vrijheid van onderwijs had dus een tweevoudige grondslag. Enerzijds vloeide zij voort uit de door Thorbecke gepropageerde vrijheid van eenieder om het beroep van zijn keuze uit te oefenen, het ‘regt voor elk [...] om vrijelijk zijne kundigheden aan anderen mee te deelen.’ Anderzijds vloeide zij ook voort uit het ouderlijk opvoedingsrecht, ‘het regt der ouders om naar hunne begrippen<sup>11</sup> de opvoeding hunner kinderen te regelen, en de ontwikkeling van hun verstand toe te vertrouwen aan hen, die [...] de bevoegdheid tot het geven van onderwijs hebben gekregen.’ Deze zienswijze op het dragerschap – het rechtssubject van de onderwijsvrijheid is de aanbieder van onderwijs, de leraar of de school, maar onder de vooronderstelling dat aldus ook zij die onderwijs genieten (leerlingen en hun ouders) onderwijs kunnen krijgen conform hun gewetensovertuiging – bleef na 1848 overeind staan: de grondwetgever van 1917 had hierover dezelfde opvatting.<sup>12</sup> Ongetwijfeld gold dat ook voor Scholten.

Hoewel Scholten Thorbecke in zijn proefschrift kritiseerde, had hij grote bewondering voor de staatsman, wiens gedachtegoed hem bleef uitdagen.<sup>13</sup> Zo inspireerde Thorbecke hem tot de opvatting dat sprake moet zijn van een organisch verband tussen individu en samenleving, tussen persoon en staat, tussen het handelen van de enkeling en de ontwikkeling van de geschiedenis, waarbij ‘eerst dan het beste is bereikt, als er harmonie bestaat tusschen deel en geheel’.<sup>14</sup> De delen zijn niet los te zien van het geheel; tegelijkertijd heeft elk zijn eigen plaats en recht.

Dan nu het preadvies. Scholten begint zijn betoog met een beknopte historische schets<sup>15</sup> (p. 6-13), die aanvangt met de Stoa, volgens welke stroming het geweten

---

10. *Handelingen II 1847/48*, p. 355; B.P. Vermeulen, *Constitutioneel onderwijsrecht*, Elsevier: Den Haag 1999, p. 17.

11. Waarmee met name de gewetensovertuiging bedoeld werd.

12. D. Mentink, *Artikel 23 van de Grondwet: de vrijheid van richting en de dragers van de onderwijsvrijheid*, Den Haag: Onderwijsraad 1996, p. 59-60.

13. Zie zijn *Voetsporen van Thorbecke*, Assen 1966.

14. Scholten 1928, p. 155.

15. Zie voor een uitgebreid historisch overzicht Vermeulen 1989, p. 5-127.

— de *recta ratio* — inzicht geeft in de wetten die de kosmos beheersen. Wat al te christelijk interpreteert Scholten dit als ‘de onuitroeibare bewustwording van de door de Schepper gewilde zedelijke bestemming’ (p. 8). Vervolgens noemt Scholten Thomas van Aquino, die het onderscheid maakte tussen het geweten — *synteresis* — als kenbron van *a priori* voorhanden (god-gegeven) algemene basisbeginselen van het natuurrecht, en de *conscientia* als het oordeelsvermogen om deze beginselen in het concrete geval toe te passen. Deze opvatting komt terug in onder meer de visie van de theoloog Bavinck, en wordt door minister Heemskerk (p. 26) en Tweede Kamerlid Zijlstra (ARP) in hun beschouwingen inzake de Dienstweigeringswet (1923) hernomen (p. 10-11 en p. 26-27). Ook andere door Scholten genoemde schrijvers zien in het geweten (*conscientia*) het orgaan waarin de mens zichzelf beoordeelt naar de wet Gods. Deze schrijvers gaan veelal minder sterk van een thomistisch schema uit, maar veronderstellen niettemin evenzo dat de uitspraak van het individuele geweten voor de persoon heeft te gelden als een openbaring van God. Ook Scholten zelf volgt *grosso modo* deze opvatting, blijkt uit het citaat waarmee mijn bijdrage aanving.

Vervolgens worden de toenmalige gewetensgevoelige onderwerpen besproken, en de daarop betrekking hebbende wettelijke regelingen die waar mogelijk gewetensbezwaarden beoogden te accommoderen, onder meer in verband met eedsaflegging, militaire dienst, sociale verzekeringsplicht, stemplicht, voeding in het leger, enz. Scholten ziet dergelijke accommoderende regelingen vermoedelijk als wenselijke regelingen om het conflict tussen staat en individueel geweten niet op de spits te drijven (p. 13-18). Tegelijkertijd waarschuwt hij voor de consequentie die Kuyper leek te trekken in de Toelichting op *Ons Program*, waarin deze ‘de conscientie voorstelt als grens der Overheidsmacht’ (p. 9), een harde grens die blijkbaar altijd door de overheid in acht genomen zou moeten worden (p. 18-24). Zover wil Scholten zeker niet gaan. Hij is vanuit zijn organische visie beducht voor al te vergaande vrijheidsaanspraken van het individu tegenover de overheid: er moeten dus grenzen gesteld kunnen worden aan het geweten. Met instemming bespeurt hij een kentering in de calvinistische visie ter zake (p. 28). Reeds De Savornin Lohman ging daarin voor, bij de kwestie van de vaccinatiedwang (p. 24).

Waar ligt nu de grens die aan het geweten gesteld mag worden? Scholten wijst de ‘oplossing’ van Kranenburg af, die meent dat het geweten slechts moet wijken wanneer de gewetensvrijheid van anderen wordt aangetast (p. 21). Dat lost immers niets op: ‘wie bepaalt ten slotte, of misschien door het eerbiedigen van de conscientie van sommigen, [dat] de conscientievrijheid van anderen wordt aangetast? De groepsorganisatie, bij een wet? Dan is men geen stap verder gekomen, daar het conflict tusschen wet en geweten zoo blijft bestaan. En is het tenslotte niet lichtelijk vreemd de grens der eerbiediging van de conscientiebezwaren van sommigen te zoeken in de aantasting van die van anderen?’ (p. 21-22). Ook een beroep op de leer, dat het dwalende geweten door de overheid niet hoeft te worden gerespecteerd, kan niet door de beugel: ‘Geredeneerd vanuit het standpunt der Overheid legt zij slechts het odium der dwaling op elk geweten van den onderdaan, dat tegen een Overheidsbevel revolteert. Geheel wordt echter vergeten, dat het geweten van den onderdaan, ook wanneer de Overheid het als dwalen beschouwt, voor den onderdaan *geweten* blijft, van even onbeperkte geldigheid, als wanneer de gewetensuit-

spraken van Overheid en onderdaan overeenstemmen. Stelt men, dat de Overheid voor het dwalende geweten niet hoeft te wijken, dan zegt men ingewikkeld, dat de Overheid bij conflict nooit hoeft te wijken. Het wijken der Overheid voor het geweten is dan hoogstens een zekere vriendelijke welwillendheid' (p. 29).

Geïnspireerd door het betoog van senator Anema, gehouden bij de behandeling in de Eerste Kamer van het wetsontwerp Dienstweigeringswet 1923, ziet Scholten de grens aan de gewetensvrijheid daar, waar de overheid de rechtsorde noodzakelijkerwijze moet doorzetten met voorbijgaan aan het individuele geweten.<sup>16</sup> Hoewel op zichzelf het religieuze en zedelijke leven – waartoe ook de sfeer van het geweten moet worden gerekend – tot een 'fijnere en hogere ordening' behoort dan de 'ruwe' rechtsordening, moet niettemin de handhaving van die rechtsordening, ook al zou dat ten koste van het geweten gaan, prevaleren wanneer zij anders niet meer de onmisbare voorwaarden kan handhaven die noodzakelijk zijn voor het functioneren van die 'hogere sferen' (p. 27-30). In een later preadvies voor de CJV heeft Scholten zich hierover – uitgebreider en helderder – uitgelaten, waarin hij overweegt<sup>17</sup>:

'De grondwet doet door het opsommen der vrijheidsrechten niets anders dan bepaalde handelingen te verwijzen naar het terrein van religie en zeden. Daarom kan deze constitutionele garantie [van de vrijheidsrechten] nimmer betrekking hebben op daden, die de rechtsorde dreigen te vernietigen. Ook als deze voortvloeien uit de persoonlijkheid [zoals het geweten] vallen zij onder het optreden der Overheid, omdat deze gehouden is de rechtsorde te beschermen, welke de noodzakelijke voorwaarde is voor het functioneren van de religieuze en zedelijke ordening. De vrijheidsrechten zijn een bescherming van den mensch tegen den staat, maar niet een prijs geven van den staat aan den individueelen mensch. [...] De fout van de revolutionaire theorie was, dat zij op de vrijheidsrechten de staatsinstellingen baseerde. Dat is onjuist; de staatsinstellingen zijn van de vrijheidsrechten onafhankelijk. Sterker, zij moeten tegen misbruik door middel van de vrijheidsrechten worden beschermd. [...] Want wel is de sfeer van het recht grover dan die van zeden en religie, doch wanneer de noodzakelijke handhaving der rechtsorde het eischt, moet de Overheid niet aarzelen, desnoods onder aantasting van de persoonlijkheid, zooals die zich zedelijk of religieus uit, op te treden.'

### 3 **De ontwikkelingsgang van het gewetensbegrip en de vrijheid van geweten**

Hoe moeten we nu Scholtens preadvies beoordelen? Laat ik vooraf wat zeggen over de stijl. Het preadvies is, net als zijn proefschrift, nogal saai geschreven. Scholten schrijft stijf-plechtstatig, omslachtig, in een weinig directe trant. Hij werkt veel met lange citaten, waarvan vaak niet bij aanvang duidelijk is dat het citaten zijn, of

- 
16. Anema zegt in dit verband: 'Ons inzicht in de huidige omstandigheden noopt ons tot de positie van de Overheid te beveiligen tegen de thans steeds toenemende aanslagen van hen, die vanuit het individuele geweten ongehoorzaamheid leeren.' (p. 27).
  17. L.W.G. Scholten, *Het beginsel der vrijheidsrechten*, Calvinistische Juristen Vereniging (Algemene Ledenvergadering van 5 mei 1937), p. 22-23.

onhelder is in hoeverre hijzelf deze tot de zijne maakt. Het betoog blijft te vaak abstract. Concrete casus of voorbeelden blijven achterwege. Conclusies worden te beknopt, niet erg helder en tussen neus en lippen door geformuleerd.

Dat is jammer, omdat Scholten echt wel wat heeft te melden.<sup>18</sup> En het had vermoedelijk ook wel anders gekund: zowel Diepenhorst als Scholtens opvolger Boukema roemen Scholten als een uitmuntend docent. Hij beheerste zijn stof volledig; zijn colleges waren boeiend en stimulerend, vaak gelardeerd met anekdotes; bij hem vond er nooit studentenoproer plaats (en dat in de woelige jaren zestig!). Had Scholten in zijn geschriften een lossere en puntiger stijl gebezigd, dan had hij ongetwijfeld meer naam gemaakt.<sup>19</sup>

Dan de inhoud. In het licht van Scholtens tijd was het preadvies een alleszins aanvaardbaar rechtsgeleerd betoog. De theologische fundering van de gewetensvrijheid — de opvatting dat God in het geweten zijn wetten openbaart en het geweten om die reden door de overheid geëerbiedigd moet worden — is lang de heersende geweest, en was dat nog ten tijde van het preadvies. Op een enkel punt was Scholten zijn tijd bovendien vooruit. Opvallend is dat hij, naast de gebruikelijke in goddelijke geboden en verboden gefundeerde religieuze gewetensbezwaren, ook de mogelijkheid aanvaardde van ‘verstandelijke’ en ‘politieke’ gewetensbezwaren (p. 30). De meesten in zijn intellectuele omgeving — bijvoorbeeld de regering en regeringsgezinde Kamerleden bij de behandeling van het voorstel van de Dienstweigeringswet 1923 — waren zo ver nog lang niet. En nog verder ging Scholten door zelfs de mogelijkheid te benadrukken van voor buitenstaanders uiterst irrationele gewetens-overtuigingen en ook aan die overtuigingen ruimte te gunnen: ‘elke gewetensuitspraak van den onderdaan, zelfs de meest zonderlinge, is dwingende reden voor de Overheid tot wijken, zo dit eenigszins met de vervulling van haar taak is overeen te brengen’ (p. 29).

Curieus is, dat Scholten in zijn historisch overzicht stelt dat de vrijheid van geweten — zoals deze vanaf de zestiende tot de negentiende eeuw opgevat wordt — wezenlijk iets anders zou zijn dan de vrijheid van godsdienst. Dat is onjuist. Onder de vrijheid van geweten werd in deze periode begrepen de onaantastbaarheid van het *forum internum*, hetgeen neerkwam op een absoluut inquisitieverbod, en daarnaast de vrijheid om God naar de eigen gewetens-overtuiging in de sfeer van het gezin en het eigen huis te mogen eren (de *devotio domestica simplex*).<sup>20</sup> In de godsdienstvredesakkoorden, zoals de Unie van Utrecht (1579), het Edict van Nantes (1598) en de Vrede van Westfalen (1648), wordt deze private belijdenisvrijheid steeds als

18. Zie de volgende noot.

19. Overigens is zijn latere preadvies voor de CJV, *Het beginsel der vrijheidsrechten* (1937), helderder, minder omslachtig en beter gestructureerd. Dat preadvies getuigt van eruditie en een goed begrip van de verschillende visies op de vrijheidsrechten. Scherp ziet Scholten dat binnen de nationaal-socialistische wereldbeschouwing voor deze rechten geen enkele plaats is (p. 3 en p. 16-17). Tijdens de bezetting heeft hij dat aan den lijve ondervonden, zie par. 2.

20. Vermeulen 1989, p. 56-66. Zie art. 13 van de Unie van Utrecht, waarin de overheid alle ruimte gegeven wordt om in de publieke sfeer regels omtrent religie te stellen, maar verboden wordt in de private sfeer te treden, dus slechts mag optreden onder het voorbehoud ‘dat een yder particulier in sijn Religie vrij sal moegen blijven, ende dat men nyemant ter cause van de Religie sal moegen achterhaelen ofte ondersoucken’.

vrijheid van geweten (consciëntie) aangeduid en steeds opgevat als het meest basale, elementaire aspect van de godsdienstvrijheid. Het is deze theonome grondslag van het geweten, als de persoonlijke ruimte waar de mens het transcendentie raakt en de geboden Gods ervaart, die als morele basis voor de erkenning van deze basale godsdienstvrijheid heeft gefungeerd. Het is deze godsverbondenheid van het geweten die maakt, dat de private sfeer (het eigen innerlijk, huis, gezin) 'heilig' is, en er dus een aan de staat voorafgaande of bovenuitgaande onaantastbare individuele vrijheidssfeer is. Het is deze religieuze fundering van het geweten die een kiem was voor de idee van de inherente menselijke waardigheid en de daaruit voortvloeiende mensenrechten.<sup>21</sup>

Daarmee komen we bij een beoordeling van het preadvies in het licht van de huidige tijd. Het aannemen van een inherente verbinding tussen God en geweten, tussen religie en consciëntie, tussen metafysisch-natuurrechtelijke principes en individuele moraliteit is binnen de (westerse) levensbeschouwelijk-neutrale rechtsstaat al lang onhoudbaar. Het gewetensbegrip is onder invloed van de maatschappelijke ontwikkelingen en de onttheologisering en ontmythologisering in de filosofie en de menswetenschappen<sup>22</sup> dusdanig getransformeerd dat het zelfs een *radicaal tegengestelde* inhoud ten opzichte van het oorspronkelijke concept heeft gekregen. In oorsprong, in de traditie van de Stoa en het Christendom – een traditie waarin ook Scholten nog geplaatst moet worden – is het geweten letterlijk *conscientia*. (1) In deze klassieke opvatting is het geweten ten eerste *conscientia*, *bewust weten*<sup>23</sup>: in het geweten wordt de mens zich *in optima forma* moreel bewust, openbaren zich de eeuwige door God gegeven wetten (de *synteresis* van Thomas van Aquino). (2) Daarmee is het geweten ook letterlijk *weten* (*scientia*): het is de bron en vindplaats van een *a priori* gegeven morele rationaliteit. (3) Ten slotte is het geweten *conscientia*, de toegangspoort tot de inherente, universeel geldende normatieve beginselen (morele wetten) die alle mensen gemeen hebben: het geweten is uitdrukking van het 'samen weten' van die algemeen geldende beginselen.<sup>24</sup>

Onder invloed van secularisatie, subjectivering en individualisering is het gewetensbegrip evenwel in zijn tegendeel komen te verkeren. (1) Het is niet meer een ethisch-rationeel *bewust* weet hebben van God-gegeven wetten, maar een door omgevingsfactoren en door het onderbewuste gedetermineerd gevoel; (2) het is niet meer een *weten* van een voor-gegeven objectieve religieuze moraliteit maar een louter subjectieve overtuiging, die seculier, religieus, emotioneel, individueel, collectief, enz. kan zijn; en (3) het is niet meer een *samen weten*, niet meer een vindplaats van ob-

21. Vermeulen 1989, p. 53-56.

22. Te denken valt aan de invloed van Marx, Darwin, Nietzsche en Freud, die het geweten niet meer zien als een autonome toegang tot een transcendentie morele orde, maar als een variabel fenomeen, product van louter empirische – economische, biologische, sociaal-psychologische – factoren.

23. In het Engels en het Frans heeft 'conscience' zowel de betekenis van 'geweten' als van 'bewustzijn'. Niet voor niets plaatst art. 1 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens 'weten' en 'geweten' op één lijn: 'Alle mensen worden vrij en gelijk in waardigheid en rechten geboren. Zij zijn begiftigd met verstand en geweten, en behoren zich jegens elkander in een geest van broederschap te gedragen.'

24. Dit moet overigens enigszins genuanceerd worden. Bedacht moet worden, dat naast het inzicht in de algemene voor eenieder kenbare abstracte geboden ook steeds ruimte werd gelaten aan het concept van het in concreto dwalende geweten, dat die algemene geboden verkeerd kan verstaan en onjuist kan toepassen. Ik volsta hier met verwijzing naar Vermeulen 1989, p. 48 e.v.

jectieve, collectief erkende morele principes, maar een persoonlijk-individueel gevoel. Deze uitkomst is reeds scherp gesignaleerd in de fraaie oratie van Scholtens opvolger Boukema, waarin principieel elke poging om de inhoud van het geweten te objectiveren en elke poging om het geweten aan een specifieke voedingsbron te koppelen afgewezen wordt.<sup>25</sup>

Het geweten is, door het loslaten van de historische binding met een bepaalde godsdienstige moraal en het overschrijden van de daarin vooronderstelde begrensde actieradius, die grotendeels zag op het persoonlijk-religieuze leven, naar het terrein van de publieke sfeer, 'oeverloos' geworden. Het enige criterium dat overgebleven is, is of de subjectieve motivatie die aan een doen of nalaten ten grondslag ligt gepaard gaat met intense morele ernst, tot uitdrukking komend in de bereidheid om vanwege de eigen gewetensovertuiging zware consequenties op de koop toe te nemen.<sup>26</sup> Thans kan in principe elke daad, indien deze gepaard gaat met zulke *Bereitschaft zur Konsequenz*<sup>27</sup> (martelaarschap), uitdrukking zijn van het geweten als bron van individuele morele subjectiviteit, van de persoonlijke morele identiteit. Ook de terrorist kan een martelaar en dus gewetensdader zijn, wanneer hij bereid is zijn leven te offeren voor zijn als absoluut ervaren morele gelijk. Kortom, het geweten is formeel geworden, is losgekoppeld van inhoudelijke criteria: het is niet meer afhankelijk van een specifieke voedingsbron, wordt enkel gekenmerkt door een subjectieve morele ernst, een intense overtuiging, en kan in principe de aanzet geven tot welke daad dan ook.

Met de hieruit voortvloeiende 'oeverloosheid' en de bewijsproblemen die het ver-eiste van de *Bereitschaft zur Konsequenz* met zich brengt,<sup>28</sup> is de vrijheid van geweten als een algemeen geformuleerd grondrecht, met een daarop toegespitste, begrensde beperkingsclausule, onmogelijk geworden. Met het oog op het behoud van de algemeen-verbindendheid van de democratisch-rechtsstatelijke rechtsorde zou een dergelijke clausulering alomvattend moeten zijn.<sup>29</sup> Daarmee zou opnem-ing van de vrijheid van geweten zinloos worden. Zie in deze zin de regering in het kader

25. P.J. Boukema, *Het geweten als staatsrechtelijk probleem*, Samsom: Alphen aan den Rijn 1972, p. 5. Ik heb veel aan Boukema's oratie gehad, en zijn recensie van mijn proefschrift in *NJB* 1990, p. 1634-1636 heb ik zeer gewaardeerd. Het is overigens verbazingwekkend en betreurenswaardig dat Boukema, op een spaarzame verwijzing na (p. 363, 407 en 410) geen enkele plaats heeft gekregen in de eerdergenoemde, aan de rechtenfaculteit van de VU gewijde bundel *Ridders van het recht*. Boukema was een uitmuntend en scherpzinnig jurist van naam. Hij studeerde aan de VU, was sinds 1961 wetenschappelijk medewerker aan de faculteit, promoveerde daar in 1966 bij Scholten *cum laude* op een uitstekend proefschrift (P.J. Boukema, *Enkele aspecten van de vrijheid van meningsuiting in de Duitse Bondsrepubliek en in Nederland: een rechtsvergelijkende studie*, Zaandijk: Drukkerij J. Heijnis 1966) en was hoogleraar staatsrecht aan de faculteit van 1971-1976. In 1976 vertrok hij naar de Raad van State, waarvan hij tot 2000 lid was. Hij was van 1990-1994 voorzitter van de Afdeling rechtspraak, en van 1994 tot 2000 eerste voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.
26. Vermeulen 1989, p. 122-127.
27. Terminologie ontleend aan E.-W. Böckenförde, 'Das Grundrecht der Gewissensfreiheit', in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 1970, p. 69-71.
28. Immers, wil een gewetensovertuiging aannemelijk zijn, dan zou eerst getest moeten worden of het geweten van betrokkene 'echt' is, dat wil zeggen voldoet aan de morele ernst die tot uitdrukking komt in de bereidheid om voor die overtuiging te lijden (ernstige consequenties te dragen); waarna, indien blijkt dat betrokkene die test doorstaat en geleden heeft, geconcludeerd moet worden dat het onderwerpen aan die test met de gewetensvrijheid in strijd was. Zie Vermeulen 1989, p. 130-133.
29. Vermeulen 1989, p. 142-149.



van het voorstel tot herziening van de grondrechtenbepalingen, uitmondend in de grondwetsherziening van 1983<sup>30</sup>: ‘Geen enkele rechtsstaat evenwel kan toestaan, dat de burger zich met een beroep op het eigen individueel geweten aan legaal tot stand gekomen verplichtingen onttrekt. [...] Dat noopt ertoe, dat een geheel algemeen geredigeerd recht op gewetensvrijheid of recht op erkenning van gewetensbezwaren gevolgd zou moeten worden door een beperkingsclausule die inhoudt, dat elke wettige verplichting in stand blijft [...]. Opneming van een dergelijk recht heeft naar onze mening weinig zin.’

#### 4        **Waardering**

Ik rond af. Scholtens preadvies over *Overheid en conscientiebezwaren* (1931) betreft een juridisch en moreel lastig onderwerp. Enerzijds wordt het gewetensoordeel gezien als een uitdrukking van iemands morele identiteit, dat daarom respect verdient. Tegelijkertijd eist de rechtsorde dat bepaalde gewetensoordelen niet in daden omgezet worden, en stelt zij stringente grenzen aan het honoreren van het beroep op het geweten. Waar die grenzen liggen is mede afhankelijk van het gewetensbegrip dat men hanteert. In de tijd waarin Scholten zijn preadvies schreef was een gewetensuitspraak, zeker voor hem en zijn geloofsgenoten, ‘formeel reeds bewustwording van een norm, van een over den mensch staande macht, en ze is daarmee in zekeren zin een openbaring van God.’ Tegelijkertijd was binnen deze traditie de voorstelbare voorvoorspelbare actieradius ervan beperkt, vanwege de theonome grondslag van het geweten als de stem Gods, of beter: het orgaan dat de geboden Gods (hoewel soms vertekend) hoort. Klaarblijkelijk ging het impliciet steeds om min of meer traditionele, identificeerbaar-religieuze gewetensbezwaren<sup>31</sup>, die primair in de persoonlijke sfeer lagen.

Niettemin zag Scholten scherper dan de tot dan dominante calvinistische stroming met haar woordvoerder Abraham Kuiper, dat er grenzen zijn aan de ruimte die de overheid aan gewetensbezwaarden kan gunnen. Daar waar de rechtsorde, waarbinnen immers (vrijheid van) geweten en moraliteit eerst tot hun recht kunnen komen, door het beroep op het individuele geweten op het spel gezet dreigt te worden, daar kan en mag de overheid niet wijken. Aan deze benadering ligt Scholtens – mede aan Thorbecke ontleende – opvatting ten grondslag van een noodzakelijk, organisch verband tussen individu en samenleving, tussen persoon en staat, waarbij elk zijn eigen plaats en recht heeft. De overheid kan dus, anders dan in de leer van het maatschappelijk verdrag, niet opgevat worden als louter een instrument ten behoeve van de vrijheidsrechten, maar als een daarvan onafhankelijke instantie, die deze rechten kan beperken als dat noodzakelijk is voor de handhaving van de rechtsorde – de rechtsorde die de noodzakelijke randvoorwaarde is voor het daadwerkelijk kunnen functioneren van die rechten.

---

30.    Memorie van antwoord, *Kamerstukken II 1976/77*, 13872, nr. 7, p. 5. Aldus ook *Handelingen II 1976/77*, p. 2118 en 2145.

31.    Een wezenlijke beperking ligt al in het begrip *gewetensbezwaren*, die er immers slechts op gericht zijn om iets niet te (hoeven) doen, dus om het voorgeschreven handelen na te laten. De actieve gewetensdader valt hier buiten.

Wat Scholten in de jaren dertig niet heeft voorzien — vermoedelijk ook niet *had kunnen* voorzien — is de massieve omwenteling in theorie en praktijk na de Tweede Wereldoorlog, waarbij secularisering, subjectivering en individualisering de relevantie van het traditionele, christelijk-theonome gewetensconcept voor het recht hebben uitgehold. Anders gezegd: er gaapt een kloof tussen Scholten en zijn opvolger Boukema. Het geweten is binnen deze ontwikkelingen noodzakelijkerwijs losgekoppeld van zijn historisch-theologische grondslag. Het is getransformeerd tot morele individualiteit, tot een louter formeel begrip dat slechts ziet op de psychische identiteit van het individu, uitsluitend gekenmerkt door de subjectieve morele ernst van de met die identiteit verweven overtuiging. Gegeven dit formele, louter subjectieve gewetensconcept is er in de rechtsorde in essentie geen plaats meer voor de vrijheid van geweten: het is een onmogelijk recht geworden.

Ten slotte: er is nog een reden waarom ik op het verzoek van de redactie ben ingegaan om een bijdrage aan de jubileumbundel voor de Christen Juristen Vereniging te leveren. Ik heb grote sympathie en waardering voor de CJV, in het bijzonder voor het consciëntieuze karakter, de continuïteit en de kwaliteit die de vereniging heeft weten te handhaven. Daar komt bij dat ik eerder zelf, met anderen, een preadvies voor de CJV heb geschreven: *Naar een Europees asielrecht* (2002).<sup>32</sup> Wonderbaarlijk is evenwel dat de door de redactie verschaftte lijst van preadviezen mij nog een tweede maal noemt, in verband met het preadvies *De betekenis van de grondrechten en mensenrechten voor de Algemene wet gelijke behandeling* (1991).<sup>33</sup> Dat moet echter een misverstand zijn: dat preadvies is toch echt een publicatie geweest van de Rechtskundige Afdeling van het Thijmgenootschap! Maar mogelijk zal het bestuur van de CJV dit goed willen maken, en mij voor een tweede maal uitnodigen om een preadvies te schrijven en voor de Vereniging te verdedigen. Mocht dat gebeuren, dan zal ik — mits het thema mij ligt — die uitnodiging gaarne aannemen.

32. B.P. Vermeulen (red.), *Naar een Europees asielrecht*, Preadviezen voor de Christen Juristen Vereniging, Utrecht: Lemma 2002, p. 11-60.

33. B.P. Vermeulen, 'De betekenis van de grondrechten en mensenrechten voor de Algemene wet gelijke behandeling', in: B.P. Vermeulen, T. Rosier & A.A.M. Mattijssen, *De Algemene Wet Gelijke Behandeling*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 1-25.

## J. Verdam, *Het echtscheidingsvraagstuk* (1940)

Vanuit een hedendaags perspectief

Prof. mr. M.V. (Masha) Antokolskaia \*

‘Echtscheiding is een leed.

Voor de echtgenooten zelf, die tijdens het huwelijk er vurig naar hebben verlangd als naar hun redding, maar bij wie ze een wond heeft nagelaten, die jarenlang blijft schrijnen – in de eenzaamheid, ja ook in een volgend huwelijk.

Ze is een ramp voor de kinderen, die missen het tehuis van vader en moeder, het echte gezinsleven, dat verwoest is doordat eigen verlangens gesteld worden boven de verantwoordelijkheid ten opzichte van het kind. Ze vormt een bedreiging voor de maatschappij, daar deze slecht bloeien kan bij een gezond gezinsleven en lichtvaardige echtscheidingen de pijlers loswoelt, waarop zij rust. Wetten kunnen een remmenden invloed uitoefenen op echtscheiding, doch slechts in beperkte mate, daar wanverhoudingen in het huwelijk samenhangen met de zedelijke beginselen welke in het volksleven werken, en kerstening slechts bereikt kan worden door zedelijke middelen.’<sup>1</sup>

### 1 **Een historisch-rechtsvergelijkende schets van het echtscheidingsrecht in Nederland en sommige andere Europese landen**

Zoals de titel duidelijk maakt gaat het preadvies van Jan Verdam voor de Calvinistische Juristen Vereniging uit 1940 over het echtscheidingsrecht. Hij schreef het midden in het bijna negentig jaar durende tijdperk van de grote discrepantie tussen *the law in the books* en *the law in action*, die in de literatuur ‘de grote leugen’<sup>2</sup> werd genoemd. De wetgever zette in 1838 een stapje terug ten aanzien van de daarvoor in Nederland kort geldende napoleontische *Code civil*, en maakte de echtscheiding zonder schuld weer onmogelijk.<sup>3</sup> De echtscheiding op grond van wederzijds goedvinden werd zelfs uitdrukkelijk door de wet verboden.<sup>4</sup> Aan het eind van de negentiende eeuw begonnen de maatschappelijke opvattingen over de toelaatbaarheid van de echtscheiding geleidelijk te veranderen. Dat leidde tot het omzeilen van het restrictieve echtscheidingsrecht door de praktijk van de ‘grote leugen’.<sup>5</sup> Deze praktijk ontstond naar aanleiding van een arrest uit 1883 waarin de Hoge Raad besliste dat de gerechtelijke bekentenis van overspel zonder nader onderzoek vol-

\* Prof. mr. M.V. (Masha) Antokolskaia is hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder personen- en familierecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

1. J. Verdam, *Het echtscheidingsvraagstuk*, Preadvies Calvinistische Juristen Vereniging 1940, p. 38-39.
2. Asser-Wiarda, Zwolle: Tjeenk Willink 1957, p. 351-360.
3. A. Huussen, *De codificatie van het Nederlandse huwelijksrecht 1795-1838*, Amsterdam: Holland Universiteits Pers 1975, p. 216.
4. Art. 263 Civil Code. A. de Blécourt, *Kort begrip van het oud-vaderlands burgerlijk recht* (1950), p. 72.
5. Asser-Wiarda 1957, p. 351-360.

doende bewijs daarvan opleverde.<sup>6</sup> Hierdoor was het mogelijk dat, wanneer de echtgenoten een akkoord hadden bereikt over de ontbinding van hun huwelijk, de ene echtgenoot – doorgaans de vrouw – de ander van overspel beschuldigde en hij dat bekende of zich daar niet tegen verweerde. Zo konden zij snel en relatief eenvoudig het door hen begeerde echtscheidingsvonnis verkrijgen en het verbod van echtscheiding op gemeenschappelijk verzoek effectief omzeilen. Deze praktijk duurde maar liefst tot 1971, omdat in het toenmalige verzuilde Nederland niet eerder overeenstemming kon worden bereikt over de hervorming van het echtscheidingsrecht. Tijdens deze lange patstelling werd tal van voorstellen ingediend. Progressief gezinde hervormers pleitten ervoor om de wet in overeenstemming te brengen met de praktijk door echtscheiding zonder schuld in de wet te regelen. Hun conservatieve opposenten zagen de oplossing van het probleem in een terugkeer naar de situatie van vóór 1883 door overtuigend bewijs van overspel weer een noodzakelijk onderdeel van de echtscheidingsprocedure te maken. Verdams preadvies is een fraai voorbeeld van het conservatieve perspectief, onderbouwd vanuit de visie van de conservatief-calvinistische zuil. Om zijn betoog te onderbouwen duikt de auteur in de geschiedenis van het onderwerp, en vergelijkt vervolgens het Nederlandse echtscheidingsrecht met het Franse, Belgische, Russische, Zwitserse, Duitse, Italiaanse en Engelse echtscheidingsrecht.

## 2 Een pleidooi voor behoud van het restrictieve echtscheidingsrecht

Jan Verdam, de auteur van het preadvies, werd geboren in 1883, het jaar waarin de Hoge Raad het *Grote leugen*-arrest wees, en overleed in 1964, voordat het echtscheidingsrecht in 1971 werd geliberaliseerd op een manier die hij diep zou hebben betreurd.<sup>7</sup> Hij studeerde rechten en theologie op de VU en promoveerde in 1909. Zijn biografie laat een typische VU-man van vóór de grote culturele waterscheiding zien: volledig gevormd binnen de gereformeerde zuil, conservatief; politiek actief; integer, ook tijdens de Tweede Wereldoorlog; toegewijd aan zijn beroep, zijn stad Amsterdam en de Vrije Universiteit.

‘Een twintigtal jaren was Verdam vervolgens advocaat te Amsterdam. In deze periode was hij enige tijd lid van de Amsterdamse gemeenteraad en van de Provinciale Staten van Noord-Holland voor de Antirevolutionaire Partij en begonnen zijn bestuurlijke werkzaamheden ten behoeve van de Vrije Universiteit, toen hij, in 1927, werd benoemd tot secretaris van het College van curatoren van deze onderwijsinstelling. In 1929 volgde zijn benoeming tot rechter in de arrondissementsrechtbank te Amsterdam. Zijn rechterlijke loopbaan werd nadien gemarkeerd door intrede in het Amsterdamse gerechtshof (1937) en benoeming tot president daarvan in 1945. Deze functie oefende hij uit tot het bereiken van de leeftijdsgrens in 1953. Ook maakte Verdam na de Tweede Wereldoorlog deel uit van de Raad voor het Rechtsherstel en was hij tevens Hoge Autoriteit voor het fiat executie van Tribunaalzaken. In 1950, het jaar waarin hij ook voorzit-

6. HR 22 juni 1883, ECLI:NL:HR:1883:2.

7. [resources.huygens.knaw.nl/bwn1880-2000/lemmata/bwn1/verdam](https://resources.huygens.knaw.nl/bwn1880-2000/lemmata/bwn1/verdam). Oorspronkelijke versie opgenomen in: *Biografisch Woordenboek van Nederland* 1, Den Haag 1979, laatst gewijzigd op 12 november 2013.

ter was van de Nederlandse Juristenvereniging, trad hij op als voorzitter van een staatscommissie die de opdracht had gekregen te adviseren inzake de opleiding van jonge juristen voor de rechterlijke macht. Het werk van deze commissie legde de basis voor de desbetreffende wetswijziging in 1956. Steeds bleef Verdam, samen met zijn vrouw, actief voor de Vrije Universiteit. Zo combineerde hij van 1932 tot 1945 het secretariaat van het College van curatoren met het lidmaatschap daarvan. Na 1945 bleef hij tot op hoge leeftijd curator.<sup>8</sup>

Toen hij in 1940 *Het echtscheidingsvraagstuk* schreef, was hij al 57 jaar oud, gevormd door een lange carrière binnen de gereformeerde zuil. Het preadvies was ook geschreven voor zijn eigen zuil: de Calvinistische Juristen Vereniging. *Het echtscheidingsvraagstuk* is geschiedenis. Waarschijnlijk in sterkere mate dan veel andere onderwerpen waarover preadviezen voor de Christen Juristen Vereniging zijn geschreven. Waarom is het toch interessant om eens vanuit hedendaags perspectief naar dit preadvies te kijken?

In de eerste plaats omdat het ons, net als elke andere terugblik naar de eigen wortels, bescheidenheid leert. Tegenwoordig is men zo gewend dat Nederland een van de progressieve koplopers is binnen de Europese en mondiale trend van modernisering van het familierecht, dat hedendaagse studenten zich moeilijk kunnen voorstellen wat voor land het vóór de grote culturele waterscheiding van de jaren zeventig is geweest, en wat voor weg wij hebben afgelegd. Dit historisch besef helpt goed tegen een arrogante, argeloze houding jegens landen en bevolkingsgroepen die anders denken.

In de tweede plaats kan de manier waarop de auteur Jan Verdam zijn betoog voert ons ook wat leren. Het is logisch dat hij zijn theologische betoog tegen uitbreiding van de echtscheidingsgronden buiten de 'klassieke' protestantse gronden overspel en kwaadwillige verlating, voert met een beroep op de Heilige Schrift. Maar hij trekt dezelfde gereformeerd-theologische argumenten inzake de toelaatbaarheid van echtscheiding en de toegestane echtscheidingsgronden, door naar het juridisch debat, op een zo vanzelfsprekende manier alsof Nederland in die tijd slechts enkel uit de gereformeerde zuil zou hebben bestaan. Dat terwijl ongeveer de helft van de bevolking van het rooms-katholieke geloof was, dat de leer van de onverbreekelijkheid van het huwelijk aanhing en echtscheiding niet toelaatbaar achtte. Nog een ander deel van bevolking was minder streng religieus en achtte juist uitbreiding van echtscheidingsgronden wenselijk. Deze 'tunnelvisie' is waarschijnlijk te verklaren door de vorming van de auteur binnen de gereformeerde zuil en het tijdperk waarin hij leefde en schreef, waarin het verzuilde denken en argumenteren vrij vanzelfsprekend was. Voor de moderne lezer kan het voorbeeld van dit preadvies als een soort waarschuwende spiegel dienen. Want het verzuilde denken is ons in het heden weer minder vreemd geworden dan wij willen weten. Het direct of indirect negeren van het perspectief van anderen, bijvoorbeeld dat van islamitische of streng christelijke bevolkingsgroepen, of, aan de andere kant van het spectrum,

---

8. [resources.huygens.knaw.nl/bwn1880-2000/lemmata/bwn1/verdam](https://resources.huygens.knaw.nl/bwn1880-2000/lemmata/bwn1/verdam). Oorspronkelijke versie opgenomen in: *Biografisch Woordenboek van Nederland* 1, Den Haag 1979, laatst gewijzigd op 12 november 2013.

van de LHBTIQ+-gemeenschap, is de laatste jaren weer volop in de mode. De biografie van Jan Verdam maakt begrijpelijk waarom hij *Het echtscheidingsvraagstuk* toendertijd vanuit een sterk verzuild perspectief beschouwde. Voor de moderne wetenschapper bestaat hier geen excuus voor.

### 3 De geschiedenis van het echtscheidingsrecht tot en met de Reformatie nader bezien

Het preadvies bevat een korte, maar adequate schets van de geschiedenis van het echtscheidingsrecht vanaf de Romeinse tijd tot aan de Reformatie. Ik herinner de lezer eraan dat, in hoofdlijnen, echtscheiding in de klassieke en postklassieke periode van de Romeinse geschiedenis mogelijk was zonder opgave van gronden en enige vorm van staatscontrole.<sup>9</sup> Gedurende de middeleeuwen werd het echtscheidingsrecht geleidelijk restrictiever, totdat rond de elfde eeuw de, al eerder door het canonieke familierecht van de rooms-katholieke kerk verklaarde onontbindbaarheid van het huwelijk, daadwerkelijk in praktijk werd gebracht. Van de elfde tot de zestiende eeuw kon het huwelijk in Centraal- en West-Europa helemaal niet worden ontbonden. Om de gevolgen daarvan enigszins te verzachten werd het instituut van scheiding van tafel en bed in het leven geroepen. Bij de scheiding van tafel en bed werden de echtgenoten in alle opzichten als gescheiden beschouwd, maar hun huwelijk bleef formeel in stand, en zij mochten niet hertrouwen. De enige mogelijkheid om een huwelijk te beëindigen was nietigverklaring, waardoor het huwelijk werd verondersteld nooit tot stand te zijn gekomen. Hier is belangrijk op te merken dat door sommige auteurs is gesteld dat de kerk haar eigen doctrine van onverbrekelijkheid van het huwelijk ondermijnde door nietigverklaring te gebruiken alsof het echtscheiding was.<sup>10</sup> Recent onderzoek naar de jurisprudentie van de kerkelijke gerechten heeft deze beweringen echter sterk ontkracht. Een studie naar huwelijks-geschillen in Engeland van de dertiende tot de vijftiende eeuw laat zien dat de nietigverklaring van een huwelijk vrij zelden voorkwam.<sup>11</sup> Hetzelfde geldt voor een studie van de jurisprudentie in Parijs.<sup>12</sup> Op grond van deze bevindingen werd geconcludeerd dat de schaarste aan verzoeken tot nietigverklaring het beeld van de katholieke kerkelijke rechtbanken als crypto-echtscheidingsmolen tegenspreekt. Kerkelijke gerechten eisten bovendien overtuigend bewijs van de gronden voor nietigverklaring.<sup>13</sup>

9. Toch was het schadelijk voor iemands reputatie om zonder serieuze reden te scheiden. S. Treggiari, 'Divorce Roman Style: How Easy and How Frequent Was It?', in: B. Rawson (ed.), *Marriage, Divorce, and Children in Ancient Rome*, Oxford: The Clarendon Press 1991, p. 38. Het bewijs van schuld was nog altijd belangrijk voor de teruggave van de bruidsschat. J. Gardner, *Women in Roman Law and Society*, London-Sydney: Croom Helm 1986, p. 89-91.

10. R. Phillips, *Putting asunder: A history of divorce in Western Society*, Cambridge: Cambridge University Press 1988, p. 5.

11. R. Helmholz, *Marriage Litigation in Medieval England*, Cambridge: Cambridge University Press 1978, p. 72-73.

12. Phillips 1988, p. 10-11.

13. *Ibid.*, p. 9-10.

Vanaf de Reformatie begint het beperkte perspectief van Verdam hem parten te spelen. Hij beschrijft de echtscheidingsleer van de theologen van de Reformatie zuiver vanuit het calvinistische oogpunt, en verliest het Lutherse gedachtengoed volledig uit het oog.

Alle theologen van de Reformatie hebben de katholieke doctrine van de onontbindbaarheid van het huwelijk achter zich gelaten en hebben overspel als 'Bijbelse' echtscheidingsgrond aanvaard.<sup>14</sup> Kwaadwillige verlating was de tweede algemeen geaccepteerde grond. In het denken van Calvijn werd kwaadwillige verlating echter niet zozeer gezien als een aparte echtscheidingsgrond, maar eerder als een virtuele vorm van overspel.<sup>15</sup> Meer liberale lutherse hervormers, met name Bucer en Zwingli, pleitten voor een breder scala aan echtscheidingsgronden, zoals impotentie, ernstige incompatibiliteit, ongeneeslijke besmettelijke ziekten, veroordeling tot onterende straffen, en ernstige misdrijven van de ene echtgenoot tegen het leven van de andere echtgenoot.<sup>16</sup>

De protestantse leer inspireerde een reeks van echtscheidingswetten. Deze generatie wetten was gebaseerd op het idee van echtscheiding-als-sanctie voor een huwelijksmisdrijf.<sup>17</sup> Sommige wetenschappers interpreteren de herintroductie van echtscheiding als een teken van het streven om het empathische ideaal te bevorderen van het liefdevolle, wederkerig ondersteunende huwelijk.<sup>18</sup> Anderen beweren, naar alle waarschijnlijkheid meer terecht, dat het moeilijk is om de protestantse theologen enige intentie toe te schrijven om het familierecht te liberaliseren.<sup>19</sup> Integendeel, het belangrijkste punt van protestantse kritiek was het onvermogen van het rooms-katholieke huwelijksrecht om de huwelijksdiscipline effectief te handhaven.<sup>20</sup> In contrast met de barmhartige behandeling van een overspelige vrouw door Christus zelf, beschouwde Calvijn de doodstraf als de enige geschikte straf voor overspel.<sup>21</sup> In zijn ogen was de hele echtscheidingskwesitie enkel noodzakelijk geworden omdat overspelige vrouwen inmiddels hun welverdiende doodstraf werd bespaard.<sup>22</sup> Anders dan in de lutherse gewesten, werd echtscheiding in de calvinis-

14. Ibid, p. 68.

15. Ibid, p. 102.

16. J. Witte, *From Sacrament to Contract Marriage, Religion, and Law in Western Tradition*, Louisville: Westminster John Knox Press 1997, p. 69.

17. Phillips 1988, p. 90.

18. S. Ozment, *When Fathers Ruled: Family Life in Reformation Europe*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press 1983, p. 99.

19. Harrington merkte op 'it would be difficult to characterise [the Protestant reformers'] overwhelming concern with sexual order and discipline as "progressive," yet this has all too often been the case among scholars of the Reformation when referring to the reintroduction of divorce'. J. Harrington, *Reordering Marriage and Society in Reformed Germany* (1995), p. 90. Voor een tegenovergestelde opinie zie: S. Ozment, *When Fathers Ruled: Family Life in Reformation Europe* (1983), p. 99 ff.

20. Luther verklaarde in zijn preek uit 1522 dat 'The estate of marriage has fallen into awful disrepute'. M. Luther, 'Vom eelichen leben', geciteerd in: J. Witte 1997, p. 47.

21. Volgens Calvijn, 'the punishment of death was always awarded to adultery. This is all the more base and shameful that Christians do not emulate Gentiles at least in this. Adultery is punished no less severely by Julian [i.e., Roman] law than by the law of God. Yet those who boastfully call themselves Christians are so tender and remiss that they punish this execrable offence only with a very light reproof.' *Calvin's Commentary to Lev. 20.10, 22-27*. Geciteerd in: J. Witte 1997, p. 100.

22. In de woorden van Calvijn, 'today it is the perverted indulgence of magistrates that makes it necessary for man to divorce their impure wives, inasmuch as that is a punishment for adultery'. J. Calvin, *A harmony of the Gospels, Mathew, Mark and Luke*, Vol. II, p. 247. Geciteerd in: Phillips 1988, p. 53.

tische gebieden niet gemakkelijker in vergelijking tot de katholieke nietigverklaringspraktijken.<sup>23</sup> De protestantse theologen zagen de ontbinding van het huwelijk niet als de verlossing uit een stukgelopen huwelijk, maar als een straf voor een huwelijksmisdrijf.<sup>24</sup> Het principe van verwijtbaarheid, waardoor een schuldige echtgenoot geen echtscheiding kon aanvragen, was een van de hoekstenen van dit concept van echtscheiding-als-sanctie. Bijgevolg kon alleen een manifest onschuldige echtgenoot echtscheiding aanvragen. Bovendien stonden de meeste echtscheidingswetten hertrouwen alleen toe aan de onschuldige echtgenoot.<sup>25</sup> De schuldige echtgenoot moest streng gestraft worden, zo niet met de dood, dan wel met verbanning, boete of gevangenisstraf. Zelfs overspel vormde aanvankelijk geen absolute grond voor echtscheiding. De overspelige echtgenoot moest eerst om vergeving vragen en de onschuldige echtgenoot moest vergevingsgezind zijn.<sup>26</sup> Echtscheiding werd alleen toegekend als bewezen werd dat verzoening niet haalbaar was.<sup>27</sup> Deze dubbele schuld-ontwrichtingstest maakte echtscheiding erg moeilijk. De verzoekende echtgenoot moest niet alleen bewijzen dat er een huwelijksmisdrijf had plaatsgevonden, maar ook dat dit had geleid tot de onherstelbare ontwrichting van het huwelijk. Later werd een van de eerste tekenen van de liberalisering van het echtscheidingsrecht dat overspel een absolute echtscheidingsgrond werd, en de verzoeker werd vrijgesteld van de verplichting om de daaruit voortvloeiende onherstelbare ontwrichting van het huwelijk te bewijzen.

De eerste echtscheidingswetten in de Nederlandse provincies dateren uit de jaren tachtig van de zestiende eeuw.<sup>28</sup> Echtscheiding wegens overspel was vanaf het begin toegestaan,<sup>29</sup> terwijl de grond van kwaadwillige verlating pas bijna een eeuw later door de huwelijkswet van 1656 werd toegevoegd.<sup>30</sup> Een bijzonderheid van het Nederlandse recht was het behoud van de katholieke rechtsfiguren van de scheiding van tafel en bed en de nietigverklaring van het huwelijk. Daarom wordt het Nederlandse echtscheidingsrecht uit deze periode wel getypeerd als een 'mengeling van katholieke en Calvijns leer'.<sup>31</sup>

Het Lutherse gedachtegoed vormde de basis van de eerste Scandinavische echtscheidingswetten en de wetgeving van protestantse Duitse landen. Oorspronkelijk bevatten deze wetten slechts twee echtscheidingsgronden van de gerechtelijke echtscheiding: overspel en kwaadwillige verlating.<sup>32</sup> In Scandinavië werd de rigiditeit van de kerkelijke echtscheidingsgronden echter gematigd door de ontwikkeling van een parallelle praktijk van echtscheiding door koninklijke dispensatie. Vanaf het

23. T. Lacey, *Marriage in Church and State*, London: SPCK 1947, p. 149.

24. Phillips 1988, p. 90.

25. Ibid.

26. Witte 1997, p. 68.

27. Phillips 1988, p. 92.

28. J. Thomson, 3rd edn., Edinburgh: Butterworths 1996, p. 98.

29. L. Apeldoorn, *Geschiedenis van het Nederlandsche huwelijksrecht voor de invoering van de Fransche wetgeving*, Amsterdam: Holland 1925, p. 184.

30. *Echtreglement of the Staten-Generaal of 1656*. M. Heijden, *Huwelijk in Holland*, 1998, p. 53.

31. Witte 1997, p. 129.

32. Zweedse Kerkelijke Verordening van 1571; Deense Huwelijkswet van 1582, dat ook in IJsland en Noorwegen gold, bevatten een extra grond – impotentie; Noorse Wetboek van 1687. Zie ook: J. Sellin, *Marriage and Divorce Legislation in Sweden*, University of Pennsylvania, 1922, p. 35.



begin van de achttiende eeuw begonnen de Zweedse en Deense koningen volledige echtscheiding toe te staan op een breder scala aan gronden dan die waarin de gerechtelijke echtscheiding voorzag.<sup>33</sup> Dit leidde tot het ontstaan van het dubbele administratief-gerechtelijke systeem van echtscheiding in de Scandinavische landen. De toetsingsmogelijkheden van de koninklijke administratie wat betreft de afwikkeling van de echtscheidingen deden echter geenszins onder voor die van het gerecht. Met de loop der tijd werden de bevoegdheden van de koninklijke administratie overgedragen aan steeds lagere instanties.

Opmerkelijk genoeg bleef Engeland, waar de breuk met Rome werd geïnitieerd door Henry VIII's wens om zijn koningin te verstoten en te hertrouwen, het enige protestantse land dat de doctrine van de onverbreekelijkheid van het huwelijk behield en na de Reformatie geen volledige gerechtelijke echtscheiding invoerde.<sup>34</sup>

#### 4 **De geschiedenis van na de Verlichting vanuit een ander perspectief**

De beschrijving in het preadvies van het echtscheidingsrecht vanaf de periode van Verlichting is zeer vertekend door het eenzijdige perspectief van de auteur. Dit is geen verrassing want sinds de Franse Revolutie is Europa verdeeld in twee kampen: een progressief kamp, geïnspireerd door de ideologie van de Verlichting, en een conservatief kamp, dat streeft naar het behoud of het herstel van traditionele gezinsvormen en -waarden. Jan Verdam behoort vanzelfsprekend tot het conservatieve kamp – het kamp van de Anti-Revolutionaire Partij. In de afgelopen twee eeuwen vormde het echtscheidingsrecht het belangrijkste slagveld op het gebied van familierecht voor de aanhangers van deze twee conflicterende ideologieën. Het is dus begrijpelijk dat hij de ideologie van de Verlichting als zodanig in zijn preadvies niet beschrijft en de uitwerking daarvan op de echtscheidingsgronden sterk tegenpreekt.

Tot aan de Verlichting werden huwelijks- en echtscheidingswetten uitsluitend in religieuze termen besproken en werd het huwelijk gezien als een sacrament door katholieken, of als een Goddelijke instelling door de protestanten, en als een sociale en religieuze plicht. Jan Verdam voert twee eeuwen na de Verlichting nog volledig in het spoor van deze oude trend. Deze perceptie werd voor het eerst aangevochten door de voorlopers van de Verlichting, John Milton<sup>35</sup> en John Locke,<sup>36</sup> en vervolgens

---

33. In het begin werd dispensatie alleen verleend in zeer ernstige uitzonderlijke gevallen. Vanaf ongeveer 1770 werden gronden voor dispensatie geleidelijk uitgebreid. Dispensatie werd zelfs mogelijk op grond van ernstige onverenigbaarheid. Sinds 1790 is in Denemarken dispensatie mogelijk als er een scheiding van tafel en bed van drie jaar heeft plaatsgevonden. T. Schmidt, 'The Scandinavian Law of procedure in Matrimonial Causes', in: J. Eekelaar & S.N. Katz (red.), *The Resolution of Family Conflicts*, Toronto: Butterworths 1984, p. 74.

34. Partly due to historical accident, partly due to 'the tortuous and zig-zag path by which it moved from the Catholic into the Protestant camp'. L. Stone, *Road to Divorce 1530-1987*, Oxford: Oxford University Press 1990, p. 301.

35. J. Milton, 'The Doctrine and Discipline of Divorce, Restored to the Good of Both Sexes, from the Bondage of Canon Law (1644)', in: *Complete Prose Works of John Milton*, New Haven: Yale University Press 1959, vol. 2.

36. J. Locke, *Two Treatises of Government* (first published in 1690), Londen: Dent 1978, p. 217-356.

door de Verlichtingsfilosofen.<sup>37</sup> De Franse Verlichtingsfilosofen zagen het huwelijk als een verbintenis gebaseerd op liefde,<sup>38</sup> in plaats van als een conventionele sociale en economische relatie.<sup>39</sup> Het recht om een ongelukkig huwelijk te ontbinden was het logisch gevolg van een visie op het huwelijk als één van de wegen die de mens openstaan in zijn streven naar geluk.<sup>40</sup> Vanuit dit oogpunt had de staat niet het recht om zijn burgers te verhinderen dat geluk na te streven of om de uitoefening van het natuurlijke recht op echtscheiding onmogelijk of omslachtig te maken.<sup>41</sup> Vanuit het perspectief van de Verlichting werd echtscheiding niet langer gezien als een straf voor een huwelijksmisdrijf, maar eerder als een remedie voor een ontwricht huwelijk.<sup>42</sup>

De ideeën van de Verlichting inspireerden een hele golf van herzieningen van het familierecht, zo uiteenlopend als de codificaties van verlichte vorsten,<sup>43</sup> de Franse revolutionaire wetgeving, en de *Code civil* van Napoleon. Deze wetten voerden nieuwe, schuldloze echtscheidingsgronden in: de duurzame ontwrichting van het huwelijk en het wederzijds goedvinden van de echtgenoten. Deze gronden maakten echtscheiding gelijkkelijk toegankelijk voor ‘schuldige’ en ‘onschuldige’ echtgenoten, want toewijzing van ‘schuld’ aan een van hen was niet langer noodzakelijk. Deze gronden werden onder andere geïmplementeerd in de Franse revolutionaire wetgeving en, in een afgezwakte vorm, in de napoleontische *Code civil*, die de schuldeloze echtscheiding op grond van wederzijds goedvinden toeliet. Het was de *Code civil* die echtscheiding invoerde in katholieke streken zoals België, Luxemburg en Italië, waar zij tot dan toe onmogelijk was geweest. In de protestantse landen zoals Nederland, Zweden en protestantse delen van Duitsland, bestond echtscheiding als zodanig al, maar echtscheiding zonder schuld, zoals in de *Code civil*, was een ingrijpende vernieuwing. In het Koninkrijk Holland werd eerst, in 1809, de *Wet Napoleon, ingerigt van het Koninkrijk Holland van 1809* (WNH) – een aangepaste versie van de *Code civil* – ingevoerd, waarin echtscheiding met wederzijdse instemming niet was opgenomen.<sup>44</sup> Deze concessie werd gedaan omdat in Nederland echtscheiding met wederzijdse toestemming in strijd met de goede zeden werd geacht.<sup>45</sup> Echtscheiding met wederzijdse toestemming bereikte de Noordelijke Nederlanden pas nadat het marionettenrijk Holland in 1811 door Frankrijk werd ingelijfd en de authentieke versie van de *Code civil* werd ingevoerd.<sup>46</sup>

37. Voor een overzicht zie: M.V. Antokolskaia, *Harmonisation of Family Law in Europe: A Historical Perspective*, Antwerpen: Intersentia 2006, p. 191 e.v.

38. J. Traer, *Marriage and the Family in the Eighteenth-Century France*, Ithaca: Cornell University Press 1980, p. 70-71.

39. *Ibid.*, p. 49.

40. M. Rheinstein, *Marriage Stability, Divorce, and the Law*, Chicago: Chicago University Press 1972, p. 25.

41. *Ibid.*, p. 196.

42. Phillips 1988, p. 172.

43. Bijvoorbeeld, de 1794 *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* (ALP) van Friedrich der Große.

44. A. Huussen, *De codificatie van het Nederlandse huwelijksrecht 1795-1838*, 1975, p. 201.

45. E. von Bóné, ‘Comparaison entre le droit au divorce dans la République Batave (1798-1806) et dans l’Allgemeines Landrecht für die der Preussischen Staaten’, in: S. Dauchy & V. Demars-Sion (red.), *Juges et Criminels, Etudes en hommage à Renée Matinage*, Lille: Lille l’Espace Juridique 2001, p. 186.

46. Huussen 1975, p. 201.

Sinds de Franse Revolutie werd liberale echtscheiding onherroepelijk geassocieerd met het secularisme en libertarisme van de Franse Revolutie.<sup>47</sup> Na de val van Napoleon veegde de conservatieve golf van de Restauratie de echtscheiding weg in Frankrijk, Italië en (tijdelijk) in Oostenrijk. In Nederland verschenen er kort na de val van Napoleon voorstellen om echtscheiding met wederzijdse instemming af te schaffen, omdat zij in strijd werd geacht met 'de geest van het volk'.<sup>48</sup> Formeel vond die afschaffing pas plaats door invoering van het oud BW in 1838.<sup>49</sup> Het oud BW voegde twee nieuwe gronden toe aan de klassieke protestantse gronden van overspel en kwaadwillige desertie, namelijk de veroordeling met een oneervolle straf en levensgevaarlijk geweld tegen de echtgenoot.<sup>50</sup> Echtscheiding met wederzijdse instemming werd expliciet verboden.<sup>51</sup> In België bleef de *Code civil* na de afscheiding van Nederland in 1830 onverkort van toepassing. Hetzelfde gold voor het Rijnland en sommige andere Duitse landen. In de loop van die eeuw werden restrictieve echtscheidingswetten geherintroduceerd in Frankrijk, Oostenrijk en Hongarije en ingevoerd in Engeland.

Tegen het einde van de negentiende eeuw stond de overgrote meerderheid van de Europese landen slechts echtscheiding op grond van schuld toe. Alleen in de Scandinavische landen bestonden zowel echtscheiding op grond van schuld als schuldloze echtscheiding.<sup>52</sup> In tal van katholieke landen zoals Spanje, Italië, Malta en Portugal bleef het huwelijk onverbreekelijk. Het begin van de twintigste eeuw zag in een paar landen radicale hervormingen van het echtscheidingsrecht, wat resulteerde in de invoering van liberaal echtscheidingsrecht in Portugal na de revolutie van 1910, in Rusland na de revolutie van 1917, en in de Scandinavische landen in het begin van de twintigste eeuw. In de meeste Europese landen, inclusief Nederland, bleef het echtscheidingsrecht op papier restrictief en uitsluitend toegestaan op grond van schuld. Dit alles tot de grote revolutie in het familierecht van de jaren 1960-1970.

## 5 Een nieuwe uitdaging: de kloof tussen de *law in the books* en de *law in action* door 'de grote leugen'

Vanaf het einde van de negentiende eeuw begon in vele Europese landen de echtscheidingspraktijk steeds sterker af te wijken van het restrictieve echtscheidingsrecht op papier. De industrialisatie en de ingrijpende sociale culturele en demografische veranderingen die daarmee gepaard gingen – de laatsten staan bekend als de eerste demografische transitie – leidden tot een toename van echtscheidingen tijdens de Belle Époque, en een nog sterkere toename na de Eerste Wereldoorlog. Ongelukkige echtgenoten zochten meer en meer hun toevlucht tot consensuele echtscheiding door middel van collusie. Nederland met zijn 'grote leugen' praktijk

---

47. A. Dicey, *Lectures on the Relations Between Law and Public Opinion in England During the Nineteenth Century*, 2nd edn., London: Macmillan 1963, p. 123-124.

48. Huussen 1975, p. 216.

49. Von Bóné 2001, p. 186.

50. Huussen 1975, p. 216.

51. Art. 263 Civil Code. A. de Blécourt, *Kort begrip van het oud-vaderlands burgerlijk recht*, Groningen: Wolters 1950, p. 72.

52. T. Schmidt, 'The Scandinavian Law of procedure in Matrimonial Causes', in: John Eekelaar & Sanford Katz (red.), *The Resolution of Family Conflicts*, London: Butterworths 1984, p. 81.

stond hierin geenszins alleen. Deze praktijken verschilden enigszins van land tot land, maar het resultaat was overal hetzelfde. Een valse beschuldiging van overspeling was de gemakkelijkste manier voor een echtpaar om te scheiden door samenspanning. Een echtpaar kon op die manier een echtscheiding krijgen ‘net zo gemakkelijk als een motorrijbewijs en nog gemakkelijker dan een paspoort’.<sup>53</sup> Max Rheinstein noemde deze situatie een ‘democratisch compromis’,<sup>54</sup> omdat het de politieke uitdaging van modernisering die het echtscheidingsrecht meebracht, uitstelde. Voorlopig waren de conservatieven tevreden met de restrictieve *law in the books* en de liberalen met de permissieve *law in action*.<sup>55</sup> Op de lange termijn creëerde deze situatie echter een nieuwe uitdaging voor de wetgever en bleef zij de progressieve/conservatieve tegenstellingen voeden. De conservatieven riepen op tot een verbod van de echtscheiding door samenspanning door het materiële en procedurele echtscheidingsrecht restrictiever te maken. Het progressieve kamp streefde ernaar om de restrictieve wetgeving in overeenstemming te brengen met de praktijk. Dit is het tijdperk waarin Jan Verdam zijn preadvies heeft geschreven.

Wij weten hoe dit afgelopen is. De *no-fault-divorce* revolutie overspoelde vanaf 1970 de westerse wereld, zodat nu geen enkel westers land nog schuld als enige echtscheidingsgrond hanteert.<sup>56</sup> Het kamp van Jan Verdam heeft het pleit spectaculair verloren. De eeuwenlange verhitte debatten over de gronden voor echtscheiding zijn terecht wel ‘*yesterday’s great debates*’ genoemd.<sup>57</sup>

## 6 Conclusie

‘Echtscheiding is leed’, schreef Verdam in 1940 toen de echtscheiding nog mondjesmaat voorkwam. Had hij ook daarin ongelijk? Hoe staat het nu wanneer bijna een op drie huwelijken in een scheiding eindigt? Anders dan Jan Verdam, zijn wij tegenwoordig allemaal bewust of onbewust kinderen van de Verlichting. De verlichtingsideologie van gelijkheid en antropocentrisme is ons met de paplepel ingegoten. Wij gaan intieme relaties aan op basis van romantische liefde en zoeken in het huwelijk of andere relatievormen persoonlijk geluk en zelfontplooiing. De echtgenoten zijn juridisch en steeds meer ook feitelijk gelijk. Het huwelijk is makkelijk te ontbinden en echtscheiding is breed geaccepteerd. Maar al deze goede ontwikkelingen die wij als een grote verdienste beschouwen, hebben ook hun schaduwzijden. Het huwelijk tussen economisch onafhankelijke partners blijkt minder stabiel te zijn dan zijn traditionele voorganger. Romantische liefde komt vaak tot een eind bij slechts een van de partners, en laat de verlaten echtgenoot met pijn en rancune achter. De nadruk op het denken in termen van rechten die iemand toekomen, en de mogelijkheid om deze te verdedigen leidt soms tot lang-

53. A. Herbert, ‘Holy Deadlock’ (1934), in: S. Cretney, *Divorce Reform in England: Humbug and Hypocrisy or a Smooth Transition?*, in: M. Freeman (red.), Dartmouth: Aldershot 1996, p. 41.

54. Rheinstein, op. cit., n 10, p. 247 ff.

55. J. Gorecki, ‘Moral Premises of Contemporary Divorce Laws: Western and Eastern Europe and the United States’, in: J. Eekelaar & J. Katz (red.), *Marriage and Cohabitation in Contemporary Society*, Toronto: Butterworths 1980, p. 125.

56. Zie voor een overzicht: M.V. Antokolskaia, ‘Dissolution of Marriage in Westernized Countries’, in: J. Eekelaar & R. George (red.), *Routledge Handbook of Family Law and Policy*, Routledge, 2021, p. 75-106.

57. H. Krause, ‘Comparative Family Law’, in: M. Reimann & R. Zimmermann (red.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 1113.

durige juridische gevechten na de scheiding.<sup>58</sup> Circa 10% van de echtscheidingen ontaardt in vechtscheidingen, waar niet alleen ex-partners maar ook hun kinderen onder lijden. Natuurlijk kan dat niet betekenen dat wij zouden moeten proberen om de klok terug te draaien en echtscheiding minder toegankelijk te maken. Maar echtscheiding is en blijft wel leed. Het zou scheidende partners met kinderen niet misstaan om daarbij even stil te staan. Misschien had Jan Verdam toch een beetje gelijk?

---

58. Zie meer in: M.V. Antokolskaia, *'Vechtscheidingen: Meer om over te vechten?'* (UCERF 10), Nijmegen: Ars Aequi 2016.



# J.A.H.J.S. Bruins Slot, *Een Europese Federatie* (1950)

Prof. dr. J.W. (Jan Willem) Sap \*

‘De federatie moet op de historie veroverd worden.’ (p. 13)<sup>1</sup>

## 1 Inleiding

Op 22 februari 2022 viel het Russische leger Oekraïne binnen. Het volk van Oekraïne vocht dapper terug en kreeg steeds meer steun. De Europese Unie, de club van ‘nooit meer oorlog’, is zelfs overgegaan tot het gemeenschappelijk aankopen en produceren van wapens om de Oekraïners te helpen. Oekraïne kreeg ook uitzicht op het lidmaatschap van de Europese Unie. Het was Winston Churchill die op 19 september 1946 in Zürich opriep ‘a kind of United States of Europe’ te stichten op het continent. Jarenlang is gediscussieerd over het zogenaamde F-woord (Federatie). Thans is de Europese Unie niet uitgegroeid tot een federale staat, het bleef een club van soevereine staten. Bij het steeds hechtere verbond tussen de volkeren van Europa is echter wel sprake van federale trekken.

Kenmerkend voor een federale organisatie is het bestaan van meerdere bestuurlijke niveaus binnen de organisatie, zoals centraal en regionaal en lokaal, en tevens een bevoegdheidsverdeling, zodat elk bestuursniveau eigen terreinen heeft waarop het eindbeslissingen neemt. Deze structuur kan worden gebruikt door kerken, banken, bedrijven en vakbonden, maar ook in staatkundige zin. De mate van centralisering is verschillend, afhankelijk van tijd, plaats en omstandigheden. Belangrijke aandachtspunten zijn de juridische opzet van de federatie, de constitutionele regelingen en de omgang met de verschillen tussen de deelstaten. Op 17 mei 1950 gaf Sieuwert Bruins Slot een beschouwing over de federalisering van Europa. In deze bijdrage wordt aandacht besteed aan zijn argumenten en wordt waar nodig ingegaan op de context en de huidige stand van het Unierecht.

Qua context was een vroege vorm van economische samenwerking de Organisatie voor Europese Economische Samenwerking, opgericht op 16 april 1948, later vervangen door de OESO. Dit was ten dienste van de verdeling van Amerikaanse gelden. Op 17 maart 1948 was op militair gebied reeds het Verdrag van Brussel gesloten door Frankrijk, het Verenigd Koninkrijk en de Benelux-landen. De Raad van Europa, opgericht op 5 mei 1949, bestond ook al. Op 9 mei 1950 had de Franse minister van Buitenlandse Zaken Robert Schuman zijn plan voor de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal gelanceerd. De kolen- en staalsector diende onder een onafhankelijke Hoge Autoriteit te komen. Het plan-Schuman was gericht tegen een herleving van de Duitse wapenindustrie en tegen de dreiging van de Sovjet-Unie. In 1951 zou

\* Prof. dr. J.W. (Jan Willem) Sap is hoogleraar Europees recht aan de Open Universiteit te Heerlen en universitair hoofddocent Europees recht aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

1. J.A.H.J.S. Bruins Slot, *Een Europese Federatie*, Utrecht: Libertas 1950.

het EGKS-Verdrag worden ondertekend door Frankrijk, Bondsrepubliek Duitsland, Italië en de Benelux-landen. In zijn preadvies besteedde Bruins Slot geen aandacht aan het plan-Schuman. Maar in West-Europa leefde een breed gevoel dat federale integratie noodzakelijk was vanwege de oprukkende globalisering. Vanwege de tegenstellingen in de wereld zag Bruins Slot het wereldfederalisme als een utopie. De Verenigde Naties (1945) stelden teleur. Bruins Slot verdedigde het 'naast-beste', een regionaal federalisme, bijvoorbeeld per werelddeel. Dat was haalbaar in Europa met gelijkgezinde staten die aardrijkskundig een eenheid vormden. Het was een 'noodsprong' wilde men niet ondergaan in rechtschaos en tirannie. Vanwege het IJzeren Gordijn werd de federatie noodgedwongen beperkt tot West-Europa.<sup>2</sup>

## 2 Typering en preadviseur

In *Een Europese Federatie* (1950) liet Bruins Slot zijn staatkundig internationaal-juridische kwaliteiten zien. De nadruk in zijn beschouwing lag op het juridische element, hoewel het federalisme op dat moment meer een politieke kwestie was. Buiten beschouwing liet hij de politieke vragen: Willen wij een federatie? Durven wij de sprong naar de federatie te wagen? Kunnen wij die sprong volbrengen? De nadruk lag ook niet direct op levensbeschouwelijke vragen. Tegelijkertijd lag onder het preadvies wel de diepe veronderstelling dat een ontwikkeling gaande was in de richting van een Europese federale staatsstructuur, ja dat sprake was van 'dwingende eisen' (p. 12).

Uitgaande van die veronderstelling zag Bruins Slot het als zijn eerste taak om het 'rechtskarakter' van een federale staat te schetsen. Daarvoor gebruikte hij een boek van K.C. Wheare.<sup>3</sup> In de tweede plaats ging Bruins Slot in op de vraag welke juridische eisen de eigenaardigheid van Europa stelde aan een federatie. Bruins Slot was doordrongen van het verschil tussen Europa en een federale staat als de Verenigde Staten van Amerika. In de derde plaats wilde Bruins Slot waarderen wat er in Europa aan 'federale' organisatie aanwezig was. Als de Europese federatie eenmaal echt begon te werken dan zou die haar eigen recht en beginselen scheppen (p. 22).

Jan Albertus Hendrik Johan Sieuwert Bruins Slot werd geboren op 6 januari 1906 in Drachten (Smallingerland). Sieuwert studeerde rechtsgeleerdheid aan de Vrije Universiteit te Amsterdam en werd vervolgens eerst advocaat. In 1931 verdedigde hij een dissertatie over Groen van Prinsterer. Tijdens de jaren 1932-1942 was hij burgemeester van Adorp. Regelmatig publiceerde Bruins Slot artikelen, onder meer in *Anti-Revolutionaire Staatskunde*.<sup>4</sup>

Toen door de Duitse bezetter verbodsmaatregelen tegen Joden werden geëist, nam Bruins Slot ontslag. Hij zag de oorlog niet alleen als een nationale maar ook als een geestelijke strijd: christendom tegenover heidendom. Vervolgens werd hij actief in het ondergrondse verzet, waar hij deel ging uitmaken van de leiding. Met

2. J.A.H.J.S. Bruins Slot, *Bezinning en uitzicht. De motieven der huidige wereldontwikkeling en onze roeping daarin*, Wageningen: Zomer & Keuning, z.j. [1949], p. 79-80.
3. K.C. Wheare, *Federal Government*, London, New York, Toronto: Oxford University Press 1946.
4. J.W. Sap, *Wegbereiders der revolutie. Calvinisme en de strijd om de democratische rechtsstaat*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1993, p. 346-385.



waarnemend ARP-leider Jan Schouten en Gesina van der Molen, later hoogleraar volkenrecht aan de Vrije Universiteit te Amsterdam, werd hij een van de oprichters van het toen illegale dagblad *Trouw*. Na de oorlog kreeg Bruins Slot in 1948 'The King's Medal for courage in the cause of freedom' opgespeld door de Engelse ambassadeur.

Sinds 1946 was Bruins Slot nauw betrokken bij het buitenlands beleid als gekozen volksvertegenwoordiger in de Tweede Kamer voor de ARP. Inzake de dossiers Indonesië en Nieuw-Guinea bleef Bruins Slot eerst binnen de behoudende partijlijn van de ARP. Op het bredere terrein bleek hij een vernieuwer. In november 1948 werd hij afgevaardigde naar het studiec comité dat de Raad van Europa voorbereidde. Als lid van de Nederlandse delegatie zat hij in het 'Vijf-Mogendheden Studie-Comité voor de Europese Eenheid'. Daar kwam hij tot de overtuiging dat de federalisten, die een supranationaal gezag bepleitten met een echt Europees Parlement, gelijk hadden, dit tegenover diegenen die alleen intergouvernementele samenwerking wilden.<sup>5</sup> Het werk van het studie-comité liep uit op de oprichting van de Raad van Europa. Veel ervaring deed hij op als lid van de Assemblée van de Raad van Europa (1949-1960). In 1956 werd hij fractievoorzitter van de ARP in de Tweede Kamer. Dit eindigde in 1962 en vervolgens richtte hij zich voor de volle 100% op de hoofdredactie van het dagblad *Trouw* tot aan zijn pensioen. Beroemd is de 'bekering' van Bruins Slot in 1961 door zijn pleidooi voor een open gesprek met Indonesië over Nieuw-Guinea. Bruins Slot wilde zijn christen-zijn realiseren in de buitenlandse politiek.<sup>6</sup> Sieuwert Bruins Slot overleed op 4 april 1972 te Haarlem.

### 3 Drie motieven

De ontwikkeling tot een Europese federale staatsstructuur was volgens Bruins Slot ingegeven door drie motieven. In de eerste plaats was er een buitenlands-politiek motief. De staten van Europa, hun volkeren en hun cultuur konden hun ondergang alleen behoeden indien zij zich zouden verenigen en gezamenlijk één macht zouden vormen. Bij federatievorming was de vorming van een militair machtsapparaat dat internationaal meetelt een 'zeer belangrijk' motief. Het tweede motief was de noodzaak van economische integratie. Elk afzonderlijk zijn de staten van Europa tussen de Verenigde Staten van Amerika en de toenmalige USSR te kwetsbaar. De Russen vormden een bedreiging voor de vrijheid van West-Europa, vandaar de noodzaak van het Atlantisch partnerschap in de vorm van de Noord-Atlantische Verdragsorganisatie (NAVO), ondertekend in 1949. De economische integratie was een vereiste voor de politieke zelfhandhaving van Europa en voorwaarde voor het scheppen van een militaire macht.

Het derde motief betrof het gegeven dat overheden minder dan voorheen zelfstandig en zonder overleg met anderen onderwerpen konden regelen die een rechtsregeling behoeven. Over de grenzen van staten heen was meer intensieve samenwerking ontstaan, niet alleen economisch, maar ook sociaal, cultureel en algemeen juridisch.

5. J.A.H.J.S. Bruin Slot, ... en ik was gelukkig, Baarn: Bosch en Keuning 1972, p. 162.

6. J.A. van Bennekom, 'Bruins Slot. Een politicus die van inzicht durfde te veranderen', in: C. Bremmer (red.), *Personen en momenten uit de geschiedenis van de Anti-Revolutionaire Partij*, Franeker: Wever 1980, p. 161-171.

Het regelen van zulke onderwerpen vroeg om democratische procedures. Federatievorming zou zorgen voor een juridische structuur die beter paste bij het bredere historische samenlevingsverband. Uiteraard waren er historische, geografische en principiële redenen die beperkingen oplegden als het ging om federalisering. Elke staat, en ook een federatie, diende een geestelijk-historisch substraat te bezitten, wilde zij effectief kunnen bestaan. Voor de Europese federatie was zo'n substraat aanwezig, dat in beslissende mate werd bepaald door het christendom (p. 6). De federatie kon worden geënt op de christelijke cultuurgemeenschap die Europa onder Karel de Grote was geweest, een rijk dat bij het verdelingsverdrag van Verdun in 843 versnipperd raakte. Hier ging het hem om christelijke solidariteit om verdeeldheid tegen te gaan.<sup>7</sup> Ook relevant voor Bruins Slot was de politiek van koningstadhouder Willem III. Vanwege diens strijd tegen absolutistische en totalitaire machten noemde hij hem een voorloper van het Europese federalisme. Diens vloot naar Engeland in 1688 had in de wimpel staan: 'pro religione et libertate'. Dat moest ook het adagium van het Europese federalisme zijn.<sup>8</sup> Tegenover de totalitaire machten was vrijheid het kernbegrip van de westerse democratie.

In de preambule van de Grondwet voor Europa, ondertekend in oktober 2004, had een verwijzing naar God of het christelijk erfgoed mijns inziens niet misstaan. Veel politici uit sociaal-democratische en liberale kringen, en de Fransen vanwege de 'laïcité', voelden daar echter niet voor. Er kwam in de Grondwet voor Europa geen verwijzing naar God, terwijl dat in sommige constitutionele stelsels van de lidstaten wel het geval is. De Grondwet voor Europa werd in 2005 weggestemd in referenda in Frankrijk en Nederland. Vervolgens werd in 2007 het meer sobere Verdrag van Lissabon ondertekend, waarbij een grondwettelijk karakter werd vermeden, een verdrag dat in 2009 in werking trad. In de huidige preambule bij het Verdrag betreffende de Europese Unie is sprake van de volgende zin: 'Geïnspireerd door de culturele, religieuze en humanistische tradities van Europa, die ten grondslag liggen aan de ontwikkeling van de universele waarden van de onschendbare en onvervreembare rechten van de mens en van vrijheid, democratie, gelijkheid en de rechtsstaat'. Dit is in vergelijking met het verlangen van Bruins Slot een afzwakking. Sinds het Verdrag van Lissabon ligt het accent op een aantal 'waarden' zoals opgesomd in artikel 2 VEU, waarden waarop het Unierecht is gebaseerd. In de preambule van het EU-Handvest van de grondrechten (2000) is wel sprake van het 'geestelijke en morele erfgoed' van de Unie.

Hoewel de Grondwet voor Europa niet in werking is getreden, heeft Bruins Slot in 1950 terecht gepleit voor een Europese constitutie. Nadat in 1957 het EEG-Verdrag was ondertekend met als doelstelling het realiseren van het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal, wilde de EEG niet alleen een economische gemeenschap zijn, maar ook een rechtsgemeenschap. In 1986 sprak het Hof van Justitie uit dat de rechtsgemeenschap haar grondslag vond in het EEG-Verdrag, het 'constitutionele handvest' waarop de Gemeenschap is gegrond.<sup>9</sup> Ook zonder formele

7. A. van Heerikhuizen, *Pioniers van een verenigd Europa. Bovennationaal denken in het Nederlandse parlement (1946-1951)*, (diss. UvA Amsterdam), 1998, p. 193 en 199.

8. P. Bak, *Een 'meneer' van een krant. Trouw en Bruins Slot 1943-1968*, Kampen: Kok 1999, p. 191.

9. HvJ EG 23 april 1986, 294/83, ECLI:EU:C:1986:166 (*Les Verts*), r.o. 23; J.W. Sap (red.), *Jurisprudentie Europees recht 1963-2023*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2023, p. 66-71.

EU-grondwet wordt thans gesproken van een ‘constitutioneel kader’ bestaande uit de waarden van artikel 2 VEU, de algemene beginselen van het Unierecht, het EU-Handvest van de grondrechten, de regels voor toekenning en verdeling van bevoegdheden in het VEU en VWEU, de regels over de werking van de instellingen en het rechterlijke stelsel van de Unie en fundamentele regels op specifieke gebieden van Unierecht.<sup>10</sup>

#### 4 Twee soorten gezag

De federatie (bondsstaat) neemt een tussenpositie in tussen enerzijds een confederatie (statenbond) en anderzijds een gedecentraliseerde eenheidsstaat. Het kenmerk van de federale staat is de aanwezigheid van twee soorten gezag die niet aan elkaar zijn gesubordineerd maar aan elkaar zijn gecoördineerd.<sup>11</sup> Ook bij een confederatie is sprake van een algemene staat en deelstaten, maar dan is de algemene staat gesubordineerd aan de deelstaten. Een gedecentraliseerde eenheidsstaat is soms een quasi-federatie. Overheidsbevoegdheden zijn verdeeld over hogere en lagere organen, maar de lagere organen zijn ondergeschikt aan de hoge overheid. Ook daar is sprake van subordinatie. De federatie kent gecoördineerde onafhankelijke rechtssferen. De federale staat en de deelstaten bezitten ieder voor zich in de sfeer van de bevoegdheden het hoogste gezag.

Een federatie wordt noodzakelijk als de omstandigheden zijn veranderd en de oorspronkelijke staten een aantal taken niet meer goed kunnen vervullen (p. 8). Een federatie is volgens Bruins Slot alleen mogelijk bij een rechtsopvatting die het bestaan van een monistisch soevereiniteitsbegrip, waarbij de soevereiniteit ondeelbaar is, ontkent. In de Amerikaanse grondwet was soevereiniteit enigszins onzichtbaar geworden. Dat kwam door de ‘trias politica’, de bekende scheiding tussen de wetgevende macht, de uitvoerende macht (president) en de rechterlijke macht, door Montesquieu geformuleerd als alternatief voor het absolutisme. Bruins Slot meende dat de onzichtbaarheid van de soevereiniteit in Amerika was versterkt doordat binnen de trias politica sprake was van de verdeling van bevoegdheden tussen het Huis van Afgevaardigden en de Senaat en de verdeling van bevoegdheden tussen federatie en deelstaat. De confederatie diende te worden beschouwd als meer volkenrechtelijk dan staatsrechtelijk. Het politiek motief van een confederatie draagt een federaal karakter, omdat het belang van het geheel der staten vooropstaat. Erkend moest worden dat bij een confederatie dit politiek besef en de rechtsstructuur van de confederatie botsen. Dit leidt tot innerlijke zwakheden, zoals bij de Republiek der Verenigde Nederlanden onder de Unie van Utrecht (1579). Doordat Bruins Slot zich inzake het federalisme op Wheare baseerde, lijkt hij minder oog te hebben voor het voorrangsbeginsel in het Amerikaanse staatsrecht.

---

10. HvJ EU 30 april 2019, advies 1/17, ECLI:EU:C:2019:341 (*CETA EU-Canada*), r.o. 110.

11. Ter nuancering kan worden gewezen op art. 31 Duitse Grondwet: ‘Bundesrecht bricht Landesrecht’. Dit betreft een ‘Kollisionsnorm’ en geen ‘Kompetenznorm’; art. 31 Duitse Grondwet wil niet zeggen dat ieder handelen van de Bond automatisch voorrang heeft op dat van de ‘Länder’.

Thans ligt voor een goede toekomst van de Europese Unie meer zichtbare 'soevereiniteit' in Brussel voor de hand. De gevoelige voorrang van Europees recht is wat weggemoffeld in Verklaring 17 bij het Verdrag van Lissabon (2007).<sup>12</sup>

Essentieel bij een federatie is volgens Bruins Slot een duidelijke 'toescheiding' van bevoegdheden aan de gezagssferen. Als het gaat om competentieregelingen zijn verschillende systemen mogelijk. Men kan kiezen voor een enumeratie van de bevoegdheden van de federale overheid met de bepaling dat alle niet-opgesomde bevoegdheden blijven bij de overheden van de deelstaten. Er kan ook sprake zijn van een enumeratie van de bevoegdheden van de overheden van de deelstaten met de bepaling dat alle niet-opgesomde bevoegdheden aan de federale overheid toekomen. Men kan na opsommingen ook werken met de bepaling dat hetgeen niet is genoemd een concurrente bevoegdheid van beide soorten overheid geeft. Daarbij is dan nodig de bepaling dat als de federale overheid een onderwerp aantrekt uit de concurrente bevoegdheden, de bevoegdheid van de overheid van de deelstaat vervalt. Ook is mogelijk dat de overheid van een deelstaat medewerking verleent aan de uitvoering van federale wetten. Dat is thans in de Unie ook het geval (art. 288 VWEU). Ook andersom is mogelijk, dat een deel van de centrale overheidsbevoegdheden naar federaal, een ander deel naar confederaal beginsel wordt gehanteerd. Het een noch het ander is volgens Bruins Slot in 'federalistische zin orthodox' (p. 8). Het doctrinaire federalistische ideaal wordt bereikt waar de federale staat en zijn organen worden georganiseerd onafhankelijk van de deelstaten en omgekeerd dat de deelstaat en zijn organen worden georganiseerd onafhankelijk van de federale staat.

Thans is in het huidige Europese recht, sinds het Verdrag van Lissabon, gekozen voor een systeem met exclusieve, gedeelde en ondersteunende bevoegdheden zoals vastgelegd in de artikelen 3 tot en met 6 VWEU. Volgens Bruins Slot was voor zo'n competentieregeling een constitutie of statuut nodig. De deelstaten brengen 'offers', omdat dat in hun belang is, maar het is steeds een afwegen tussen het offer en wat de deelstaat ervoor terugkrijgt. 'Er is hier dus een overeenkomst, *do ut des*', aldus Bruins Slot. Men kan dit 'ik offer met de bedoeling dat jij ook geeft' vergelijken met de relatie tussen leenman en leenheer. Vanwege de overeenkomst tussen centraal gezag en deelstaat dient een constitutiewijziging te worden omgeven met zware waarborgen. Vereist is een grote mate van gelijkgezindheid zowel onder 'het volk der federatie' als 'de volken van de deelstaten' (p. 9). Tegelijk is juist het moeilijk aanpassen aan nieuwe situaties een zwakte van de federatie. Wijzigingen kunnen leiden tot een burgeroorlog. Daarom adviseerde Bruins Slot bij een federale constitutie niet te klein te beginnen (p. 9).

Als toelichting op het feit dat federale grondwetten inderdaad moeilijk zijn te wijzigen kan worden gewezen op Amerika. Wijziging van de constitutie is in de Verenigde Staten van Amerika mogelijk met een meerderheid van twee derde in beide huizen van het Congres en wanneer die wijziging wordt aanvaard door wetgevende vergaderingen van drie vierde van de deelstaten. Op uitnodiging van de

12. In Verklaring 17 wordt gememoreerd dat de Verdragen en het recht van de Unie dat de Unie op grond van de verdragen vaststelt, voorrang hebben boven het recht van de lidstaten, onder de voorwaarden bepaald in de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie.

wetgevende vergaderingen van twee derde van de deelstaten kan een meerderheid van twee derde in beide huizen een ‘federale conventie’ bijeenroepen om wijzigingen voor te stellen, die dan door bijeengeroepen conventies van drie vierde van de deelstaten worden aanvaard. In Amerika is belangrijk het toetsingsrecht door het federaal gerechtshof. De jurisprudentie van dit hof heeft de positie van de federale staat bevestigd. ‘Zij haalt uit de bepalingen der constitutie consequenties, waar van de opstellers nimmer gedroomd hebben’ (p. 11). Dit is niet zonder risico’s. Het recht op uittreding wordt in de meeste federale staten niet aanvaard. Hoewel een unilateraal secessierecht niet onverenigbaar is met het federale principe, is het niet bevorderlijk voor een goede federale regering.

Thans is in het Unierecht het recht op terugtrekking uit de Unie vastgelegd in artikel 50 VEU. Over de terugtrekking dient de terugtrekkende lidstaat een akkoord met de Unie te sluiten. Inzake de wijziging van de verdragen (VEU en VWEU) kent het Unierecht sinds het Verdrag van Lissabon naast de gewone herzieningsprocedure van artikel 48 VEU ook vereenvoudigde herzieningsprocedures. Bij de gewone herzieningsprocedure is een intergouvernementele conferentie nodig, die wordt voorbereid door een ‘Conventie’ bestaande uit vertegenwoordigers van de nationale regeringen, nationale parlementen, het Europees Parlement en de Europese Commissie. Elke lidstaat dient de door de intergouvernementele conferentie goedgekeurde wijzigingen te bekrachtigen overeenkomstig zijn grondwettelijke bepalingen (art. 48 lid 4 VEU). Om impasses te doorbreken kan worden gewezen op de leden 5 en 6 van artikel 48 VEU.

## 5 Enthousiasme voor Europa

Toen Bruins Slot in 1950 sprak over dwingende eisen om te komen tot een federatie van Europese democratische staten, had hij het over West-Europa. Hier was een Europese cultuurgemeenschap met een ‘way of life’ tegenover het systeem van de totalitaire staten. Juist omdat het Europese besef, in vergelijking met dat in de nationale staat, oppervlakkiger is, dient het Europese besef sterker te worden gestimuleerd. De Europese federatie zal op de historie moeten worden veroverd. Dat lukt alleen met een speciaal enthousiasme, een bijzonder elan. De noodzakelijkheid moet er bij de bevolking worden ‘ingehamerd’, inclusief propaganda. In de Europese cultuur ontwaarde Bruins Slot drie hoofdstromen: rooms-katholicisme, humanisme en de reformatie. Geen van deze drie richtten zich tegen Europa en zij hadden de strekking een boven het nationale uitgaande, algemene geldigheid te hebben. De federatiegedachte had de steun nodig van een krachtige christenheid. ‘Europa is een Paulinisch historisch begrip’, aldus Bruins Slot (p. 14). Als toelichting kan worden opgemerkt dat de apostel Paulus, een Jood die het Romeins burgerrecht bezat, inderdaad niet in Jeruzalem bleef. Hij ging overal gemeenten stichten.<sup>13</sup> Paulus vergeleek de kerk met een rijk waarvan de gelovigen de burgers zijn (Filippenzen 3:20, Efeziërs 2:12,19). Na zijn werk in Azië bracht Paulus in 49/50 het evangelie naar Europa, namelijk naar Filippi in Macedonië (Handelingen 16:6-10).

---

13. Tom Wright, *Paulus. Een biografie*, Franeker: Wever 2019, p. 181-201.

Voor de federalisering was nodig dat er een centraal gezag werd ingesteld. De bevoegdheden van dat federale gezag dienden via een limitatieve opsomming te worden vastgelegd in een constitutie. Al het overige moest aan de nationale staten blijven. Thans staat dit ook zo vermeld bij het beginsel van bevoegdheidstoedeling in artikel 5 lid 2 tweede zin VEU: 'Bevoegdheden die in de Verdragen niet aan de Unie zijn toegedeeld, behoren toe aan de lidstaten.' Het staat tevens in artikel 4 lid 1 VEU. De organisatie van een Europese federatie diende rekening te houden met de nationale staten. Dat gaf een 'nuance' die niet volledig overeenkwam met de orthodoxe federale theorie en de praktijk in de Verenigde Staten van Amerika. Volgens Bruins Slot diende de Europese staat ten dele federaal en ten dele confederaal zijn. Bij Europese integratie diende men steeds de vraag te stellen of op een bepaald terrein met een confederatie kon worden volstaan. Kon dat niet, dan diende op zo'n gebied 'radicaal' een federaal gezag te worden gevestigd.

Het eerste gebied waar radicale federalisering noodzakelijk was betrof defensie. Op militair gebied was volgens Bruins Slot grote behoefte aan een Europees centraal gezag. 'De Europese defensie zal als één geheel moeten worden beschouwd en geleid' (p. 16). De behoefte aan één Europese strijdmacht vroeg ook om een Europese dienstplicht. Voor de context is relevant dat het genoemde Verdrag van Brussel (1948) een reactie was op de Praagse Coup in februari 1948, waarbij communisten de macht hadden overgenomen in Tsjecho-Slowakije. West-Europa verlangde naar samenwerking met Amerika en Canada. Dat leidde op 4 april 1949 tot de oprichting van de NAVO, waarbij het Verdrag van Brussel naast de NAVO bleef bestaan. Later, na de totstandkoming van de EGKS, wilde men de Bondsrepubliek opnemen in de veiligheidsstructuur van West-Europa. Er kwam een plan voor een Europese Defensiegemeenschap (EDG), met als doel een Europees leger binnen de NAVO. De EDG werd in augustus 1954 echter afgewezen door Frankrijk. Vervolgens leek het zinvol om de Bondsrepubliek Duitsland en Italië te laten toetreden tot het Verdrag van Brussel. Bij de Verdragen van Parijs werd op 23 oktober 1954 de West-Europese Unie (WEU) gevormd, een organisatie met zeven lidstaten: Benelux, Verenigd Koninkrijk, Frankrijk, Bondsrepubliek Duitsland en Italië. In de loop van de tijd nam de Europese Unie de meeste taken van de WEU over. Na het Verdrag van Lissabon leek de West-Europese Unie overbodig geworden en werd besloten om de WEU op te heffen. Men had niet gerekend op de latere Brexit.

Het tweede gebied betrof volgens Bruins Slot het economisch leven. Er diende een Europees gezagsorgaan te komen dat kon dirigeren in de Europese tol- en muntunie, onder controle van een Europees Parlement. Federale wetten moesten tot stand komen door het centrale gezag in overleg met een Europees Parlement. Net als het militaire gezag moest dit gezagsorgaan federaal zijn qua type, dus onafhankelijk van de regeringen van de nationale staten. Thans is dat de onafhankelijke Europese Commissie (art. 17 lid 3 VEU). Een confederatie zou vanwege de grote rol van de regeringen en wellicht nationale parlementen in de praktijk stilstand betekenen. De wil van één deelstaat mocht niet bepalend zijn, dan zou de economische eenheid worden vernietigd. De geopolitieke situatie bracht mee dat de federalisering van het militaire en het economische beleid in de praktijk ook betekende de federalisering van de buitenlandse politiek.

Ten aanzien van de kwestie van oorlog en vrede en van het sluiten van traktaten zou volgens Bruins Slot een confederaal element kunnen worden ingeschakeld en dan kon, in een vergadering van de nationale staten tezamen, men de goedkeuring van de meerderheid van de staten eisen. Die 'confederale minus' gold op het gebied van de sociale en culturele politiek en bij de algemene rechtsvorming, daar hier de nationale culturen een grote rol spelen.

Het van de regeringen van de staten onafhankelijke federale gezagsorgaan moest een beperkt aantal doeleinden hebben en gebonden zijn aan controlerende organen, zeker waar het wetgeving betreft. Sommige zaken behoeven goedkeuring van een federaal parlement, andere zaken die van de vergadering van de nationale staten, weer andere die van parlement en nationale staten gezamenlijk. Vanwege de tweeslachtige binding en de aard van het parlement zou dit gezagsorgaan niet het karakter krijgen van een parlementair kabinet. Europese politieke partijen zag Bruins Slot niet snel ontstaan. Algemene verkiezingen van een Europees Parlement hadden volgens hem toen weinig zin. Het beste was als de nationale parlementen van de staten, en daarbinnen nationale partijen, de leden van het Europees Parlement aanwezen. Een Europees Hof diende te worden ingesteld met de uitsluitende bevoegdheid om federale en nationale wetten en algemene maatregelen te toetsen aan de constitutie (p. 21). Thans heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie min of meer de plaats van een constitutioneel hof in een gedeelde rechtsorde. Artikel 19 VEU stelt dat het Hof van Justitie de eerbiediging van het recht verzekert bij de uitlegging en de toepassing van de verdragen. Maar een belangrijk verschil met Amerika is dat het Hof van Justitie zich niet uitspreekt over de uitlegging van nationaal recht. Voor het federaal gezag is het volgens Bruins Slot het beste als de federatie over voldoende eigen inkomsten beschikt. Dat is sinds 1970 het geval en heeft de onafhankelijkheid van de instellingen bevorderd. Inzake wijziging van de constitutie zou Bruins Slot willen aansluiten bij de Amerikaanse procedure. Het leek hem in de praktijk voor continentale landen moeilijk om zich los te maken uit de federatie. Als Groot-Brittannië tot de federatie zou gaan behoren, zou het zich volgens Bruins Slot niets aantrekken van het al dan niet bestaan van het secessierecht. Daarom kon men het secessierecht maar beter toekennen (p. 22). Nadat het Verenigd Koninkrijk op 1 januari 1973 was toegetreden tot de EEG, wilde het na een referendum in 2016 vertrekken. Na 1 februari 2020 is het Verenigd Koninkrijk geen lid meer van de Unie. Het Verenigd Koninkrijk doet overigens wel mee in de NAVO, de Raad van Europa en de in 2022 opgerichte Europese Politieke Gemeenschap.

## 6 Conclusie

Bij de bespreking van de Europese federatie was er volgens Bruins Slot een bedenkelijk grote scheut confederaal water in de federale wijn gekomen. Hij vond dat er meer bereikt had kunnen worden. Aan de andere kant: *Non multum, sed multa*. Wat we hebben is nog niet heel diep, maar wel breed. Bruins Slot draaide hier het oorspronkelijke latijnse gezegde om. 'Maar als we op het non multum letten moet toch gezegd worden: al is het niet veel, iets is het toch wel' (p. 23). Want de wereld zou er volgens Bruins Slot maar leeg uitzien zonder Benelux, West-Europese Unie, O.E.E.S. (OESO) en Raad van Europa. De pre-federale organen die elkaar in 1950

schots en scheef voor de voeten liepen dienden in het spoor te worden gezet dat tot een uiteindelijk federale organisatie moest leiden. Bruins Slot zag in de laatste drie organisaties een politiek-federaal motief aanwezig. Er was een duidelijke gerichtheid op een Europees leger, op de economische wederopbouw en op het slechten van handelsbarrières. De Raad van Europa had niet alleen een Comité van Ministers, maar kende tevens een Raadgevende Vergadering; een voorverschijning van een Europees Parlement. Juist in de Raadgevende Vergadering zag Bruins Slot een juridisch federaal element. Het was geen vergadering van nationale delegaties maar van individuele leden die stemden en spraken zonder last of ruggenspraak, naar eigen politiek inzicht. ‘Hier spreekt het volk van Europa, zoals in onze Staten-Generaal het volk van Nederland spreekt’ (p. 25). Wat betreft de Raadgevende Vergadering benadrukte Bruins Slot dat een parlement alleen dan goed functioneerde, als het de tegenspeler was van de regering, of van een samenwerking van regeringen. Dat is thans in de Europese Unie niet het geval; het Europees Parlement is wel gefocust op de Europese Commissie maar niet op de Europese Raad.

Als het gaat om het rechtstreeks gekozen Europees Parlement en de rol van politieke partijen is het Unierecht in democratisch opzicht verder voortgeschreden dan Bruins Slot had verwacht. Bij het Verdrag van Maastricht (1992) werd een burgerschap van de Unie ingesteld, waarbij een juridische band werd geschapen tussen de Europese Unie en de burger, maar ook dat wil niet zeggen dat de Europese Unie een staat is. Nadenken in een conferentie over de toekomst van Europa maakt de EU-burgers niet soeverein. Het Unieburgerschap is naar mijn mening onvoldoende gepolitiseerd. Vanwege de federale en constitutionele trekken is het wel verdedigbaar om de Europese Unie te beschouwen als een ‘federatie van staten’, een compromistterm omdat de organisatie zowel staatsrechtelijke als volkenrechtelijke elementen heeft. Wat betreft de confederale elementen kan worden gewezen op het gemeenschappelijk buitenlands- en veiligheidsbeleid van de Europese Unie. Dat is een bevoegdheid van de Unie met intergouvernementele kenmerken. De Europese Raad en Raad besluiten met ‘eenparigheid van stemmen’, tenzij in de Verdragen anders is bepaald (art. 24 lid 2 VEU).

Geconcludeerd kan worden dat Bruins Slot op bijzondere wijze aandacht heeft gevraagd voor de noodzaak van een Europese federatie. Hij benadrukte de rol van het christelijk geloof en een Europese ‘way of life’ die tegenover autoritaire stelsels staat. Hij vroeg om enthousiasme en elan. Bruins Slot was een succesvolle denker en doener in die zin dat hij erin is geslaagd om in de Tweede Kamer, in Europa, bij de achterban van de ARP, de denktank van de CJV en bij de lezers van het dagblad *Trouw* draagvlak te genereren voor de Europese integratie. Zijn verlangen naar een constitutie in 1950 is niet uitgelopen op een formele EU-grondwet. Maar in de loop van de tijd is wel een ‘constitutioneel kader’ ontwikkeld, met name sinds het Verdrag van Lissabon. Als men beter naar Bruins Slot had geluisterd, had de Europese Unie nu een sterke defensie en eigen leger gehad. Waarschijnlijk had de Russische dictator Poetin het dan niet aangedurfd om Oekraïne binnen te vallen.



## S. Gerbrandy, *Recht, Rede en Openbaring* (1953)

Prof. (em.) mr. T.J. (Tymen) van der Ploeg<sup>\*</sup>

‘In lijn van Calvijn en in aansluiting aan P. Scholten (V.G. I, p. 418) kan men het geweten omschrijven niet zozeer als een menselijk vermogen, maar welhaast als het menselijk onvermogen om zich te onttrekken aan de realiteit van het bestaan.’<sup>1</sup>

### 1 **Inleiding**

In zijn Inleidende Opmerkingen stelt de preadviseur dat, nu christenen leven in een maatschappij die voor de oplossing van ‘vragen des levens’ (zeg: maatschappelijke vraagstukken) niet meer te rade gaat bij de christelijke leer, er een zo breed mogelijke samenwerking nodig is van theologen, sociologen en juristen enz. van alle delen van de wereld en alle kerkelijke en wijsgerige stromingen om gezamenlijk de bijbelse boodschap te verstaan. In het preadvies wordt in het bijzonder aandacht besteed aan wat in oecumenisch verband over dit onderwerp is geschreven. Gerbrandy geeft duidelijk aan dat zijn denken nog niet af is en dat het preadvies vooral bedoeld is als inleiding voor het gesprek op de vergadering van de vereniging.

### 2 **Beknopte typering van het preadvies**

Het preadvies behandelt een aantal thema’s op het terrein van de verhouding tussen bijbel/geloof en het recht. Er is niet een alomvattende vraagstelling, het zijn teksten ter bezinning.

Het preadvies start met inleidende opmerkingen die hierboven in paragraaf 1 zijn verwerkt. Daarna volgt hoofdstuk I met als onderwerp: Recht en gerechtigheid naar bijbels spraakgebruik (p. 5-15). Hoofdstuk II behandelt Het vraagstuk van de rechtsvinding (p. 15-39).

Het laatste hoofdstuk (III) heeft als titel De taak van de praktiserende jurist (p. 40-46).

### 3 **Beknopte typering van de preadviseur**

S. Gerbrandy was de zoon van mr. P.S. Gerbrandy die onder meer minister-president was in de Tweede Wereldoorlog. Hij werd geboren in 1914 en leefde tot 2018! Aan de Vrije Universiteit studeerde hij rechten en hij was van 1954 tot 1969 aan de juridische faculteit aldaar verbonden als hoogleraar burgerlijk recht, burgerlijk procesrecht, auteursrecht en industriële eigendom. Hij schreef dit preadvies een jaar

<sup>\*</sup> Prof. (em.) mr. T.J. (Tymen) van der Ploeg was tot 2014 hoogleraar privaatrecht van de Vrije Universiteit Amsterdam.

1. S. Gerbrandy, *Recht, Rede en Openbaring* (1953), p. 34.

voordat hij hoogleraar aan de VU werd. Op het gebied van het auteursrecht ontwikkelde hij zich tot een autoriteit. Hij was tot ver na zijn emeritaat te vinden in de VU-bibliotheek om onderzoek te doen.

Hij kwam tot op hoge leeftijd naar de vergaderingen van de CJV. Tot plezier van de aanwezige leden traden hij en prof. mr. I.A. Diepenhorst, als hij er ook was, dan met elkaar in het krijt.

#### 4 De inhoud in vogelvlucht

In hoofdstuk I schetst de preadviseur aan de hand van theologische literatuur hoe de begrippen recht en gerechtigheid in het Oude respectievelijk Nieuwe Testament werden gebruikt. Hij wijst o.a. op Jesaja 42:1-4, waar staat dat de Messias het recht zal openbaren aan de volken. Wat Gerbrandy betreft bekommert de Messias zich ook om de praktische orde en mogen degenen die beroepshalve in het recht werken, geloven in een praktische openbaring van het ware recht in de normen van die orde door Zijn Geest.<sup>2</sup> Bij gerechtigheid – in het Nieuwe Testament – gaat het om verlossing, bevrijding en rechtszekerheid van God. Zij komt de liefde zeer nabij. Dus de orde van de gerechtigheid bestaat zodat de orde van de liefde betoond kan worden. De gedachte van de orde des rechts als ‘*praeambula charitatis*’ stelt wel een zeer hoge eis aan het positieve recht. Je moet niet het positieve recht aan deze orde van recht toetsen als ware het natuurrecht, aldus de preadviseur. Hij gaat ook in discussie met E. Brunner die zijns inziens liefde en (ge)recht(igheid) te zeer uit elkaar trekt. Gerbrandy formuleert daar tegenover dat het also een zaak van de liefde in de alomvattende zin des woords is om de gerechtigheid te beoefenen.

In hoofdstuk II betreffende rechtsvinding schetst de auteur in de eerste plaats de zogenaamde christologische visie op het recht. Deze staat tegenover de visie die de nadruk legt op de schepping, al of niet in natuurrechtelijke zin. Degenen die de eerstgenoemde visie aanhangen nemen de openbaring in haar geheel en naar de centrale inhoud, dus als openbaring van Jezus' kruis en opstanding. Zij zijn sterk gekant tegen denkwijzen die vooral de openbaring van schepping en het verband tussen natuur en recht – hetzij via natuurrecht, hetzij via scheppingsordeningen – benadrukken. Deze tegenstelling kwam sterk naar voren in het rapport van de *Treysa-conference in the biblical doctrine of law and justice* (Geneve 1950).<sup>3</sup> Als exponenten van de christologische opvatting noemt hij Karl Barth, Ernst Wolf, Jacques Ellul en A. de Quervain. Gerbrandy heeft wel enige bezwaren tegen deze christologische richting:

- a. De schrijvers stellen volgens Gerbrandy het probleem verkeerd. Men moet onderscheiden tussen de beslissing van het geweten en de rechtsvinding als kunst/wetenschap. Dat onderscheid heeft Paul Scholten<sup>4</sup> wel duidelijk ge-

2. P. 8.

3. De Treysa-conferentie werd gehouden in augustus 1950 en was georganiseerd door de Wereldraad van Kerken met het doel om te onderzoeken wat de kerk op grond van de bijbel kan zeggen over het herstel van het menselijke recht, waarin het vertrouwen door de gebeurtenissen van de laatste twintig jaar sterk is geschaad. Er waren zo'n dertig deelnemers uit Europa en Amerika, juristen en theologen.

4. Paul Scholten zou, wanneer hij nog geleefd had, zeker op de conferentie gepast hebben. Er waren overigens geen Nederlanders bij betrokken.

maakt.<sup>5</sup> De vraag is nu of de openbaring betekenis heeft bij het juridische handwerk. Die vraag behandelen de genoemde auteurs niet.

- b. De opvattingen van genoemde auteurs hangen vaak meer samen met wijsgerige opvattingen dan met de bijbel/theologie.

Hoe het ook zij, deze auteurs hebben het recht en de staat niet alleen in verband gebracht met het voortbestaan van het menselijk geslacht, maar ook met verlossing en het eindoordeel. Dat is positief. Daardoor wordt het altijd ook in christelijke kring latent aanwezige gevaar vermeden van de oriëntatie van het recht op een meer of minder deïstisch godsbegrip.

Door de tegenwoordige sterke behoefte aan anti-positivistisch denken, zo stelt de preadviseur, — namelijk door de Tweede Wereldoorlog die kort daarvoor was geëindigd — waren sommige schrijvers in de richting van het natuurrecht, dat wil zeggen het in de rede gefundeerd recht, gedreven. Luther en Calvijn hadden open oog voor het feit dat het menselijk gezond verstand en feitelijke en historische gegevens van groot belang zijn voor het scheppen van een dragelijke rechtsorde — die zij *lex natura* noemen. Of zij echt aanhangers van natuurrecht waren is niet eenvoudig te zeggen. In ieder geval vonden zij voor het vinden van grondslagen van het recht de menselijke rede volstrekt ongenoegzaam.

Een speciale paragraaf van het hoofdstuk over rechtsvinding wijdt de auteur aan de betrekkelijke ongenoegzaamheid van de bijbel voor de rechtswetenschap, de wijsbegeerte, de biblische Weisung en de ethiek. De vraagstelling is hier, of het mogelijk is om (buiten de vragen van positivisme, natuurrecht etc.) een bijbels gefundeerd antwoord te vinden op de vragen waarvoor de jurist zich in de rechtspraktijk ziet gesteld: a) ten aanzien van het bestaande recht; b) ten aanzien van het *ius constituendum*. De bijbel, zo stelt Gerbrandy, biedt theologie en ethiek, maar biedt geen rechtswetenschap. Als ik hem goed begrijp, is zijn perceptie dat de bijbel en de biblische Weisung wel de christen-jurist persoonlijk kunnen inspireren in zijn werk, maar dat het recht hier niet direct door wordt geraakt. Christenen en zeker christen-juristen willen wel samen de bijbel gebruiken, maar als er in het gesprek rechtsfilosofische vragen aan de orde komen dan gaat men daarbij weer uit elkaar. De strijd tussen positivisme, natuurrechtsleer, historische school enz. kan niet worden beslecht met argumenten ontleend aan de Schrift. Die is geen handboek voor rechtswetenschap. Gerbrandy vindt de benadering van Brunner in zijn boek *Gerechtigheid* uit 1943 wel interessant. Deze sluit aan bij juridische begrippen maar blijft op het terrein van de ethiek. Conclusie is dat de bijbel richtlijnen geeft voor geloof en ethiek, maar dat dan de juridische arbeid nog moet beginnen.

Vraag is vervolgens of er zo al geen natuurrecht maar wel grondslagen van recht bestaan waarop het recht en de jurist zich kunnen en moeten oriënteren. Voor het beantwoorden van die vraag sluit de auteur aan bij P. Scholten,<sup>6</sup> en bij H. Dooye-

---

5. Zie zijn Asser-Scholten, *Algemeen deel*, p. 173 e.v. (de beslissing), 2e druk 1934 en zijn *Verspreide geschriften I* 1949, p. 456 (De structuur der rechtswetenschap) oorspronkelijk 1942.

6. *Rechtsbeginselen*, 1935; *Verspreide Geschriften I* 1949, p. 395 e.v.

weerd.<sup>7</sup> Deze benadering is dan nog vrij nieuw.<sup>8</sup> Waarschijnlijk omdat de toenmalige leden van de CJV voldoende bekend waren met deze denkers geeft Gerbrandy weinig informatie over hun denken. Omdat veel van de (jongere) leden van de CJV nu niet bekend zijn met hun denken geef ik hier wat meer, zij het beknopte, informatie. Scholten begrijpt onder rechtsbeginselen beginselen die aan het recht inherent zijn en die nodig zijn om rechtsregels toe te passen. Hij onderscheidt vijf constitutieve rechtsbeginselen, te weten 1) persoonlijke vrijheid, 2) gemeenschap (redelijkheid en billijkheid), 3) gelijkheid, 4) gezag en 5) de keuze tussen goed en kwaad. In de filosofie van Dooyeweerd heeft God structuren en aspecten geschapen. Een der aspecten is het rechtsaspect. Ook daarvoor heeft God normen gegeven, niet als regels maar als beginselen, die door de mens moeten worden aangepast aan tijd en plaats. Beide auteurs gingen er dus niet van uit dat rechtsbeginselen zonder meer permanent zijn. Voor beiden is de verhouding tussen persoon en gemeenschap fundamenteel. Scholten en Dooyeweerd gebruiken daarbij een verschillende terminologie, maar Gerbrandy ziet naast de verschillen toch ook gelijkenissen in hun denken. Beiden aanvaarden de historisch-feitelijke en natuurwetmatig-feitelijke werkelijkheid. Ook zien zij een orde.

De verhouding tussen rechtswetenschap en geloof is intrigerend. Het past de pred adviseur om dit scherp te stellen: is bij die arbeid van de jurist de openbaring overtuigend, dan heeft een aanzienlijk deel van ons leven niet met het geloof te maken. Is de openbaring allesbeheersend, dan heeft de rechtswetenschap nauwelijks meer nut. Hoe nu? Gerbrandy redeneert als volgt: bij recht gaat het om goed en kwaad. Voor de wetenschappelijke bestudering van het recht is niet alleen logisch-analytisch denken nodig, maar ook intuïtie. In de geest van Dooyeweerd formuleert hij dan: 'De vooronderstellingen over wat behoort worden ons gegeven door de intuïtie die de band schept tussen onszelf en het recht als zodanig in zijn samenhang met heel het leven.'<sup>9</sup> Maar, zo stelt hij, er is meer dan intuïtie, er is geweten. In lijn van Calvijn en in aansluiting bij P. Scholten<sup>10</sup> kan men het geweten omschrijven niet zozeer als een menselijk vermogen, maar welhaast als het menselijk onvermogen om zich te onttrekken aan de realiteit van het bestaan. Dus, is zijn conclusie, heeft het geloof bij wetenschappelijk werk een onmisbare functie, want zij is de leidsvrouw van het geweten en het voedt de intuïtie. Degenen die niet in de bijbelse openbaring geloven, stellen daarvoor een ander geloof in de plaats, bijvoorbeeld de rede. Overigens is geen enkele uitspraak van de Heilige Schrift geschikt voor wetenschappelijk gebruik, zo stelt hij naar mijn mening terecht. De Bijbel eist van ons de liefde in de allesomvattende zin van het woord. De band tussen het recht en het geloof loopt via het geweten en de ervaring van de individuele jurist, die als christen zijn beroep uitoefent. De invloed van het persoonlijk geloof op de wetenschappelijke arbeid is dus een proces van jaren.

7. 'De structuur der rechtsbeginselen en de methode der rechtswetenschap in het licht der wetsidee', bijdrage aan *Wetenschappelijke bijdragen aangeboden door hoogleraren der Vrije Universiteit ter gelegenheid van haar vijftigjarig bestaan*, 1930.

8. Hij vermeldt hier ook het al eerder verschenen *Recht und Rechtsverwirklichung* van Eugen Huber uit 1925.

9. Dooyeweerd, a.w., p. 34.

10. P. Scholten, *Evangelie en recht*, 1939; *Verspreide Geschriften I*, p. 418.

In hoofdstuk III is het onderwerp de taak van de praktizerende jurist.

Het gaat nu om levenspraktijk. Daarbij neemt hij een artikel van Vrij<sup>11</sup> als uitgangspunt.

Vrij noemt allerlei punten waarnaar de verantwoordelijke jurist moet kijken bij de hantering van het recht. Hij spreekt van de essentialisering van het recht (het gaat om gerechtigheid), de realisering ervan (recht moet ook geschieden), pneuma-tisering ervan (erkennen van gebreken in het recht), integrering (het moet gaan om een maatschappelijk verantwoorde oplossing), totalisering ervan (recht moet band houden met het sociaal-economische en het ethisch-godsdienstige domein) en personalisering van het recht (het gaat steeds om mensen – die niet zonder meer gelijk zijn). Gerbrandy noemt dit artikel belangrijk omdat het specifiek voor juristen is geschreven en niet ook voor medici, arbeiders enz. en omdat Vrij zich radicaal losmaakt van de gelijkstelling van christelijke verantwoordelijkheid en burgerlijk fatsoen.

Gerbrandy eindigt dit hoofdstuk met het thema dat zijn tijd wordt gekenmerkt door gebrek aan geloof in de waarde van het recht. Hij noemt dan drie factoren: 1) het gebrek aan geloof in het bovenwillekeurige karakter van het recht, 2) de opkomst van de psychologie en 3) de onderschikking van het recht aan de economie. Mijns inziens is dit deel van het preadvies het minst overtuigend. Dat is niet alleen omdat de opvattingen van Gerbrandy hier nogal gedateerd lijken, maar ook omdat hij hier nogal apodictisch redeneert. Bij punt 1) het gebrek aan geloof in het bovenwillekeurige karakter van het recht noemt hij de doodstraf. Blijkbaar was het pomenen van deze stelling voldoende. Waarom het afschaffen van de doodstraf (tenminste ik neem aan dat het daarom gaat) in strijd is met het bovenwillekeurig karakter van het recht is voor mij niet duidelijk en naar ik aanneem voor velen met mij. Overigens kunnen anders-gelovigen of niet-gelovigen ook oog hebben voor de waarde van het recht.

Wat betreft de psychologie (punt 2) is Gerbrandy weer nogal stellig, namelijk door te stellen: Soms is wel degelijk – hard – recht nodig in plaats van ‘verlossing’ door psychologie. Gerbrandy is niet tegen de psychologische aanpak van levensproblemen, maar soms zal men toch aan het recht moeten vasthouden, zo stelt hij. Ten slotte de overheersing van het recht door de economie (punt 3). Hierbij verwijst hij naar de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens van de Verenigde Naties van 1948 met het recht op passende arbeid en passende levensstandaard als monstra.<sup>12</sup> Gerbrandy suggereert of beter sniert dat volgens de Verenigde Naties het blijkbaar de wetgever is die moet zorgen voor stoffelijk welzijn en dat hij anders zijn naam niet waard is. Wat dit betreft is er wel een ontwikkeling geweest. In de jaren tachtig zijn de sociale grondrechten tijdens een CDA-VVD-kabinet in de Grondwet opgenomen. Die bepalingen verschaffen overigens geen civiel afdwingbare rechten.

---

11. M.P. Vrij, ‘De verantwoordelijkheid van de jurist’, in: *Wending* april 1947, jrg. II, p. 110 e.v.

12. Zie art. 23 en 25 Universele Verklaring van de Rechten van de Mens.

## 5 **Karakteristiek van het preadvies**

De auteur legt in helder Nederlands een verband tussen het christelijk geloof en het recht. Hij is wars van theoretisering. Hij schrijft doelgericht en gebruikt eerder te weinig dan te veel woorden. Zijn blik is niet met de ogen zeer naar boven gericht, maar ik zou zeggen met de blik op ooghoogte. De lezer kan goed meedenken.

Het is weliswaar door een civilist geschreven maar het is bepaald niet alleen voor civilisten te vatten. In zekere zin is het onderwerp actueel — de vraag of we met ons recht de liefde/maatschappij dienen is altijd actueel —, maar voor hetzelfde geld kun je zeggen dat het onderwerp actualiteit mist omdat het niet tot wijzigingen in het actuele recht zal leiden. De gedachten over dit onderwerp kunnen alleen doorwerken in de geest van degenen die over het onderwerp nadenken.

Voor iedere jurist die tevens christen is, is er de vraag wanneer je geloof ertoe zou moeten leiden dat je betreffende een juridisch vraagstuk tot een bepaald oordeel en niet tot een ander moet komen.

De redeneringen van Gerbrandy zijn in het algemeen goed te volgen. Geloof hoort er voor hem helemaal bij, maar hij weet zich geen heilige te zijn. Hij kijkt naar het onderwerp als juridisch beroepsbeoefenaar. Deze combinatie van geloof en nuchterheid maakt dat het preadvies mij aanspreekt.

Hoe het gesprek op de vergadering van 13 mei 1953 is verlopen weet ik niet. Verwijzingen naar het preadvies zijn me niet onder ogen gekomen.

## 6 **Hoe is de rechtsontwikkeling sindsdien geweest?**

Deze vraag is in verband met het onderwerp van dit preadvies niet op zijn plaats. Het preadvies gaat grotendeels niet over het toenmalige positieve recht maar over het denken over geloof en recht. Ik weet niet of aanwijzingen zijn te vinden in de theologie of in de rechtswetenschap voor een veranderende kijk op de verhouding recht en geloof. Spraakmakende discussie in Nederland is hierover voor zover ik weet niet geweest. Wellicht dat deze wel in het buitenland heeft plaatsgevonden. De (wereld)raad van kerken houdt zich wel bezig met gerechtigheid maar daarbij wordt geen aansluiting gezocht bij de rechtspraktijk. De vragen die Gerbrandy behandelt over de verhouding recht en liefde en die waarbij de houding van de individuele jurist, die christen is, centraal staan, zijn nog actueel.

In het laatste deel van hoofdstuk III staan wel enkele onderwerpen die destijds volgens de preadviseur actueel waren. Daarin is ook sindsdien ontwikkeling geweest. Hij noemde de doodstraf, de macht van de psychologie en de macht van de economie over het recht. Zoals ze door de preadviseur worden aangekaart, zijn ze grotendeels verouderd. Wat betreft de doodstraf zou nu de nadruk liggen op de rechten van de mens. Ook de onderlinge verhoudingen en de verhouding tot de openbare orde zijn nu actueel. Ik noem hier het feit dat er vrijheid van godsdienst is, dat er ook vrijheid is om kerkgenootschappen op te richten, die van rechtswege rechtspersoon zijn zonder overheidsinvloed, maar dat bestuurders van zo'n kerkgenootschap economisch strafbaar zijn wanneer het niet bij de Kamer van Koophandel wordt

geregistreerd. Een ander voorbeeld is de privacywetgeving, waardoor de uitvoering van allerlei kinderbeschermings- en strafrechtelijke maatregelen gefrustreerd wordt.

Wat betreft de inbreng van de psychologie: deze wordt naar mijn inzicht momenteel meer gewaardeerd. Het wordt steeds duidelijker dat psychische factoren aanleiding geven tot afwijkend gedrag. Dat soms straffe maatregelen nodig zijn om de maatschappij te beschermen is een andere zaak.

De balans tussen economie en recht is zeker nog een actueel thema. Waar ligt de grens tussen dwang of nakoming van economische overheidsmaatregelen en het recht? Het onderwerp van sancties bij het niet nakomen van administratiefrechtelijke verplichtingen lijkt mij nog bepaald actueel.

Zou op dit moment aan een van de leden of iemand anders gevraagd kunnen worden om een preadvies te schrijven over geloof en recht aan de hand van sinds het onderhavige preadvies verschenen theologische en/of juridische literatuur? Ik heb de indruk dat in de tijd van Gerbrandy er in zijn kring meer kennis was over dit soort zaken dan tegenwoordig. Het nadenken en van gedachten wisselen over de plaats van Bijbel en geloof in de kring van het gezin, de school, de kerk, de studentenvereniging – en de CJV – is voor velen niet meer gemeengoed. Christenen, die jurist zijn, zijn mijns inziens vooral bezig om in hun eigen vak zo verantwoord mogelijk hun werk te doen als advocaat, rechter, wetenschapper of in welk beroep dan ook. Dat gold ook in 1953 maar toen was er meer een inbedding in een christelijke kring. Ik neem aan dat Gerbrandy mede vanuit deze kring toegang had tot de bronnen die hij nodig had. Tegenwoordig zal een onderzoeker vooral met digitale bronnen werken. Wie heeft de vaardigheid en tijd daarvoor?

Iemand die zich in de tijd na Gerbrandy uitgebreid heeft bezig gehouden met de vraag naar het verband tussen het christelijke geloof (de Bijbel) en het recht, was E.H. van Eikema Hommes, de opvolger van Dooyeweerd aan de VU. Hij heeft met name het positieve privaatrecht en bestuursrecht vanuit de christelijke (rechts)filosofie<sup>13</sup> besproken.

Het nadeel van zijn werk is dat het nogal theoretisch van aard is. Hij formuleerde overigens wel begrijpelijker dan Dooyeweerd, maar waar hij vanuit 'scheppingsordeningen' ingaat op concrete juridische vraagstukken is zijn oordeel mijns inziens niet steeds overtuigend.

## 7 Heeft het preadvies nog waarde?

Afgezien van de laatste paragraaf is het preadvies waardevol om de lezer in contact te brengen met vragen van geloof en recht.

De verwijzing door Gerbrandy naar het artikel van M.P. Vrij over de verantwoordelijkheid van de jurist vind ik waardevol. Hij benadrukt onder andere dat het voor

---

13. Zie E.H. van Eikema Hommes, *De elementaire grondbegrippen der rechtswetenschap*, Deventer: Kluwer 1972.

het recht niet alleen van belang is dat het goed wordt geregeld, maar vooral dat het goed wordt uitgevoerd. Wellicht zult u zeggen dat dit een open deur is, maar blijkbaar gaat het op dit punt toch nogal eens mis. Denk aan de kinderopvangtoeslagaffaire en de aardbevingsschade in Groningen. Het recht wordt in deze tijd vooral als een technische kwestie gezien. Hebben wetgever en uitvoerder nog het besef dat zij bij hun werk met recht in de zin van gerechtigheid bezig zijn? Kan de Raad van State in haar adviserende taak de politiek voldoende beïnvloeden?

Ook de bedoeling van de auteur is iets dat naar mijn mening vastgehouden kan worden. Hij wilde een gesprek naar aanleiding van een tekst die niet geheel dichtgetimmerd was. Immers een gesloten verhaal nodigt niet uit tot nadenken en tot reactie.

Hij wilde een internationaal en oecumenisch gesprek, maar dit zal – naar ik vrees – in 1953 op de vergadering van de CJV niet hebben plaatsgevonden. De CJV bestond toch vooral uit gereformeerden, afgestudeerden van de VU. De CJV is nu wel wat kleurrijker. Ook de inbreng van andere christenen – andere protestanten dan gereformeerden en ook rooms-katholieken zijn er al – en wellicht ook van moslims zou ertoe kunnen leiden dat helderder wordt welke waarden er in het geding zijn.<sup>14</sup>

Er zal wellicht iets te bedenken zijn om het gesprek internationaal te maken, maar dat laat ik hier buiten beschouwing.

---

14. Er zijn met de juridische afdeling van het Rooms-Katholieke Thijmgenootschap in het verleden al uitwisselingen geweest.



## J. Remmelink, *Luther en het strafrecht* (1989)

Prof. mr. A. (Arend) Soeteman \*

‘Ik voeg hier nog een ... hondsbrutale opmerking aan toe: in het noorden van Europa, dus in het lutherse Finland, Zweden, Noorwegen en Denemarken, treffen we over het algemeen goede sociale en redelijk democratische verhoudingen aan. Vermoedelijk is dat al eeuwen zo. Grote kampioenen op het gebied van godsdienstvervolging en slavenhandel, komen daar, evenals de maffia, niet voor. En stichters van grote koloniale rijken zijn er ook al niet te vinden. De vraag komt dan bij mij op: is deze braafheid nu uitsluitend te verklaren uit factoren als politiek, klimaat, ras, ruimte of historisch toeval, of heeft de religie daarmee althans iets te maken? Ik kan mij niet voorstellen, dat dit anders zou zijn, maar ik beseft dat ik de nu volgende discussie, bestormd als ik zal worden door horden vertegenwoordigers van wetenschappen van allerlei soort, die mij bijvoorbeeld met de *facta en gesta* van Gustaaf Adolf of Karel IX om de oren zullen slaan (de Noormannen leefden gelukkig in het pre-lutherse tijdvak) niet zal overleven. Voorlopig lanceer ik echter ... de slogan, dat het lutherdom blijkbaar zo gek nog niet is. Daarmee claim ik niet dat juist in deze kerkafdeling het heil te vinden is. Het luthert, goddank, ook wel elders.’ (p. 39)<sup>1</sup>

### 1 Inleiding

Dit citaat geeft de strekking uitstekend weer, zo niet van het preadvies dan zeker wel van de auteur. Remmelink (1922-2003) was procureur-generaal bij de Hoge Raad en hoogleraar strafrecht aan de VU. Maar tevens was hij Lutheraan en dat wilde hij ook weten. Het hele preadvies is doordeesemt met zijn liefde voor Luther. Ik herinner mij dat dit op de vergadering waar het besproken werd niet anders was. Luther heeft ook wat mindere kanten: hij was niet van antisemitische smetten vrij en vrouwvriendelijk kan hij ook niet echt genoemd worden. Ik zeg niet dat Remmelink dit onder tafel werkte, maar in het preadvies komen deze mindere kanten niet aan de orde. Wel maakt de preadviseur duidelijk dat Luther soms wat grof in de mond was. ‘Ein guter Jurist ist ein böser Christ’ klinkt nog redelijk onschuldig. Dat het verschil tussen advocaten en poeliers volgens Luther vooral hierin bestaat dat de poeliers zich beperken tot het villen van dode beesten (preadvies, p. 2) is wel geestig, maar minder vriendelijk.<sup>2</sup> We moeten echter, zegt de

\* Prof. mr. A. (Arend) Soeteman is emeritus hoogleraar Rechtsfilosofie aan de Vrije Universiteit in Amsterdam.

1. J. Remmelink, *Luther en het strafrecht* (1989).

2. Volgens Remmelink had Luther hier vooral de kerkjuristen in het vizier. Er zijn ook positievere aanduidingen bij hem te vinden: ‘als de juristen verdwijnen, verdwijnt ook het recht. Er blijven dan alleen nog maar barbaren over’ (p. 3).

preadviseur (p. 33), Luther ook in zijn wat wilde en onbehouwen uitingen zien als een kind, zij het wel uitermate onbesuisd, van zijn ruwe tijd. Luther was geen jurist en kan moeilijk op een samenhangende rechtsfilosofie betrap worden. Zo'n samenhangende visie is in het preadvies dan ook niet te vinden. De preadviseur bespreekt een aantal zaken van het recht, met een accent op strafrecht, waar Luther wat over gezegd heeft.

## 2        **Natuurrecht en positief recht**

De vraag naar de normatieve grondslagen van het positieve recht heeft juristen door de eeuwen heen bezig gehouden. Is alles wat door koningen en wetgevers tot recht gemaakt is altijd recht? Gemaakt recht kan toch ook zeer onrechtvaardig zijn? Het voorbeeld van nationaalsocialistisch (on)recht is duidelijk en wordt in dit preadvies herhaaldelijk genoemd. Luther was, leren we, geen aanhanger van een natuurrecht in Thomistische zin (vaste uitgangspunten waaruit een veelheid van regels afgeleid wordt), maar hij kende wel een aantal natuurrechtelijke beginselen ('meesters') die relevant zijn voor het positieve recht. Rummelink noemt: de in de mensen levende rechtsovertuiging, het gezond verstand, de liefde (die bij elke interpretatie van belang moet zijn), de billijkheid en (de meest raadselachtige) de gezonde helden die van tijd tot tijd opduiken om een ontspoorde rechtsorde weer op de rails te krijgen. Het moet deze recensent van het hart dat de preadviseur hier wel wat kritischer had mogen zijn. Een aantal malen geeft hij aan hoe deze meesters door nationaalsocialisten misbruikt zijn. Nu kan door misdadige regimes zo ongeveer alles wel misbruikt worden, maar hier wordt het de boeven wel erg makkelijk gemaakt. De laatste 'meester' vraagt nadrukkelijk om sterke leiders en lijkt op gespannen voet te kunnen staan met de democratie. De andere 'meesters' munten uit in vage nietszeggendheid. Dat betekent niet dat ze onzinnig zijn, maar wel dat ze, zonder nadere uitwerking, niet erg richtinggevend zijn.

De preadviseur constateert met enige tevredenheid dat veel van de door Luther genoemde rechtsbeginselen tegenwoordig in het positieve recht uitgewerkt zijn (p. 12). Dat is zonder twijfel correct, maar het lijkt me wat te makkelijk om aan te nemen dat 'Luthers improvisaties over het wereldlijk natuurrecht ... deze ontwikkelingen hebben mogelijk gemaakt, zo niet gestimuleerd' (p. 12).

De ethiek en het daaruit voortgekomen recht zijn volgens Rummelink (onder verwijzing naar Paul Scholten) in hun diepste wezen niet te scheiden. Dat lijkt mij een zeer belangrijke stelling. Bij iedere interpretatie van rechtsregels dient de rechtvaardigheid waar die regel uiting aan probeert te geven nader geconcretiseerd te worden. Maar wat indien de regel uitgaat van een verwrongen idee van rechtvaardigheid? Op racisme gebaseerd is? Bepaalde groepen de toegang tot het recht bemoeilijkt? Fundamentele vrijheden onderdrukt? Helaas is dat niet enkel een theoretisch probleem. Op dit moment zijn er minstens twee staten binnen de Europese Unie waar het met de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht en de vrije pers en daarmee ook met de democratie slecht gesteld is. Buiten de Europese Unie is het vaak niet beter. De situatie in de Verenigde Staten baart ons zorgen. In de tijd dat Rummelink dit preadvies schreef, speelde dit veel minder. Het nationaalsocialisme was geschiedenis geworden. Natuurlijk wisten we van schurkenstaten

(vooral achter het IJzeren Gordijn), maar dat was onze wereld niet: wij leefden in een veilige democratische rechtsstaat. Op dit moment is zelfs de democratie in onze West-Europese landen geen rustig bezit meer.

Hier helpt geen theorie. Wat alleen kan helpen is: een sterk democratisch bewustzijn bij burgers.<sup>3</sup> Rummelink noemt de rechtspositivist Kelsen, van wie wel (ten onrechte) wordt beweerd dat zijn leer het nationaalsocialistisch regime mogelijk heeft gemaakt. Er is een verhaal, waarvan ik de historische juistheid niet kan controleren, maar dat filosofisch volstrekt terecht is. Na de oorlog werd Kelsen tijdens een voordracht in Duitsland gevraagd welke garantie zijn theorie gaf om te voorkomen dat Duitsland terug zou vallen in een nationaalsocialistische barbarij. Kelsen zou geantwoord hebben: 'die garantie zijn alle mensen die achter u zitten'. Ik denk dat als Rummelink nu zijn preadvies zou hebben geschreven hij deze wijsheid wat centraler zou hebben gesteld.

### 3 De twee-rijkenleer

Bij Luther hoort het recht tot het wereldlijk rijk. Daarnaast is er een rijk Gods, waarmee bedoeld wordt 'de relatie tussen God en degenen die leven in grote dankbaarheid en blijdschap voor de bevrijding die God ons in Christus heeft geschonken en die dit oeverloos grote geschenk in woorden, en, willen zij geloofwaardig blijven in daden, met anderen delen' (p. 12). Dit betekent dat alle mensen burgers zijn van twee verschillende rijken. Hier berust ook in de Lutherse benadering de scheiding tussen kerk en staat op: de kerk behoort tot het rijk Gods, de staat tot het wereldlijk rijk.

Rummelink is zich zeer goed bewust van de goede maar ook van de problematische kanten van deze twee-rijkenleer. De scheiding tussen kerk en staat, met beide eigen verantwoordelijkheden, is een groot goed in onze rechtsorde. De kerk is vrij om de eigen richting en inrichting te bepalen; de staat hoeft zich niet te onderwerpen aan kerkelijke leerstellingen. Maar het heeft er ook wel toe geleid dat de kerk 'zich maar het beste kon beperken tot de spijs voor het eeuwige leven' (p. 15). Nog even verder deze kant op en we zijn bij Marx' godsdienst als opium voor het volk: de kerk zorgt voor het eeuwig zielenheil, de rest is onbelangrijk. Tegelijk kon de twee-rijkenleer ertoe leiden de feitelijke koningen en keizers als bij de gratie Gods aangewezenen te legitimeren. De nationaalsocialisten hebben hier volgens Rummelink kwaadaardig misbruik van gemaakt (p. 15-16). Zelf blijft hij de twee-rijkenleer aanhangen, vooral omdat hij vreest dat een al te regelrechte band tussen het rijk van God en het wereldse rijk de deuren opent voor allerlei varianten van fanatici. Hij noemt als voorbeeld (overigens met veel respect: Rummelink blijft altijd een heer) zijn VU-collega Bianchi, die het strafrecht wilde afschaffen en vervangen door een verzoeningsleer.

---

3. Over de voorwaarden die dit democratisch bewustzijn mogelijk kunnen maken (een betrouwbare overheid, aanvaardbare verdeling van welvaart en nog zo wat meer) zou een aparte verhandeling geschreven moeten worden.

Rommelinks probleem met de afschaffing van de twee-rijkenleer is duidelijk. Maar ik vraag me af of het wapen dat hij gebruikt om het recht te handhaven in het wereldlijk rijk niet te grof is. Wanneer we uitgaan van een samenleving waarin vele verschillende religies en levensbeschouwingen naast en soms tegenover elkaar bestaan, lijkt de eis van vreedzaam samenleven al voldoende om vast te stellen dat een vanuit één levensbeschouwing (de Lutherse of welke dan ook) ingericht regime onmogelijk is. Nog afgezien van het feit dat de gelijke waardigheid van ieder mens impliceert dat we zo veel mogelijk ieder de vrijheid moeten geven volgens eigen overtuiging te kunnen leven. Als we de twee-rijkenleer laten varen is er minder aanleiding de kerk het zwijgen op te leggen bij verkeerd en onrechtvaardig of zelfs misdadig handelen van de overheid. Kort gezegd: vanuit een klassieke liberale filosofie kunnen we de voordelen van de twee-rijkenleer handhaven zonder de nadelen mee te nemen.

Ik vermoed dat de Russisch-orthodoxe kerk geen twee-rijkenleer kent. Wel is duidelijk dat die kerk zich volledig dienstbaar maakt aan het misdadig regime van Poetin. De kerk moet mijns inziens altijd de vrijheid hebben om onrecht ook onrecht te noemen. Een potentieel alibi waarbij de kerk onrecht legitimeert omdat God ons nu eenmaal deze machthebbers in het wereldlijk rijk heeft gegeven moet nooit enige theologische legitimatie kunnen krijgen.

#### 4 Het geweten

Er is nog een volgend beginsel dat voor het recht relevant is, waar Rummelink apart aandacht aan schenkt: het geweten. ‘De uiterste toetsing van het recht geschiedt namelijk met dit mysterieuze orgaan’ (p. 19). Een mysterieus orgaan lijkt mij juridisch zeer lastig te hanteren. We kunnen in wat nuchterder termen spreken over het geweten als een dwingend besef van goed en kwaad dat een individu heeft en dat hem dwingt tot bepaalde handelingen of hem andere handelingen even dwingend verbiedt. In feite zegt Rummelink na een wat uitvoeriger betoog hetzelfde: ‘een stem in ons gemoed, die ons omtrent een bepaald onderwerp met absoluut gezag zegt of het goed of kwaad ... is en ons daarna onweerstaanbaar oproept tot een dienovereenkomstig gedrag’ (p. 20). Maar dan moet de ‘stem’ hier wel metaforisch opgevat worden.

Voor Luther en voor Rummelink hoort het geweten tot het rijk van God. Het onttrekt zich dus aan wereldlijk recht. Dat leidt tot absolute gewetensvrijheid. Rummelink citeert zelfs Dooyeweerd: ‘het hart (dus de mens) gaat in zijn religieuze zelfconcentratie het modale aspect van het recht te boven’ (p. 21). Het geweten is ‘rechtsfreier Raum bij uitstek’ (p. 21). Dat is mooi, maar het geweten kan tot bepaald gedrag leiden – en dat vindt plaats in deze wereld. De vrijheid van het interne geweten kan absoluut zijn, de vrijheid van gewetensdaden niet. In de praktijk van het strafrecht helpt het beroep op het geweten een dader bijna nooit (p. 21). Wel kan uiteraard in bepaalde gevallen een wetgever rekening houden met gewetensbezwaren. Het bekendste voorbeeld betreft de Wet Gewetensbezwaren Militaire Dienst, die evenwel sinds het afschaffen van de opkomstplicht niet meer erg relevant is.

Helaas had Remmelink toen hij hierover schreef nog geen kennis kunnen nemen van het later dat jaar in Rotterdam verdedigde proefschrift van Ben Vermeulen.<sup>4</sup> Anders had hij wellicht zijn stelling dat het onbezwaard geweten boven het recht gaat wat bijgesteld. Vermeulen zet gedocumenteerd uiteen dat Luther weliswaar aanvankelijk het subjectieve geweten de voorrang gaf en geloofsdwang afwees, maar dat hij vanaf 1525 zijn mening fundamenteel veranderde. Ketterij beschouwt hij dan als een misdrijf dat zowel vanwege de aantasting van de publieke orde als vanwege de eer van God bestraft dient te worden. Het Katholieke geweten om de misviering te rechtvaardigen, is nu slechts een fictief geweten.<sup>5</sup>

## 5 Verzetsrecht

De twee-rijkenleer laat al zien dat bij Luther verzet tegen een onderdrukkende overheid lastig ligt. In de novelle Michael Kohlhaas van Heinrich von Kleist spreekt Luther Kohlhaas uiterst dwingend en bestraffend toe omdat Kohlhaas, aan wie zwaar onrecht is gedaan dat de overheid weigert te herstellen, zijn recht in eigen hand neemt, met alle gewelddadige consequenties van dien: 'Kohlhaas, jij die voorgeeft een gezondene te zijn, het zwaard der gerechtigheid te voeren, waartoe verstout jij je, vermete, in de waanzin van je stekeblinde hartstocht, jij, die zelf van kruin tot zool van ongerechtigheid bent vervuld?'<sup>6</sup> Ook volgens Remmelink is Luther zeer duidelijk: hoe onrechtvaardig de overheid ook is, het is de individuele burger niet toegestaan deze verhouding aan te tasten (p. 24). Alleen passief verzet is toegestaan door onrechtvaardige bevelen niet op te volgen. En men kan met de voeten protesteren: vluchten. Dat er ook landen zijn en waren die het hun burgers praktisch onmogelijk maken naar elders te gaan, deed zich ten tijde van Luther nog niet voor.

Het lijkt mij dat Remmelink hier wel wat meer afstand van Luther had mogen nemen. Hij bespreekt weliswaar een paar mogelijke uitzonderingen (een totaal krankzinnige vorst, een overheid die een roversbende wordt, of verzet van lagere magistraten), maar naar mijn mening is dat te weinig. Laat ik als voorbeeld kijken naar het huidige Wit-Rusland. Loekasjenko, de leider van het land, is, voor zover valt na te gaan, niet totaal krankzinnig, lagere magistraten passen zich, al dan niet gedwongen aan en het lijkt mij dat, hoe corrupt het regime daar ook is, er geen totale roversbende is zoals in de uitzondering beschreven. Er is wel een totaal gefraudeerde presidentsverkiezing geweest, tegenstanders van het regime gaan naar de gevangenis en worden gemarteld. De macht van de dictator gaat duidelijk boven recht. Is het hier verwerpelijk wanneer de bevolking in opstand komt?

Uiteraard zijn dit moeilijke kwesties. Er is ook altijd het punt van opportuniteit. Een opstand brengt kosten met zich mee, in mensenlevens en materieel. Zijn de kosten nog te tolereren? Wegen ze op tegen de kosten van het voortgezette onderdrukkende regime? Hoe staat het met de kans op succes? Maar het principiële punt

---

4. B.P. Vermeulen, *De vrijheid van geweten, een fundamenteel rechtsprobleem*, Arnhem: Gouda Quint 1989.

5. Vermeulen, a.w., p. 44.

6. Heinrich von Kleist, *Verzameld proza. Alle verhalen en essays*, vertaald door Ria van Hengel, Amsterdam: Athenaeum-Polak & Van Gennep 2009, p. 46.

is mijns inziens dit. Ieder regime, waar ook ter wereld, kan de materiële legitimiteit alleen ontleen aan de oprechte poging het welzijn van de burgers te bevorderen. Een regime dat dat verwaarloost, verliest zijn aanspraak op gezag. Een regime dat bepaalde groepen systematisch achterstelt verliest zijn aanspraak op gezag jegens die groepen (denk aan het apartheidsregime destijds in Zuid-Afrika). Ik zie niet in wat voor reden onrechte onderdanen kunnen hebben hun overheid te gehoorzamen, behalve eventueel opportunistische redenen (sancties, marteling, gebrek aan alternatieven). De overheid is door God gegeven, staat in Romeinen 13, maar ook: ons ten goede.

Dit is geen pleidooi voor revolutie. In een democratie zijn er, als het goed is, altijd andere mogelijkheden om onrecht tegen te gaan. Maar verzet zo categorisch uitsluiten als Luther deed, lijkt mij wat al te onbarmhartig.

Het is mij niet erg duidelijk hoe ver Rummelink met Luther mee wil gaan. Aan het slot van de betreffende paragraaf bespreekt hij de positie van Duitse Lutherse christenen rond de kring van Von Moltke. Dat het regime van Hitler verwerpelijk was, was daar duidelijk. Maar men verschilde van mening over de vraag of men in opstand mocht komen en Hitler mocht doden. Uiteindelijk kwam het tot een mislukte aanslag. Het lijkt erop dat Rummelink het eens is met degenen die deze aanslag afwezen.

## 6 Slot

Rummelink heeft een boeiend preadvies geschreven dat nu, bijna 35 jaar later, nog steeds het lezen waard is. Dat het strafrecht er in deze bespreking, ondanks de titel, wat bekaaid vanaf is gekomen ligt in ieder geval voor een deel aan deze recensent, die nu eenmaal op dat gebied niet erg deskundig is. Maar het ligt ook wel aan de preadviseur die weliswaar over de persoon als dader in het strafrecht, over Luthers pleidooi voor strenge straffen, maar mildheid waar het jeugdigen betreft, over overmacht en noodweer en nog zo wat een aantal opmerkingen maakt, maar dat komt naar de mening van deze recensent toch een beetje als toetje na de besproken hoofdmaaltijd. Bovendien lijkt wat daarover geschreven is mij weinig verrassend.

Belangrijk is de vraag wat Luther ons nu, vijf eeuwen na zijn actieve leven en 35 jaar na dit preadvies, te vertellen heeft. Ik denk dat we sommige van zijn leerstukken beter kunnen verlaten, zoals zijn twee-rijkenleer en zijn afwijzing van verzetsrecht. Maar daar staat tegenover dat Luther, en in zijn voetspoor onze preadviseur, problemen aan de orde heeft gesteld die vandaag de dag minstens zo relevant zijn als in Luthers tijd (en misschien relevanter dan toen het preadvies geschreven werd).

# H.W.K. Kaspersen, *De computer als rechter(s)hand. Enkele gedachten over informatisering en rechtspraak* (1993)

Prof. mr. dr. C.J. (Johan) Wolswinkel<sup>\*</sup>

‘Pikant is de vraag of rechtsinformaticaonderzoek het best door een jurist dan wel door een informaticus zou moeten worden geleid. Vanwege de specifieke eigenschappen en problemen van het juridische domein en het toegepaste karakter van de informatica, lijkt het dat aan een jurist de voorkeur moet worden gegeven.’<sup>1</sup>

## 1 Inleiding

De inzet van informatietechnologie is anno 2023 niet meer weg te denken uit de maatschappij. Momenteel lijkt met name kunstmatige intelligentie (*artificial intelligence* of – afgekort – AI) het maatschappelijke debat te domineren. De verwachtingen rondom AI zijn hooggespannen, onder meer als het gaat om generatieve AI die zelf teksten kan produceren, zoals ChatGPT, maar tegelijk zijn er zorgen over de verschillende toepassingen van AI in de maatschappij.

Hoewel AI de laatste jaren aan een enorme opmars bezig is, zeker in het maatschappelijke discours, gaat de belangstelling voor AI veel verder terug. In het recente rapport *Opgave AI. De nieuwe systeemtechnologie*<sup>2</sup> typeert de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) de ontwikkeling van AI aan de hand van drie golven. De eerste golf, vanaf 1956 tot begin jaren zeventig wanneer een eerste ‘AI-winter’ aanbreekt, markeert de opkomst van AI als discipline, waarbinnen verschillende benaderingen worden verkend. Tijdens de tweede golf, vanaf begin jaren tachtig tot begin jaren negentig, gaat de aandacht binnen AI met name uit naar zogeheten kennis- of expertsystemen. Na een tweede ‘AI-winter’ is vanaf 2010 een derde golf van AI in een stroomversnelling geraakt, waarbij de aandacht vooral uitgaat naar een andere benadering binnen AI, namelijk *machine learning* (inclusief *deep learning*).<sup>3</sup>

---

\* Prof. mr. dr. C.J. (Johan) Wolswinkel is hoogleraar Bestuursrecht, Markt & Data aan Tilburg University.

1. H.W.K. Kaspersen, *De computer als rechter(s)hand. Enkele gedachten over informatisering en rechtspraak*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993 (hierna: Preadvies), p. 3.
2. Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Opgave AI. De nieuwe systeemtechnologie*, Den Haag: WRR 2021. Overigens beschouwt de WRR de computer als een afzonderlijke systeemtechnologie die aan AI vooraf is gegaan (p. 244).
3. Zie voor een uitgebreidere typering van deze AI-golven: WRR 2021, p. 58-72.

## 2 Het CJV-preadvies

### 2.1 Inleiding in de rechtsinformatica

Terwijl wij momenteel dus leven in de derde AI-golf, verschijnt in 1993 aan het einde van de tweede AI-golf, in een tijd dat de gebruiker van een computer nog grotendeels afhankelijk is van een floppy of cd-rom, bij de (destijds nog) Calvinistische Juristen Vereniging een preadvies over informatica en recht. Dit preadvies is geschreven door Henrik Kaspersen, die tussen 1991 en 2009 de leerstoel Informatica en recht vervult aan de Vrije Universiteit.<sup>4</sup> Op deze leerstoel is Kaspersen de opvolger van Guy Vandenberghe, die in 1983 als eerste hoogleraar op dit vakgebied wordt benoemd aan de VU maar eind 1989 op jonge leeftijd overlijdt.<sup>5</sup> Binnen de VU geeft Kaspersen leiding aan het in 1984 opgerichte Instituut voor Informatica en Recht, dat inmiddels voortleeft als *Amsterdam Law & Technology Institute*.<sup>6</sup> Met dit instituut onderkent de juridische faculteit van de VU als een van de eerste juridische faculteiten in Nederland het belang van informatietechnologie voor juridisch onderwijs en onderzoek.<sup>7</sup>

Het preadvies van Kaspersen voor de CJV ligt duidelijk in het verlengde van deze missie van het Instituut voor Informatica en Recht. Blijkens het woord vooraf stelt Kaspersen zich ten doel om een beschrijving te geven van de (anno 1993) reeds bestaande mogelijkheden van informatietechnologie en de mogelijkheden te verkennen die zich op termijn zullen voordoen. Daarbij gaat hij ervan uit dat de leden van de CJV in het algemeen geen specialistische kennis op het terrein van de rechtsinformatica bezitten, zodat dit preadvies noodzakelijkerwijs een inleidend karakter moet hebben, maar tevens voldoende informatie bevat om zich een oordeel te vormen over de toegesneden problematiek. Kaspersen moet echter op voorhand de lezer teleurstellen door – omwille van ‘de schoenmaker en deszelfs leest’ – de vraag onbeantwoord te laten in hoeverre de toepassing van informatietechnologie in het juridische domein zich verdraagt met de beginselen die aan ons rechtsdenken ten grondslag zijn gelegd.<sup>8</sup>

Allereerst introduceert Kaspersen een aantal kernbegrippen aan de lezer. De discipline van Informatica en Recht bestudeert de wisselwerking tussen de toepassingen van de informatica in de maatschappij en het recht. Binnen deze juridische discipline wordt een onderscheid gemaakt tussen informaticarecht en rechtsinformatica. Informaticarecht richt zich op de gevolgen van de toepassingen van informatietechnologie voor het recht: zijn de basisconcepten van het traditionele recht zonder

4. Zie onder meer H.W.K. Kaspersen, *Recht en informatietechnologie: een zaak van intensief onderhoud* (oratie VU), Deventer: Kluwer 1996 en H.W.K. Kaspersen, *De kalme chaos van het internet* (afscheidsrede VU), Amsterdam 2009.

5. J.E. Doek, ‘In memoriam Prof. dr. G.P.V. Vandenberghe 1953-1989’, in: *Jaarboek 1989-1990*, Amsterdam: Vrije Universiteit 1990, p. 92-94 (beschikbaar via [geheugenvandevu.nl/personen/vandenberghe-gpv/](http://geheugenvandevu.nl/personen/vandenberghe-gpv/)).

6. Zie [alti.amsterdam/about-us/](http://alti.amsterdam/about-us/).

7. P.J.I.M. de Waart, ‘Internationaal recht over de grenzen heen’, in: J. de Bruijn, S. Faber & A. Soeteman (red.), *Ridders van het recht. De juridische faculteit van de Vrije Universiteit 1880-2010*, Amsterdam: Prometheus/Bert Bakker 2015, p. 356-357.

8. Preadvies, p. 1.



meer van toepassing op de omgeving van producten en diensten van de informatietechnologie of is een paradigmawisseling noodzakelijk? En wat zijn de verdere maatschappelijke effecten die het gebruik van informatietechnologie veroorzaakt (als systeemtechnologie)? De rechtsinformatica, die in het verleden ook wel is aangeduid als de *jurimetrie*,<sup>9</sup> richt zich daarentegen op de toepassing van de informatica ten behoeve van het rechtsdomein.<sup>10</sup>

Het preadvies van Kaspersen richt zich met name, maar niet uitsluitend,<sup>11</sup> op de rechtsinformatica. Hij bespreekt achtereenvolgens vier toepassingen waarbij informatietechnologie als hulpmiddel wordt ingezet: (i) voor administratieve automatisering (zoals vervaardiging en uitwisseling van juridische documenten), (ii) voor de ontsluiting van rechtsbronnen en andere juridische informatie, (iii) voor statistische analyse van rechtspraak (en beleid) en (iv) voor wetstoepassing ('juridische programmatuur'). Met dit laatste wordt bedoeld op het geautomatiseerd nemen van beslissingen, zoals op dat moment gebeurt in het kader van de uitvoering van de Wet studiefinanciering. Elk van deze beschrijvingen sluit Kaspersen af met een korte discussie, waarin hij de lezer per toepassing meeneemt in zijn eigen standpuntbepaling.

## 2.2 Kunstmatige intelligentie

Afzonderlijke aandacht besteedt Kaspersen vervolgens aan kunstmatige intelligentie, 'een dermate vernieuwende techniek dat een aparte bespreking gerechtvaardigd is'.<sup>12</sup> Deze bespreking van kunstmatige intelligentie beperkt zich grotendeels tot zogeheten 'kennissystemen' (ook wel aangeduid als expertsystemen), die moeten worden beschouwd als een bijzondere vorm van informatiesystemen. Waar bij traditionele informatiesystemen de juridische kennis onderdeel is van het programma, maakt bij kennissystemen de voor het redeneerproces benodigde kennis geen deel uit van het programma. Het computerprogramma is dus niet kennisafhankelijk, maar maakt gebruik van informatie die is opgeslagen in een afzonderlijke kennisbank. Anders dan informatiesystemen geven kennissystemen dus niet slechts de in het programma opgeslagen informatie weer, maar zijn ze in staat om te 'redeneren' met de informatie die aan hen ter beschikking wordt gesteld. Dit betekent dat een kennissysteem – anders dan een traditioneel informatiesysteem – door het zelfstandig combineren van kenniselementen tot oplossingen (kennis) kan komen die niet vooraf zijn voorzien bij het programmeren van het systeem.<sup>13</sup>

Voor toepassing van juridische kennissystemen is noodzakelijk dat juridische kennis (zoals besloten in wetgeving, jurisprudentie en doctrine) zich laat vertalen in 'als, dan'-regels, waarmee het kennissysteem vervolgens kan redeneren. Kaspersen

---

9. Persoonlijke noot: mijn promotieonderzoek was aanvankelijk getiteld 'De verdeling van schaarse vergunningen in jurimetrisch perspectief', maar die verwijzing naar de jurimetrie heb ik uiteindelijk laten varen om terminologische misverstanden te voorkomen.

10. Preadvies, p. 3-4.

11. Omdat juist het gebruik van informatietechnologie in het juridische domein effect heeft op het recht en de rechtspraktijk, beoogt het vakgebied van Informatica en recht de eenheid tussen rechtsinformatica en informaticarecht tot uitdrukking te brengen (Preadvies, p. 4).

12. Preadvies, p. 4.

13. Preadvies, p. 18-19.

wijst hier op de complicatie dat rechtsregels vaak in zeer algemene bewoordingen zijn gesteld, waardoor vage termen en open normen in wetgeving moeilijk kunnen worden geïntegreerd in een kennissysteem. Het is in theorie wellicht mogelijk om allerlei 'als, dan'-verfijningen aan te brengen in die open normen, maar zelfs dan stelt niet alleen de omvang, maar juist ook de aard van juridische kennis (met het bewust gebruik van inherent vage begrippen om te kunnen inspelen op maatschappelijke verhoudingen en ontwikkelingen) beperkingen aan de bruikbaarheid van juridische kennissystemen.<sup>14</sup>

Naast dit element van de complexiteit van juridische kwalificatie is volgens Kaspersen ook een normatief element van belang dat grenzen stelt aan de inzet van juridische kennissystemen, namelijk het algemene, op levensbeschouwelijke, juridisch-ethische of gevoelsmatige overwegingen gebaseerde gevoelens dat een taak als rechtspreken niet door een machine kan worden verricht en juist aan de mens en aan het menselijk oordeel voorbehouden dient te zijn. Om die reden ziet Kaspersen eigenlijk geen rol weggelegd voor kennissystemen als (volledig) geautomatiseerde beslissystemen, maar enkel als ondersteunende systemen voor het nemen van beslissingen, het geven van advies of het voeren van beleid. Hiermee bedoelt hij dat een kennissysteem in beginsel geen eindoordeel vormt, maar enkel het materiaal aanreikt om een menselijke beslisser een dergelijk oordeel te laten vormen.<sup>15</sup> Hij concludeert dan ook dat juridische kennissystemen zeker een plaats binnen het recht verdienen, maar dat men daarvan tegelijkertijd geen overdreven verwachtingen mag hebben.<sup>16</sup>

In zijn afsluitende synthese bundelt Kaspersen zijn bevindingen over de verschillende toepassingen van rechtsinformatica in vijf algemene thema's. Ten eerste moet bij de totstandkoming van wet- en regelgeving nadrukkelijker rekening worden gehouden met de eisen van geautomatiseerd gebruik. Dit kan zelfs betekenen dat het parlement moet aanvaarden dat zijn invloed op het eindproduct van wetgeving afneemt. Ten tweede bevordert het gebruik van juridische informatiesystemen de rechtszekerheid en de rechtsgelijkheid, maar moet worden voorkomen dat dergelijke systemen zich als *Procrustes* gedragen waarbij de gasten worden aangepast aan het formaat van de bedden (de informatiesystemen) in plaats van andersom. Daarom dienen in het systeem zelf of in omringende procedures bijzondere omstandigheden tot uitdrukking te kunnen komen. Ten derde is de potentie van kennissystemen (als bijzondere vorm van informatiesystemen) beperkt. Ze kunnen enkel worden gebruikt als beslissystemen bij niet al te ingewikkelde, eenvormige gevallen. Wel kunnen ze worden ingezet als instrument om complexe gevallen te herkennen, die vervolgens ter verdere beslissing aan een menselijke deskundige worden overgedragen (al dan niet voorzien van een geautomatiseerd advies). Ten vierde stelt Kaspersen dat juist wanneer het gaat om beslissingen die aan de rechter zijn voorbehouden, geen ruimte bestaat voor het inschakelen van een kennissysteem als beslissysteem. Het is volgens hem in onze samenleving niet aanvaardbaar dat het menselijk handelen uitsluitend door een machine zou worden beoordeeld en

14. Preadvies, p. 20-21.

15. Preadvies, p. 21-22.

16. Preadvies, p. 26.

van rechtsgevolgen zou worden voorzien. Juist de ontwikkeling van juridische beslissystemen zal daarom ertoe leiden dat de justitiabele een groter belang krijgt bij het hebben van toegang tot de rechter. Ten vijfde bepleit Kaspersen meer onderzoek naar juridische kennissystemen, waarbij ook de juristen zich nadrukkelijk laten gelden naast de informatici: ook als het nabootsen of zelfs verbeteren van het denkproces van de menselijke jurist een niet realiseerbaar ideaal lijkt, is het de wetenschappelijke uitdaging om na te gaan hoe dicht dit ideaal kan worden benaderd.<sup>17</sup>

### 3 Dertig jaar later

Het preadvies van Kaspersen is geschreven in een tijd dat internet nog vrijwel niet bestond en dat de opmars van de computer nog behoorlijk in de kinderschoenen stond. Daarom is des te opvallender dat termen die vandaag de dag het AI-debat beheersen, zoals 'ruwe data', 'kunstmatige intelligentie' en 'neurale netwerken', in zijn preadvies reeds (bescheiden) aan de orde komen.<sup>18</sup> In die zin heeft AI de afgelopen dertig jaar de sprong gemaakt van het lab naar de samenleving.<sup>19</sup>

Ondanks die tijdspanne stipt Kaspersen in zijn preadvies een aantal onderwerpen aan die dertig jaar later nog even actueel lijken. Dit geldt zeker in de nasleep van de kinderopvangtoeslagaffaire, die de roep om maatwerk en minder knellende wetgeving enorm heeft versterkt. Die onderwerpen bespreek ik hieronder aan de hand van de drie actoren binnen de trias politica: wetgever, bestuur en rechter.

#### 3.1 Wetgever

In zijn preadvies neemt Kaspersen nadrukkelijk stelling als het gaat om de totstandkoming van wetgeving en de rol van het parlement daarbinnen. Voor een geautomatiseerde uitvoering van wetgeving gaat namelijk de voorkeur uit naar een regeling die niet zo complex is, zo concreet mogelijk is beschreven en bij voorkeur zo weinig mogelijk uitzonderingen kent. Het inpassen van wetgeving in informatiesystemen leidt daarom volgens Kaspersen tot de behoefte aan een ander type regelgeving dan tot nu toe gebruikelijk is. Ten eerste zal de ruimte voor parlementaire controle op het regelgevende *proces* afnemen, omdat parlementaire besluitvorming zich zal moeten inpassen in de eisen die gelden voor het ontwerp van juridische informatiesystemen. Tegelijk dient het parlement ervoor te waken dat de inhoud van de wet uitsluitend of voor een belangrijk deel wordt bepaald door de eisen van geautomatiseerd gebruik.<sup>20</sup>

Daarnaast vereist geautomatiseerde uitvoering van wetgeving meer globale regelingen (in de vorm van een raamwet, kaderwet of ontwerpwet) die slechts de uitgangspunten van die regeling vastleggen en mogelijk zelfs geen enkele materiële norm bevatten. Die materiële normstelling moet in lagere regelgeving plaatsvinden, zodat het parlement zich moet beperken tot de grote lijnen. Dit betekent dus dat het

17. Preadvies, p. 28-30.

18. Preadvies, p. 4, 9 en 21.

19. WRR 2021, p. 73.

20. Preadvies, p. 17 en 28.

voornemen om wetgeving geautomatiseerd uit te voeren ook van toepassing is op de *inhoud* van een wet.<sup>21</sup>

Kaspersen is zich ervan bewust dat het debat over de positie van de wetgever (en het parlement in het bijzonder) verder reikt dan de inzet van juridische informatiesystemen.<sup>22</sup> Niettemin laat hij duidelijk zien hoe de inzet van dergelijke systemen bijdraagt aan dit debat. Dit debat is dertig jaar later zeker nog niet ten einde, maar wordt juist gekenmerkt door golfbewegingen waarbij de wetgever zich de ene keer intensiever moet bezighouden met wetgeving en de andere keer juist minder intensief. Als het gaat om de normering van geautomatiseerde besluitvorming (dus de inzet van beslissystemen) klinkt de roep steeds luider dat de wetgever aan zet is,<sup>23</sup> maar bij de daadwerkelijke inzet van juridische systemen in concrete domeinen van overheidsbesluitvorming, zoals belastingen, toeslagen en uitkeringen, ontbreken in wetgeving vaak specifieke verwijzingen naar het gebruik van geautomatiseerde systemen.

In hoeverre bij de totstandkoming van die wetgeving voldoende aandacht wordt besteed aan de geautomatiseerde uitvoering hiervan, blijkt niet uit de wettekst zelf. Wel heeft de Tweede Kamer met de instelling van een vaste commissie voor digitale zaken<sup>24</sup> het belang van digitalisering onlangs nadrukkelijk onderkend. Tegelijk is de vraag wat dit betekent voor de beoordeling van wetgeving door andere, domeinspecifieke commissies. Verder is uiteraard de vraag of de wetgever zelf zal willen accepteren dat de materiële normstelling verschuift naar lagere niveaus van regelgeving. Dat pleidooi lijkt in tegenspraak met het aloude ‘primaat van de wetgever’, dat met zich brengt dat in ieder geval de reikwijdte, structurele elementen en voornaamste duurzame normen in de formele wet dienen te worden opgenomen. Delegatie van regelgeving is niet uitgesloten, maar delegatie naar ministeriële regelingen is in dit kader voorbehouden aan voorschriften van administratieve aard, uitwerking van de details van een regeling, voorschriften die vaak wijziging behoeven en voorschriften waarvan te voorzien is dat zij mogelijk met grote spoed moeten worden vastgesteld.<sup>25</sup>

Tegelijk is momenteel wel duidelijk het besef aanwezig dat het succes van juridische beslissystemen mede afhangt van de kwaliteit van wetgeving. In haar recente dissertatie heeft Mariette Lokin in dit verband gepleit voor wendbaar wetgeven, waarbij de eisen die aan geautomatiseerde uitvoering van wetgeving worden gesteld,

21. Preadvies, p. 17 en 28.

22. Preadvies, p. 17.

23. Zie onder meer C.J. Wolswinkel, ‘Normering van geautomatiseerde besluitvorming: tijd voor wetgeving?’, in: B. Aarrass, K. Albers & R. Ortlep (red.), *Digitalisering in de rechtsverhouding tussen burger en overheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 63-80. Zie ook Raad van State, *Digitalisering. Wetgeving en bestuursrechtspraak*, Den Haag: Raad van State 2021, p. 83.

24. Zie [tweedekamer.nl/kamerleden\\_en\\_commissies/commissies/diza](https://www.tweedekamer.nl/kamerleden_en_commissies/commissies/diza).

25. Zie ook de aanwijzingen 2.19 en 2.24 van de Aanwijzingen voor de Regelgeving. Zie tevens de Voorlichting van de Afdeling advisering van 22 oktober 2020 over de zelfgecreëerde zeggenschap van de Tweede Kamer en het uitsluiten daarbij van de Eerste Kamer, vanuit wetstechnisch en staatsrechtelijk oogpunt, advies W13.20.0375/III, *Kamerstukken I 2020/21*, 35526, F.

reeds worden betrokken in het wetgevingsproces.<sup>26</sup> Dat pleidooi ligt duidelijk in het verlengde van dit CJV-preadvies van dertig jaar geleden.

### 3.2 Bestuur

Als het gaat om de rol van het bestuur, ziet Kaspersen zoals gezegd weinig ruimte voor de inzet van juridische beslissystemen, althans voor zover die inhouden dat beslissingen volledig geautomatiseerd worden genomen. Hij onderschrijft in dit verband het gezonde wantrouwen tegen gecomputeriseerde beslissingen in de voorgestelde Europese Privacyrichtlijn, die een verbod op volledig geautomatiseerde besluitvorming bevat.<sup>27</sup> Vertrouwen van de mens in geautomatiseerde systemen mag volgens Kaspersen niet overgaan in volledige afhankelijkheid, waarbij de menselijke invloed tot een minimum wordt gereduceerd.<sup>28</sup> Dit debat is nog onverkort relevant, nu artikel 22 van de AVG een vergelijkbaar verbod op volledig geautomatiseerde besluitvorming bevat, maar tegelijk uitzonderingen hierop toestaat. Kaspersen ziet wel ruimte voor de inzet van juridische systemen ter ondersteuning van de besluitvorming. Hij onderkent het risico dat bij dergelijke situaties de menselijke beslisser zijn kritische houding laat varen en het advies van het kennissysteem zonder meer overneemt, maar meent dat hiermee rekening kan worden gehouden door de wijze waarop het advies aan de menselijke beslisser wordt gepresenteerd.<sup>29</sup>

Bij eenvoudige standaardgevallen ziet Kaspersen overigens wel enige ruimte voor juridische beslissystemen, mits de mogelijkheid bestaat om deze beslissing te laten heroverwegen door een menselijke deskundige (bijvoorbeeld de rechter).<sup>30</sup> Elders in het preadvies, wanneer Kaspersen bespreekt hoe kennissystemen kunnen fungeren als filter om standaardbeslissingen te onderscheiden van niet-standaardbeslissingen, stelt hij echter dat de mogelijkheid van bezwaar (bij het bestuursorgaan) als overbodig zou kunnen vervallen. Het gebruik van kennissystemen leidt namelijk tot een hogere kwaliteit van de beslissing uit een oogpunt van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid, terwijl het systeem in staat is om stap voor stap uit te leggen hoe het tot zijn beslissing is gekomen en op welke gronden.<sup>31</sup>

Die stellingname is behoorlijk radicaal als het gaat om de functie van de bezwaarprocedure om maatwerk te realiseren. De mogelijkheid van bezwaar wordt juist beschouwd als een belangrijke waarborg om menselijke tussenkomst in het proces van besluitvorming te creëren: weliswaar is bezwaar pas aan de orde nadat een besluit is genomen, maar het dwingt het bestuur wel om een genomen besluit (volledig) te heroverwegen. Het gaat er dus niet alleen om dat in bezwaar een ver-

---

26. M. Lokin, *Wendbaar wetgeven. De wetgever als systeembeheerder* (diss. VU Amsterdam), Den Haag: Boom Juridisch 2018.

27. Dit verbod is uiteindelijk neergelegd in art. 15 Richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens, *PbEG* 1995, L 281/31.

28. Preadvies, p. 21-22.

29. Preadvies, p. 22.

30. Preadvies, p. 22.

31. Preadvies, p. 24.

beterde motivering van hetzelfde besluit wordt gegeven, het is ook mogelijk dat het besluit in bezwaar een andere inhoud krijgt (en dus een andere motivering verdient).

Het pleidooi om de mogelijkheid van bezwaar te laten vervallen, is wellicht des te opmerkelijker wanneer wordt gekeken naar de argumenten die Kaspersen vervolgens hanteert om vast te houden aan toegang tot een (menselijke) rechter. Niet alleen kan een 'statisch' kennissysteem niet omgaan met maatschappelijke veranderingen, maar ook bestaat het gevaar dat het kennissysteem onvoldoende oog heeft voor de bijzonderheden van een individuele casus. Volgens Kaspersen is hier de paradox dat het geautomatiseerd nemen van juridische beslissingen niet leidt tot een vermindering, maar juist tot een toename van de behoefte aan rechtsingang.<sup>32</sup> Juist gelet op die behoefte zou de mogelijkheid van bezwaar bij het bestuursorgaan, als eerste fase van de rechtsbescherming, niet te snel als overbodig moeten worden gezien, in het bijzonder nu de fase van bezwaar bij uitstrek wordt gezien als de mogelijkheid om maatwerk te leveren.

### 3.3 Rechter

Als het gaat om rechterlijke beslissingen, ziet Kaspersen geen rol voor het inschakelen van kennissystemen, anders dan als adviessystemen. Dit betekent dat een rechter van vlees en bloed uiteindelijk zelf het eindoordeel zal moeten geven, zelfs als hij wordt geadviseerd door een kennissysteem. Dertig jaar later lijkt aan dit standpunt nog weinig te worden getornd. Wat geldt voor de fase van bezwaar, geldt des te meer voor de fase van beroep. Tegelijk is wel het fenomeen van *e-courts* of *techno-courts* in opmars: als toegang tot de menselijke rechter te veel (doorloop)tijd vergt, kan weliswaar worden vastgehouden aan het belang van een menselijke rechter, maar kunnen andere belangen, zoals tijdige geschiloplossing, mogelijk toch leiden tot een toevlucht tot de 'elektronische rechter'.

Juist als het gaat om de rechter, is ook een andere toepassing van de rechtsinformatica van belang, namelijk de statistische analyse van rechtspraak. In zijn bespreking van deze analyse toont Kaspersen zich terughoudend als het gaat om het potentieel van statistische analyse, die een hulpmiddel zou moeten vormen en geen zelfstandig doel. Het aantal relevante rechterlijke beslissingen is doorgaans (te) beperkt voor een statistische analyse, terwijl de verzameling rechterlijke beslissingen een statisch geheel vormt.<sup>33</sup> Bovendien wordt rechtspraak slechts beperkt gepubliceerd. In dat verband zou men wellicht verwachten dat Kaspersen een bredere ontsluiting van rechterlijke beslissingen bepleit, maar dat is niet het geval. Een dergelijke ruime ontsluiting doet volgens Kaspersen geen recht aan het beperkte gewicht van rechtspraak in continentale rechtsstelsels. Hij is daarom van mening dat een goede selectie van rechtspraak, vergezeld van noten bij bepalende uitspraken, de voorkeur verdient boven het opnemen van zoveel mogelijk uitspraken in juridische databanken.<sup>34</sup> Voor zover rechterlijke uitspraken worden gepubliceerd, is het volgens

32. Preadvies, p. 24.

33. Preadvies, p. 12-14.

34. Preadvies, p. 10-11.

Kaspersen niet juist om de naam van de rechter weg te laten in de juridische databank, zodat het onmogelijk wordt om bepaalde beslissingen of overwegingen te verbinden met de persoon van de rechter. Het rechterschap is namelijk een openbare functie, zodat niet goed valt in te zien waarom bepaalde opvattingen of motiveringen niet tot de persoon van een individuele rechter zouden mogen worden herleid.<sup>35</sup>

De terughoudendheid van Kaspersen ten aanzien van de ontsluiting van rechterlijke uitspraken staat in schril contrast met het huidige streven van de Raad voor de rechtspraak om binnen enkele jaren niet 5%, maar 75% van de rechterlijke beslissingen online te publiceren.<sup>36</sup> Daarmee wordt het potentieel van statistische analyse van rechtspraak groter, hoewel het daarbij wel van belang wordt om uiteenlopend gewicht te kunnen toekennen aan de verschillende uitspraken. Daarbij geldt in Nederland inderdaad nog niet dat rechterlijke uitspraken worden geanonimiseerd als het gaat om de rechtsprekende rechters om statistische analyse moeilijker te maken. In Frankrijk is men wel enigszins die kant op gegaan met een verbod op statistische analyse van rechtspraak, juist in reactie op de nieuwe, verstrekkende mogelijkheden van *machine learning* (als nieuw ontwikkelde tak van AI).<sup>37</sup>

#### 4 Slot

Terwijl de CJV op 19 mei 1993 vergadert over het preadvies van Kaspersen, buigt de VAR Vereniging voor bestuursrecht zich vijf dagen eerder op 14 mei 1993 over drie preadviezen over 'Beschikken en automatiseren'.<sup>38</sup> Het lijkt geen toeval dat juist in het begin van de jaren negentig de rechtsinformatica, en dan met name de aandacht voor geautomatiseerde besluitvorming, aan een opmars bezig is. In het decennium daarvoor is de tweede golf van AI gaande, met veel aandacht voor de mogelijkheden van juridische expert- of kennissystemen. De terughoudendheid die zowel uit het preadvies van Kaspersen als uit de VAR-preadviezen blijkt als het gaat om de mogelijkheden van juridische kennissystemen, sluit in die zin naadloos aan bij het einde van de tweede golf van AI, waarin aandacht voor de beperkingen van kennissystemen de overhand krijgt boven de voordelen ervan.

De preadviezen uit 1993 zijn daarmee een duidelijk product van hun tijd: de aandacht in de preadviezen gaat met name uit naar expertsystemen (kennissystemen), hoewel hier en daar al wordt gewezen op de potentie van zogeheten 'neurale netwerken', waarbij het lerend vermogen van AI (*machine learning*) centraal komt te staan. *Machine learning* lijkt op dat moment nog slechts toekomstmuziek, maar dertig jaar later, midden in de derde golf van AI, is dat niet langer het geval, althans minder toekomstmuziek en meer realiteit. Tegelijk heeft veel inzet van geautomatiseerde systemen bij (overheids)besluitvorming nog steeds een tamelijk beperkt

---

35. Preadvies, p. 11-12.

36. NRC 30 mei 2021, 'Rechtspraak wil driekwart van de vonnissen online publiceren'. Zie hierover uitgebreider: M. van Opijnen, 'Alle uitspraken online? Hoe dan? Noodzakelijke ingrediënten voor een wettelijke regeling', *AA* 2021/2, p. 127-135.

37. Zie uitgebreider hierover: [verfassungsblog.de/france-criminalises-research-on-judges/](http://verfassungsblog.de/france-criminalises-research-on-judges/).

38. H. Franken, I.Th.M. Snellen, J. Smit & A.W. Venstra, *Beschikken en automatiseren* (VAR-reeks 110), Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1993.

karakter, dat eerder in de buurt komt bij de door Kaspersen beschreven kennissystemen dan bij zelflerende AI-systemen.<sup>39</sup> Daarbij is de paradox dat juist omdat (eenvoudige) geautomatiseerde systemen slechts ondersteunend worden ingezet, de daadwerkelijke inzet hiervan onvoldoende kan worden afgeleid uit (gepubliceerde) rechtspraak die op overheidsbesluitvorming betrekking heeft. Hoe dan ook, juist nu deze geautomatiseerde systemen in de afgelopen dertig jaar steeds meer hun weg uit het lab naar de samenleving hebben gevonden, is een dertig jaar oud preadvies over rechtsinformaticaonderzoek juist vandaag de dag nog steeds in staat om actuele kwesties te adresseren.

---

39. Vgl. WRR 2021, p. 47: 'Bovendien maken de meeste toepassingen van AI binnen de overheid geen gebruik van geavanceerde technieken als deep learning, terwijl daar wel degelijk allerlei belangrijke vraagstukken spelen die we in dit rapport aan de orde moeten stellen.'



**J.P. Balkenende, *Verantwoordelijkheid en recht. Een beschouwing over pluriformiteit, maatschappelijke verantwoordelijkheid en verdeling van taken en bevoegdheden* (1995)**

Prof. mr. J.L.W. (Hansko) Broeksteeg<sup>\*</sup>

‘Verantwoordelijkheid is een begrip met meerdere dimensies. In juridisch opzicht is sprake van helderheid zolang dit begrip wordt vereenzelfvuld met toerekening – ergens verantwoordelijk voor zijn – of met verantwoording, bijvoorbeeld in de zin van de ministeriële verantwoordelijkheid. Wanneer echter de bredere betekenis van verantwoordelijkheid aan de orde is – verantwoordelijkheid als deugd, maatschappelijke verantwoordelijkheid, substantiële verantwoordelijkheid –, verwatert de discussie. Verantwoordelijkheid kan dan snel een weinig zeggend containerbegrip worden of een “hoerawoord” want iedereen is er wel voor’ (p. 7 preadvies).<sup>1</sup>

**1 Inleiding**

Het recht heeft een maatschappij-ordenende functie: het codificeert sociale verbanden en ontwikkelingen én het geeft richting daaraan. Het recht geeft de kaders waarbinnen de economische actoren zich begeven. Het recht stimuleert maatschappelijke initiatieven en remt ongewenste ontwikkelingen af. Afhankelijk van politieke ideologieën wordt aan het recht een grotere of minder grote, en een meer of minder sturende rol toegedicht. Sociaaldemocraten, christendemocraten en liberalen hebben een wezenlijk verschillende visie op de inrichting van de samenleving en daarmee op de functie van het recht daarin.

Het preadvies van Balkenende voor de Calvinistische Juristen Vereniging (1995) getuigt van een christendemocratische visie op de inrichting van de samenleving. Het preadvies gaat om de vraag wat ‘de verhouding (is) tussen verantwoordelijkheid en recht, en hoe zou deze moeten zijn, in een samenleving die zich op vele terreinen in een proces van transformatie bevindt?’ (p. 3). De transformatie betreft onder meer de internationalisering op vrijwel elk maatschappelijk terrein en de hervorming van de verzorgingsstaat. Ook worden mensen steeds autonomer in hun opvattingen en keuzes. Deze thema’s laten zien dat het preadvies, wat mij betreft, ook in het huidige tijdsgewricht nog actueel en relevant is.

Hieronder geef ik (par. 2) een korte duiding van de preadviseur en zijn preadvies. Daarna (par. 3-7) volgt een bespreking van het preadvies. Vervolgens geef ik weer wat thans nog de betekenis daarvan is (par. 8-11).

<sup>\*</sup> Prof. mr. J.L.W. (Hansko) Broeksteeg is hoogleraar staatsrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

1. J.P. Balkenende, *Verantwoordelijkheid en recht. Een beschouwing over pluriformiteit, maatschappelijke verantwoordelijkheid en verdeling van taken en bevoegdheden*, Preadvies CJV 1995, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

## 2 De preadviseur en zijn preadvies

De preadviseur behoeft nauwelijks nadere introductie. Jan Peter Balkenende was tussen 2002 en 2010 minister-president. Daarvoor was hij, vanaf 1998, Tweede Kamerlid voor het CDA. Dat was Balkenende nog niet toen hij het preadvies schreef. In 1995 was Balkenende hoogleraar christelijk-sociaal denken over economie en maatschappij aan de Vrije Universiteit. Daarnaast was hij medewerker van het Wetenschappelijk Instituut voor het CDA. Enkele jaren eerder, in 1992, promoveerde Balkenende op het proefschrift *Overheidsregelgeving en maatschappelijke organisaties*.<sup>2</sup> Hij was, *last but not least*, voorzitter van de CJV, waarvan de afkorting toen nog stond voor Calvinistische Juristen Vereniging.

Na zijn politieke loopbaan keerde Balkenende (gedeeltelijk) terug in de wetenschap. Hij is vanaf 2010 hoogleraar Governance, Institutions and Internationalisation aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. Daarnaast is hij verbonden aan Ernst & Young en Hague Corporate Affairs. Sinds 2022 is Balkenende Minister van Staat.

Het CJV-preadvies sluit nauw aan op de andere publicaties van Balkenende uit de jaren negentig en van rond de eeuwwisseling. Veel daarvan gaan over de (juridische) inrichting van de samenleving. Daaruit blijkt een overtuigde christendemocratische visie. Het preadvies staat daarmee niet op zichzelf, maar past in een consistente lijn van publicaties van Balkenende. Het was overigens, tot omstreeks de eeuwwisseling, veel gebruikelijker om het recht en rechtsgebieden in onderzoek te verbinden aan partijpolitieke ideologieën. Voor wat betreft de christendemocratie valt dan onder (veel) meer te denken aan de oratie van Koekkoek, het proefschrift van Van Wissen of diverse publicaties van Dölle.<sup>3</sup> Het gaat dan telkens om de rol van de overheid in de samenleving en welke functie het recht daarin bekleedt (of kan bekleeden).

Het preadvies van Balkenende is nog om een andere reden relevant. De 'Paarse jaren' (kabinetten-Kok, 1994-2002) waren voor het CDA een moeilijke periode. De partij (en haar politieke voorgangers KVP, ARP en CHU) kwam na een historisch zetelverlies in 1994 in de oppositie. Deze rol was voor haar nieuw en paste haar niet goed. Tegelijkertijd was het een periode waarin, in het bijzonder door het Wetenschappelijk Instituut, diepgaand werd nagedacht over de maatschappelijke ordening en de rol van de overheid daarin. Het preadvies past in die gedachtevorming. Toen het CDA, met Balkenende aan het roer, weer ging regeren, bleek deze gedachtevorming zeer vruchtbaar. Hoewel natuurlijk in coalitieverband compromissen gesloten moeten worden, zijn veel ideeën uit die periode omgezet in beleid en wetgeving, in het bijzonder op het gebied van zorg en welzijn. Ik kom hierop later terug.

---

2. J.P. Balkenende, *Overheidsregelgeving en maatschappelijke organisaties* (diss. VU Amsterdam), Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1992, promotor: H.J. de Ru.

3. A.K. Koekkoek, *Bijdrage tot een christen-democratische staatsleer*, Deventer: Kluwer 1982; G.J.M. van Wissen, *De christen-democratische visie op de rol van de staat in het sociaal-economisch leven* (diss. UvA Amsterdam), Amsterdam: Rodopi 1982; J.L.W. Broeksteeg e.a. (red.), *Bezielde staatsrecht. Een bloemlezing uit het wetenschappelijk werk van A.H.M. Dölle*, Deventer: Kluwer 2014, deel V.

### 3 Verantwoordelijkheid als begrip

Verantwoordelijkheid is een diffuus begrip. Balkenende erkent dat ook: ‘Verantwoordelijkheid is een begrip met meerdere dimensies. In juridisch opzicht is sprake van helderheid zolang dit begrip wordt vereenzelvigd met toerekening – ergens verantwoordelijk voor zijn – of met verantwoording, bijvoorbeeld in de zin van de ministeriële verantwoordelijkheid. Wanneer echter de bredere betekenis van verantwoordelijkheid aan de orde is – verantwoordelijkheid als deugd, maatschappelijke verantwoordelijkheid, substantiële verantwoordelijkheid – verwatert de discussie. Verantwoordelijkheid kan dan snel een weinig zeggend containerbegrip worden of een “hoerawoord” want iedereen is er wel voor’ (p. 7).

Om die reden gaat Balkenende op zoek naar de achtergronden van het begrip verantwoordelijkheid. Deze zijn divers, onder meer theologisch. In retrospectief, dat wil zeggen in het licht van de latere politieke beleidsdoelen van de kabinetten-Balkenende, valt één aspect op. Verantwoordelijkheid moet worden gezien, aldus de preadviseur, in samenhang met de taak en plaats van maatschappelijke organisaties. Met een beroep op onder meer Zijderveld stelt Balkenende dat de voedingsbodem voor verantwoordelijkheid en verantwoording ‘de semi-autonome associaties en organisaties [vormen] die mensen opzetten en onderhouden en die fungeren als verbindingen tussen staat en burgers, als buffers ook tussen de staatsmacht enerzijds en de voor privé belangen strijdende burgers anderzijds’ (p. 10). Een vitaal maatschappelijk middenveld, ofwel een *civil society* zou de kern van de westerse democratieën zijn. Deze visie is geïnspireerd door de christelijke ideeën (Calvijn, Althusius, Kuyper, Dooyeweerd) omtrent de inrichting van de samenleving, ‘waarin nadrukkelijk een eigenstandige plaats en taak werd toegedacht aan maatschappelijke kringen die naar hun aard en roeping soeverein zijn’ (p. 10). Dat betekent dat het begrip verantwoordelijkheid de verhouding raakt tussen overheid, markt en samenleving. Zij raakt daarmee de verdeling van taken en bevoegdheden.

### 4 De verzorgingsstaat en de snel veranderende samenleving

Daarmee komt Balkenende op een thema dat in de jaren negentig een belangrijk politiek vraagstuk was, namelijk (de houdbaarheid van) de verzorgingsstaat (p. 12 e.v.). Met de op- en uitbouw van de verzorgingsstaat is de rol van de overheid in het maatschappelijk leven aanzienlijk toegenomen. Het gevolg is onder meer dat burgers, maatschappelijke organisaties en instellingen steeds afhankelijker worden van de overheid. Vragen over de gewenste maatschappelijke ordening, grenzen van staatstaken of de betekenis van ordeningsbeginselen als subsidiariteit of soevereiniteit in eigen kring worden nauwelijks gesteld. Tegelijkertijd geeft het (Nederlandse) staatsrecht nauwelijks richting aan discussies over bevoegdheidsverdeling en -afbakening en gaat het bestuursrecht uit van een bestuur-burger-benadering, waarin voor het maatschappelijk middenveld nauwelijks plek lijkt te zijn. Balkenende constateert dat pogingen tot herijking van de verzorgingsstaat telkens mislukken en zijns inziens is daar mede debet aan dat ‘verantwoordelijkheid als zodanig niet is geproblematiseerd’ (p. 15). Het gaat dan niet om verantwoordelijkheid in de zin van politieke of ministeriële verantwoordelijkheid, maar om verant-

woordelijkheid ‘als oriëntatiekader om te komen tot een herdefiniëring van de rollen van staat, markt en georganiseerde samenleving’.

De preadviseur komt vervolgens tot een analyse van de veranderende samenleving. Hij noemt: globalisering en internationalisering, technologische vernieuwing en sociaal-culturele veranderingen. Vooral die laatste categorie is interessant. Traditionele collectiviteiten boeten aan belang in en de binding tussen maatschappelijke organisaties en burgers wordt losser. Enerzijds schrijden individualisering en secularisering voort, anderzijds ontstaan nieuwe religieuze bewegingen en neemt het bewustzijn van waarden en normen toe (p. 17). Balkenende relateert deze ontwikkelingen aan diverse wetenschappelijke disciplines, zoals de economie, de bestuurskunde, de politieke wetenschappen, de sociologie en de rechtswetenschap.

Hier komen we op een interessant punt in het preadvies. Tot hier is het preadvies nog steeds uiterst actueel. De door Balkenende beschreven en geanalyseerde ontwikkelingen zijn ook anno 2023 nog relevant. Maar hij signaleert hier (p. 20-21) een tendens die thans minder actueel is. In de jaren negentig blijkt uit de rondgang langs de wetenschappelijke disciplines een ‘geloof’ in deregulering en marktwerking. Dat idee heeft weliswaar jarenlang ook de politiek gedomineerd, maar sinds de eurocrisis en later de coronacrisis en de energiecrisis is het besef doorgedrongen dat de overheid een belangrijker sturende functie in de samenleving heeft dan lang werd aangenomen.

Balkenende analyseert vervolgens de verschillen tussen het neoliberalisme enerzijds, dat uitgaat van economische dynamiek en flexibiliteit, individualisme, oriëntatie op winst en een gebrekkig sociaal kader, en het Rijnlandse model anderzijds, dat meer is gericht op maatschappelijke consensus, samenwerking tussen overheid en maatschappelijke organisaties en oog voor collectieve belangen. In de jaren negentig werd het neoliberalisme vaak als aantrekkelijker gezien dan het wat bedaagde Rijnlandse model. Deze oriëntaties zijn van groot belang voor de maatschappelijke en economische ordening, voor een mensvisie en voor visies op regulering.

## 5 **Verantwoordelijkheid als richtinggevend ordeningsprincipe**

Vervolgens komt Balkenende tot de kern van zijn betoog. Hij noemt drie voorbeelden waarin verantwoordelijkheid wordt verbonden met een visie op de ordening van de samenleving. Overigens is de ‘derde weg’, populair in die tijd bij onder meer Clinton en Blair, er daar één van. De voorbeelden hebben enkele gemene delers (p. 25-26). In de eerste plaats moeten bepaalde veronderstellingen doorbroken worden, zoals de focus op winst in het bedrijfsleven en het bestuurscentrisme in het openbaar bestuur. In de tweede plaats is er meer aandacht nodig voor normatieve beginselen, zoals ‘social responsibility’. In de derde plaats wordt verantwoordelijkheid verbonden met de rol van niet-gouvernementele organisaties, intermediaire structuren en een autonome sociale sector. In dat verband betekent burgerschap dat burgers participeren in maatschappelijke organisaties (p. 25-26).

Het begrip verantwoordelijkheid brengt Balkenende vervolgens in verband met overheidsregelgeving. Hij pleit voor ‘een versterking van moraliteit in de samenle-

ving door de erkenning van pluriformiteit en het scheppen van ruimte en waarborgen voor het niet-gouvernementele, maatschappelijke initiatief' (p. 27). Aldus ontstaan mogelijkheden voor mensen en organisaties om invulling te geven aan zowel deugden als maatschappelijke verantwoordelijkheid. Het is aan de overheid om hiervoor de voorwaarden te stimuleren. Verantwoordelijkheid blijft aldus niet beperkt tot de individuele sfeer, maar krijgt dan vorm in maatschappelijke verbanden. Balkenende stelt echter, dat de actuele politieke context (hij baseert zich voornamelijk op het regeerakkoord van het eerste Paarse kabinet, Kok I) in een andere richting wijst van wat nodig is, namelijk steeds liberaler wordt: pluriformiteit komt minder tot uitdrukking (bijvoorbeeld ten aanzien van de publieke omroep, ontwikkelingssamenwerking en onderwijs); de eigen verantwoordelijkheid van maatschappelijke organisaties wordt niet of onvoldoende erkend (bijvoorbeeld in het buitenlands beleid en de sociale zekerheid); er is onvoldoende sprake van 'verantwoordelijkheid-activerend' regelgevingsbeleid (bijvoorbeeld met betrekking tot cao's en de autonomie van het hoger onderwijs) (p. 28-33).

## 6 Verantwoordelijkheid en juridische instrumenten

De overheid heeft de nodige juridische instrumenten om de inrichting van de samenleving vorm te geven. Voordat de preadviseur deze analyseert, noemt hij twee onderwerpen die nauw verband houden met het verantwoordelijkheidsvraagstuk. Dat zijn privatisering en zelfstandige bestuursorganen. In de jaren tachtig en negentig werd van deze juridische instrumenten geregeld gebruikgemaakt. Daarmee werden overheidstaken 'verzelfstandigd', dat wil zeggen onder minder overheidsinvloed gesteld, dan wel geheel aan overheidsinvloed onttrokken. Dat zou de doelmatigheid van overheidsbeleid vergroten en kosten besparen. Balkenende is niet zozeer kritisch op verzelfstandiging, maar wel op het feit dat deze geheel niet aan non-profitorganisaties geschiedde. De verzelfstandiging van overheidstaken geeft uitdrukking aan een bepaalde visie die ten grondslag ligt aan het regeringsbeleid en geeft daarmee weer dat het thema verantwoordelijkheid en recht ook een normatief thema is (p. 35).

De keuze voor juridische instrumenten om de samenleving vorm te geven, is geen waardenvrije keuze, aldus Balkenende. Hij wijst in de eerste plaats op de waarborgfunctie, die van de overheid vraagt de eigen aard en bestemming van leefsferen te respecteren. Zij laat besluitvorming over aan maatschappelijke organisaties; privaatrechtelijke instrumenten gaan voor overheidsregulering. Dan is er de normerende functie, die inhoudt dat de overheid moet ingrijpen 'wanneer de vervlechting van maatschappelijke verbanden indruist tegen menselijke waardigheid en het eigen mandaat van samenlevingsverbanden' (p. 36). Ook hier geldt dat overheids-optreden recht moet doen aan gespreide verantwoordelijkheid en zelfregulering. Ten slotte noemt Balkenende de honorerende functie: de overheid draagt zorg voor de noodzakelijke voorwaarden waaronder burgers en hun verbanden tot ontplooiing kunnen komen. Daaronder zijn ook te verstaan de handhaving van de rechtsorde en de ruimtelijke infrastructuur. Uit deze functies blijkt dat verantwoordelijkheid een specifieke invulling krijgt. Zij erkent het zelfregulerend vermogen van de samenleving en markeert de taken van de overheid, die 'een wezenlijke taak heeft bij de bescherming van kwetsbare belangen in de samenleving' (p. 37).

Daarmee is verantwoordelijkheid nauw verbonden met pluriformiteit. Die valt te onderscheiden in inhoudelijke en organisatorische pluriformiteit (die vaak samenhangen). Het gaat daarbij 'om de erkenning van het bestaan van maatschappelijke verbanden, van institutionele veelvormigheid en van het bestaan van meerdere machtscentra in de samenleving' (p. 37). De afhankelijkheid van vele maatschappelijke verbanden van de overheid, bijvoorbeeld door middel van subsidies en de daarbij behorende voorwaarden, heeft gezorgd voor minder pluriformiteit. Balkenende noemt dat de 'onteigende samenleving': doordat 'de bescherming van belangen exclusief in de publieke sfeer wordt getrokken, worden de verantwoordelijkheden en mogelijkheden van belanghebbenden om zelf voor hun belangen op te komen in zekere zin onteigend' (p. 38).

Daarmee breekt Balkenende de lans voor maatschappelijk organisatierecht (p. 40-41): 'Daarin wordt de verantwoordelijkheid en de rechtsvormende rol van maatschappelijke organisaties als uitgangspunt genomen waarna vervolgens gekeken wordt naar de implicaties voor het publiekrecht en het privaatrecht'. Dit rechtsgebied zou kunnen bestaan uit de juridische analyse van verschillende typen van maatschappelijke organisaties, van de mogelijkheden van zelforganisatie in de samenleving, herziening van de verantwoordelijkheidsverdeling tussen staat, markt en organisaties op de functionele rechtsgebieden, etc. Maatschappelijk organisatierecht zou aldus een bijdrage kunnen leveren aan een minder overheidscentrische benadering van particuliere organisaties. Vervolgens analyseert de auteur de mogelijkheden die het privaatrecht en het bestuursrecht bieden. Balkenende legt daarbij zes accenten (p. 44-45):

- 'erkenning en activering in het wetgevingsbeleid van de eigen verantwoordelijkheid van burgers én hun organisaties en verbanden;
- bij het zoeken naar oplossingen van maatschappelijke vraagstukken in eerste aanleg uitgaan van de mogelijkheden die het privaatrecht biedt. Daarna volgen de publiekrechtelijke instrumenten;
- gegeven de aard en dynamiek van de maatschappelijke ontwikkeling bij voorkeur kiezen voor open normen boven gedetailleerde regelstelling;
- scherpere afbakening van taken en bevoegdheden met het oog op een meer inzichtelijke verdeling van verantwoordelijkheden;
- waarborgen van pluriformiteit bij faciliterende maatregelen van de overheid met name in de sociaal-culturele sfeer, op het gebied van onderwijs en vorming en op het terrein van maatschappelijke zorg;
- heldere normstelling ten behoeve van de taken en bevoegdheden waar bij uitstek de overheid voor verantwoordelijk is'.

## **7 Verantwoordelijkheid, waarden en normen, en recht**

Zijn preadvies besluit Balkenende met enkele principiële vraagstukken over de organisatie van de samenleving en de rol van de overheid. Dat is in de eerste plaats de ontvankelijkheid voor normatieve perspectieven. Zij houden in dat eerst zicht moet bestaan op de waarden die men (politiek, samenleving) nastreeft. Rechten, plichten en juridische instrumenten vloeien daaruit voort. In de tweede plaats is er de vraag welke samenleving we willen. Het gaat dan om het type marktordening, de visie op persoonlijke verantwoordelijkheid en de invulling van de specifieke

verantwoordelijkheden van de overheid. Het juridische instrumentarium van de overheid 'zal toereikend moeten zijn om verantwoordelijkheid als richtinggevend principe in de samenleving tot gelding te brengen' (p. 47). Ten slotte wijst Balkenende op het beginsel van soevereiniteit in eigen kring als 'een rechtsvisie op de organisatie van de samenleving' (p. 48). Dat de overheid overbelast is en onbetrouwbaarheid wordt verweten, hangt onder meer samen met de veronachtzaming van dit beginsel.

Dan volgen enkele conclusies. Verantwoordelijkheid is in het recht, zo constateert Balkenende, een merkwaardig begrip. Wanneer zij betrekking heeft op de formeel-juridische toerekening, op causaliteit of op het afleggen van verantwoording, dan is verantwoordelijkheid een vrij neutrale term. Toch heeft zij ook normatieve lading: 'verantwoordelijkheid als deugd en verantwoordelijkheid als richtinggevend perspectief voor de verdeling van taken en bevoegdheden, voor maatschappelijke ordening' (p. 50). Dat laatste perspectief op verantwoordelijkheid is, aldus Balkenende, te veel op de achtergrond geraakt. Het thema verantwoordelijkheid en recht biedt echter, zo rondt hij af, de mogelijkheid om de klassieke dichotomie overheids-interventie-marktwerking te overstijgen en de positie van maatschappelijke organisaties als dragers van verantwoordelijkheid nadrukkelijker te betrekken in de regelgeving.

## 8 Enkele beschouwingen omtrent het preadvies

In de inleiding kwam al aan bod dat de ideeën die Balkenende in dit preadvies neerlegde, hun weerslag hebben gehad op het beleid van zijn kabinetten én nog steeds actuele waarde hebben. Voordat ik daaraan toekom, geef ik nog enkele observaties van het preadvies. Het preadvies getuigt in de eerste plaats van een grote eruditie en van grondige kennis van verschillende wetenschappelijke disciplines. Het preadvies is niet alleen voor juristen de moeite waard, maar ook voor bestuurskundigen, sociologen en politicologen. Soms is het taalgebruik wat wollig en neemt de preadviseur de nodige zijsporen, alsof er nog veel meer te zeggen valt over deze thematiek — hetgeen ongetwijfeld ook het geval is. Ten slotte: in het preadvies neemt het beginsel van soevereiniteit in eigen kring een belangrijke plek in — terecht! Het evenzeer maatschappij-ordenende beginsel van subsidiariteit komt helaas aanzienlijk minder vaak voor. De betekenis van dit beginsel voor de leerstukken die Balkenende behandelt is echter even groot. Deze kleine punten van kritiek nemen echter niet weg dat de waardering voor het preadvies vele malen groter is.

## 9 De betekenis van het preadvies voor de kabinetten-Balkenende

De ideeën uit het preadvies zijn — gedeeltelijk — terug te vinden in het beleid van de kabinetten-Balkenende.<sup>4</sup> Natuurlijk kan een politieke partij of kan een politicus, ook al is hij minister-president, in de Nederlandse parlementaire verhoudingen niet alle eigen ideeën verwezenlijken. De Nederlandse politiek bestaat vooral uit het sluiten van compromissen, ook wel bekend als polderen. Dat hoort ook bij het Rijnslandse model, waar de preadviseur een lans voor breekt. Niettemin: de kabinet-

---

4. Uitgebreid: P.J. Dijkman, J. van Gennip & R. Gradus, 'De Balkenende-balans', *CDV* Winter 2010.

ten-Balkenende, en mijns inziens vooral het kabinet-Balkenende II, weten veel wetgeving tot stand te brengen die aspecten kent van hetgeen Balkenende in dit preadvies heeft opgenomen. Het betreft dan vaak sociale zekerheid en welzijn. In zijn preadvies stelt hij dat een herijking van de verzorgingsstaat lijkt te mislukken; enkele jaren later hebben de kabinetten-Balkenende die toch voor een groot gedeelte tot stand gebracht.

Zo is het WAO-stelsel hervormd. De rechtsopvolger daarvan, de WIA (Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen) gaat uit van de idee van wat mensen wél kunnen. De rol van werkgevers wordt groter. De Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo) gaat uit van participatie van personen met een beperking, van zelfredzaamheid en van ondersteuning van burgers, buurten, wijken en dorpen. Het kabinet weet verder een nieuw zorgverzekeringsstelsel te realiseren, waarin het onderscheid tussen particulieren en ziekenfondsverzekerden komt te vervallen en waarin een eigen risico werd geïntroduceerd. Ook de Participatiewet en de nieuwe Jeugdwet komen uit de koker van het kabinet-Balkenende II.

Onder meer met deze wetgeving hebben de kabinetten-Balkenende de *civil society* willen realiseren, die ook in het preadvies is genoemd, namelijk de participatie van de samenleving zelf in allerlei facetten daarvan; ook wel het primaat van de samenleving genoemd. Deze wetgeving lijkt de eigen verantwoordelijkheid van burgers te erkennen, zonder dat de overheid kwetsbare burgers in de steek laat. Opvallend is ook de rol die normen en waarden kregen in de kabinetten-Balkenende, in het bijzonder in het tweede kabinet. Het gaat dan om fatsoenlijk met elkaar omgaan, een beschavingsoffensief zogezegd. Hoewel hierover eerst door voornamelijk meerdere oppositiepartijen nog wat schamper werd gedaan, kreeg zijn pleidooi hiervoor uiteindelijk voet aan de grond en was het (vermoedelijk) een belangrijke factor in de verkiezingszeges van Balkenendes CDA.

## 10 De actuele betekenis van het preadvies

Hoewel de kabinetten-Balkenende veel hebben bereikt, zijn veel ideeën van het preadvies niet gerealiseerd, niet door deze kabinetten, maar evenmin door de latere kabinetten-Rutte. Daarmee is het preadvies (helaas) nog steeds actueel. Voor enkele wezenlijke problemen in de maatschappij zijn geen (structurele) oplossingen gevonden.

In zijn preadvies hekelt Balkenende onder meer de winsten in het bedrijfsleven. Bedrijven zouden te veel hun oren naar aandeelhouders laten hangen, die een relatief korte-termijnperspectief hebben. Dat is niet veranderd. Dat heeft vermoedelijk ook van doen met het liberale karakter van de kabinetten-Rutte (ondanks deelname van het CDA en de PvdA) en daarmee een sterkere focus op het neoliberale in plaats van het Rijnlandse economische model. In economisch opzicht valt ook de afschaffing, per 2014, van de publiekrechtelijke bedrijfsorganisaties te betreuren. Deze afschaffing door het kabinet-Rutte II (VVD, PvdA) staat lijnrecht tegenover de boodschap van het preadvies. Deze publiekrechtelijke bedrijfsorganisaties waren (bij wet) ingestelde verenigingen van producenten in dezelfde productiekolom (productschap) of ondernemers actief in dezelfde sector (bedrijfschap) en daarmee



bij uitstek onderdeel van het maatschappelijk middenveld. De bedrijfsorganisaties zorgden in vergaande mate voor zelfregulering door de sector zelf. Nu zijn de taken van de bedrijfsorganisaties bij de overheid belegd – over taakverdeling tussen overheid en maatschappelijke verbanden gesproken...

Balkenende noemt ook het bestuurscentrisme als kwalijk element van het openbaar bestuur. Ook dat is niet verholpen. De recente grote maatschappelijke affaires, namelijk de kinderopvangtoeslag en de Groningse gaswinning, zijn te wijten aan de overheid die de belangen van burgers onvoldoende in het zicht heeft gehouden.

Maatschappelijke organisaties zijn nog steeds in vergaande mate afhankelijk van de overheid. Zo bezien is er nog steeds sprake van een ‘onteigende’ samenleving. De afhankelijkheid van financiering, in het bijzonder door subsidiëring, is niet minder groot geworden. De mate van regelzucht evenmin. Van oorsprong maatschappelijke verbanden, zoals woningcorporaties of ziekenhuizen, zijn weliswaar in vergaande mate ‘geprofessionaliseerd’ – zoals dat dan heet –, maar zij zijn de verbinding met de samenleving kwijtgeraakt. Dat geldt ook voor het onderwijs. Balkenende noemt het onderwijs in zijn preadvies een aantal keren, omdat het steeds verder geüniformeerd lijkt te (moeten) worden. Ook die tendens is bepaald niet gekeerd. De focus op taal en rekenen, de steeds preciezere beschrijving van burgerschapsonderwijs en het gedetailleerde en vergaande toezicht vanwege de Onderwijsinspectie maakt dat het onderwijs steeds minder pluriform wordt. Bovendien zien we ook hier, dat de ‘oude’ stichtings- of verenigingsbesturen, waarin ouders ruim vertegenwoordigd waren, zijn vervangen door raden van toezicht, waarin steeds meer professionele ‘toezichthouders’ te vinden zijn; een soort ronddreuzende carrousel van beroepsleden van raden van toezicht, die weinig affiniteit hebben met de betreffende schoolgemeenschap. Ook hier geldt dat van enige binding met de samenleving steeds minder sprake is.

Op een meer abstract niveau geldt dat pluriformiteit minder vanzelfsprekend wordt; hoe diverser de samenleving wordt, hoe meer iedereen in de mal van een geseculariseerde, geïndividualiseerde maatschappij moet passen. Abraham Kuyper gaf ooit een rede met de titel: ‘Eenvormigheid, de vloek van het moderne leven’.<sup>5</sup> Bovenstaande ontwikkelingen lijken Kuypers verzuchting te bevestigen. Opvallend is dan ook dat – net zoals Balkenende in de jaren negentig constateerde – een wezenlijk politiek debat over de inrichting van de samenleving nauwelijks plaatsvindt, laat staan dat daarin noties als soevereiniteit in eigen kring en subsidiariteit als leidende beginselen worden genoemd. Er is echter een wezenlijk verschil tussen de jaren negentig en nu. In de jaren negentig was de christendemocratie nog een politieke factor van betekenis en kon zij deze discussie met gezag voeren; thans is zij gemarginaliseerd.

Balkenendes preadvies laat zien dat het staats- en bestuursrecht uiteindelijk geen waardenvrije wetenschap is. Zij kan nog zo technisch-juridisch (of: technocratisch) worden aangevlogen, maar zij betreft in de kern de inrichting van de samenleving:

---

5. Lezing, gehouden in het Odéon te Amsterdam, 22 april 1869, uitgegeven Amsterdam: H. de Hoogh & Co. 1870.

de verhouding tussen overheid, burgers en maatschappelijke organisaties. Dat is heel duidelijk zichtbaar bij onderwerpen als de verenigingsvrijheid, het onderwijsrecht of het gemeenterecht. Een sociaaldemocraat zal deze onderwerpen anders benaderen dan een liberaal; het zal duidelijk zijn dat Balkenendes preadvies deze onderwerpen duidelijk in een christendemocratisch perspectief plaatst.

## 11 Tot slot

Gelukkig vindt er in de christendemocratie, ondanks haar geringe vertegenwoordiging in Tweede en Eerste Kamer, nog wel een denkproces plaats over de inrichting van de samenleving. Het Wetenschappelijk Instituut van het CDA, waar de preadviseur enige tijd werkzaam was, laat regelmatig studies het licht zien over dit onderwerp.<sup>6</sup> In mijn recente preadvies voor de Christen Juristen Vereniging heb ik gepoogd de beginselen van subsidiariteit en soevereiniteit in eigen kring toe te passen op enkele concrete staats- en bestuursrechtelijke onderwerpen: burgerschapsvorming, politieke partijen en decentralisatie.<sup>7</sup> Balkenendes preadvies kwam daarbij zeker van pas.

In 1986 signaleerde hoogleraar bestuursrecht Leo Damen, dat het gebruik van het begrip verantwoordelijkheid 'versluitend' werkt. Hij hekelde de term als een CDA-begrip — en dat was bepaald niet positief bedoeld.<sup>8</sup> Balkenende laat nochtans in zijn preadvies zien dat het begrip verantwoordelijkheid wel degelijk concreet is en zeker niet versluitend hoeft te worden gebruikt. Verantwoordelijkheid geeft richting aan de inrichting van de samenleving; geen andere term kan de verhouding tussen overheid, burger en maatschappelijke verbanden beter duiden. Het preadvies is het waard om het geregeld te lezen en er inspiratie uit op te doen; Balkenendes boodschap is actueler dan ooit. Wellicht kan het preadvies bijdragen aan een herbronning voor de christendemocratie, en breder, namelijk voor de herinrichting van de samenleving.

---

6. Zie vooral het tijdschrift *Christen Democratische Verkenningen*. Onder meer: P.J. Dijkman, W. van de Donk & R. Fraanje, 'Het appel op de vitale samenleving', *CDV Lente* 2013; P.J. Dijkman, A. Hinten, G. de Jong & J. Prij, 'De belofte van het christelijk-sociaal denken', *CDV Herfst* 2015; F. van den Heuvel & J. Prij, 'De coöperatieve samenleving', *CDV Winter* 2021.

7. J.L.W. Broeksteeg, *Staatsrecht tussen eenheid en pluriformiteit, Over subsidiariteit en soevereiniteit in eigen kring als bouwstenen van het staatsrecht*, Preadvies CJV, Zutphen: Uitgeverij Paris 2022.

8. L.J.A. Damen, 'Versluitend gebruik van het begrip "verantwoordelijkheid"', *Recht en Kritiek* 1985, p. 94-104.

## P. de Haan, *Het moderne bestuursrecht en de verhouding tussen publiek-/privaatrecht (1998)*

Prof. mr. F.J. (Frank) van Ommeren<sup>\*</sup>

‘Van tweeën één: of je hebt twee ongelijksoortige normencomplexen die náást elkaar op eenzelfde rechtsverhouding worden toegepast, zoals in feite op grote schaal het geval is op functionele rechtsgebieden, waarbij zich alleen een vervlechting van publiek- en privaatrecht voordoet; òf je hebt inderdaad te maken met algemene rechtsbeginselen, doch die behoeven dan nog een concretisering tot resp. privaatrecht- of publiekrechtelijke norm.’<sup>1</sup>

### 1 Inleiding

De Haan was een origineel wetenschapper, die een omvangrijk oeuvre heeft nagelaten. Het hier te bespreken preadvies is een van de laatste publicaties van zijn hand, maar zeker niet de allerlaatste.<sup>2</sup> Het toont de kracht van een auteur die reeds lang het overzicht over zijn vakgebied heeft bereikt en uitdrukkelijk ook over de grenzen daarvan heen heeft gekeken. Dat maakt het preadvies tot een rijpe, breed opgezette, zeer doorwrochte en diepgaande beschouwing.

De Haan analyseert in dit preadvies de verhouding tussen publiek- en privaatrecht van alle kanten. Het is niet ongebruikelijk de rol van de overheid in het privaatrecht – kortweg het overheidsprivaatrecht – onder te verdelen in (1) het overheidsrechtspersonenrecht (betreffende de organisatie van de overheid), (2) het overheidszakenrecht (o.a. betreffende de overheidseigendom), (3) het overheidsverbintenissenrecht (o.a. betreffende de overheidsovereenkomst), en (4) de handhaving daarvan; en in aanvulling daarop (5) separaat aandacht te besteden aan de rechtsbescherming. Dat doet De Haan hier ook. In vogelvlucht neemt De Haan de lezer mee langs al deze deelgebieden. Ondanks de kleine 90 pagina’s die het preadvies telt, is het door de grote reikwijdte in zekere zin beknopt te noemen: in hoog tempo komt de verhouding tussen publiek- en privaatrecht over vrijwel de hele linie aan bod.

Het preadvies begint met het aanduiden van drie ontwikkelingstendensen in het bestuursrecht, te weten de codificatie van het algemene bestuursrecht, de juridificatie van het overheidsbeleid en de emancipatie ten opzichte van het privaatrecht. De betekenis van deze laatste tendens vormt in wezen de hoofdmoot van dit preadvies.

<sup>\*</sup> Prof. mr. F.J. (Frank) van Ommeren is hoogleraar Staats- en bestuursrecht aan de VU en lid van de Raad voor het Openbaar Bestuur (ROB).

1. P. de Haan, *Het moderne bestuursrecht en de verhouding tussen publiek-/privaatrecht*, Preadvies CJV, Den Haag: SDU 1998, p. 24. De in de hoofdstekst of hier aangehaalde paginanummers betreffen steeds het besproken preadvies.
2. Op zijn laatste publicatie zal ik hierna nog ingaan. Vlak na dit preadvies verscheen ook zijn: *Recente ontwikkelingen in de verhouding publiek-/privaatrecht*, Amsterdam: KNAW 1999.

Vanuit deze drie tendensen werkt De Haan met behulp van de nodige tussenstappen toe naar zijn zogeheten 'tweegrondslagenleer', om vervolgens op basis daarvan de verhouding tussen publiek- en privaatrecht op de genoemde deelgebieden te analyseren. Daarbij gaat het hem niet zozeer om een weergave van het geldende recht. Het preadvies dient er vooral toe zijn eigen toekomstvisie op het bestuursrecht en daarmee op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht te presenteren.

Van belang, zeker ook voor dit preadvies, is dat De Haan te typeren valt als een systeemdenker. Zijn ideeën en voorstellen hangen alle met elkaar samen. Steeds weer hamert hij op het grotere plaatje waarin zij thuishoren.

Voor degenen die zelden of nooit iets van De Haan hebben gelezen, kan het ten slotte geen kwaad te vermelden dat hij over een zeer polemische schrijfstijl beschikt. Hij schuwt de discussie met andere auteurs bepaald niet. Integendeel, hij presenteert zijn eigen ideeën voor een belangrijk deel door zich af te zetten tegen het geldende recht of gangbare opvattingen, om daar zijn eigen visie tegenover te zetten.

## 2 Prof. mr. Pieter de Haan: leven en denken

Pieter de Haan (1927-2005) werd in 1961 hoogleraar burgerlijk recht en agrarisch recht te Delft en in 1974 hoogleraar algemeen bestuursrecht aan de VU. Vanaf 1978 combineerde hij twee leerstoelen: zijn hoofdtaak lag weer in Delft maar hij bleef verbonden aan de VU, en wel als buitengewoon hoogleraar grondgebruikrecht.<sup>3</sup>

De Haan was een bevlogen wetenschapper, die vanuit een consequent doorgevoerde eigen invalshoek het bestuursrecht echt iets nieuws wilde brengen. In de eerste plaats introduceerde hij de instrumentele benadering in het bestuursrecht. In 1978 bracht hij, samen met VU-medewerkers Thijs Drupsteen en Roel Fernhout, het handboek *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat* uit. Die eerste druk was een uitvoerige bewerking van het collegedictaat van De Haan. Het later uit twee delen bestaande boek wordt alweer jaren voortreffelijk bewerkt door Raymond Schlössels en VU-collega, tevens oud-voorzitter van de CJV, Sjoerd Zijlstra, de laatste jaren met ondersteuning van Roel Schutgens.

Het vernieuwende van dit boek was dat het bestuursrecht primair werd beschouwd als het juridische beleidsinstrumentarium van de overheid. Pas in de tweede plaats werd het bestuursrecht opgevat als het recht ter bescherming van de burger en als waarborg voor goed bestuur, zoals tot dan toe gebruikelijk was. De ondertitel van het boek luidde dan ook 'Instrument en waarborg'. (De kritiek dat aldus de primair normatieve of legitimerende functie van het recht op de achtergrond dreigde te raken, werd door de auteurs uiterst serieus genomen, met als gevolg dat deze functie in latere drukken eveneens werd benadrukt.) De consequentie die de auteurs uit deze instrumentele invalshoek trokken, is dat voor de vormgeving van het be-

---

3. Zie m.n. Thijs Drupsteen, 'Pieter de Haan 1927-2005', *NJB* 2005, p. 2096-2097 en Michiel Scheltema, 'Pieter de Haan 4 november 1927 – 7 oktober 2005', in: *Levensberichten en herdenkingen 2008*, Amsterdam: KNAW 2008, p. 26-31.

stuursrecht een enorm wetgevingsprogramma nodig is. Dat blijkt ook uit het hier te bespreken preadvies.

In de tweede plaats had De Haan een geheel eigen kijk op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht. Hij beschouwde die twee niet als min of meer van elkaar losstaande hoofdgebieden van het recht, maar benaderde ze als met elkaar verstrengelde of vervlochten – maar uitdrukkelijk niet: gemengde – rechtsgebieden, die beide deel uitmaken van vele uiteenlopende functionele rechtsgebieden. Door vervlechting gaat de eigen aard van de publiekrechtelijke of privaatrechtelijke elementen niet verloren, terwijl dat door vermenging wel gebeurt. Bij functionele rechtsgebieden moeten we bijvoorbeeld denken aan grondgebruikrecht, het vakgebied waarin hij zelf gespecialiseerd was, maar daarnaast ook aan het milieurecht, gezondheidsrecht, onderwijsrecht, arbeidsrecht, vreemdelingenrecht, financieel recht en energierecht, om nog maar enkele voorbeelden te geven.<sup>4</sup> Kenmerkend voor functionele rechtsgebieden is dat zij beogen een beleidsterrein te reguleren dat gericht is op een bepaald maatschappelijk doel en dat zij met het oog daarop zijn samengesteld uit zowel publiekrechtelijke als privaatrechtelijke elementen.

De beleidsinstrumentele invalshoek in combinatie met zijn aandacht voor functionele rechtsgebieden resulteerde bij De Haan in een pleidooi om tot een zeer omvangrijke wetgevingsagenda te komen. De Haan bestudeerde en analyseerde het bestuursrecht van onderop (*bottom-up*), dat wil zeggen vanuit (enige) bijzondere deelgebieden en keek eerst van daaruit naar het algemene bestuursrecht. Zijn wetgevingsagenda – die reeds is te vinden in *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat* – vormt ook het startpunt voor dit preadvies. Hij denkt daarbij niet alleen aan (vooral bestuursrechtelijke) beleidsmatige wetgeving voor de genoemde deelgebieden zelf, maar ook aan uiteenlopende soorten algemene wetgeving, waarbij uiteraard onder meer te denken valt aan de Algemene wet bestuursrecht (Awb), maar ook aan allerlei andere soorten algemene wetten, in zijn termen ‘beleidskaderwetten’ en ‘planningskaderwetten’ en algemene wetten die gehele beleidsfacetten of beleidsvelden inkaderen. Met die aandacht voor bijzondere en vooral verschillende soorten algemene wetgeving was De Haan destijds zijn tijd (ver) vooruit. Nog steeds vindt er op allerlei beleidsterreinen van het recht de discussie plaats of, en zo ja, in hoeverre er als het ware tussen de Awb en de specifieke beleidswetgeving plaats is voor een tussenlaag, een meeromvattende wet die een heel beleidsterrein omsluit. Te denken valt thans bijvoorbeeld aan de Omgevingswet of aan het zeer recente pleidooi voor de totstandkoming van een algemene informatiewet.<sup>5</sup>

### 3 De Haan, Den Uyl en de politiek

*What's in the name?* De Haan woonde destijds in Den Haag op de Kiplaan. Hij was naast zijn leerstoelen actief op uiteenlopende terreinen. Hij was een van de oprichters en voorzitter van het Instituut voor Bouwrecht en lid van de KNAW. Hij was bovendien actief lid van de ARP, die later opging in het CDA.

4. P. de Haan, ‘Functionele vakken als dwarsdoorsneden van publiek- en privaatrecht, in het bijzonder betreffende onroerend goed’, *AA* 1987, p. 361 e.v.
5. A. Zuurmond, M.H.A.F. Lokin & G. Mulder, ‘De informatiele zorgplicht voor de overheid’, in: *Zorgplichten in het bestuursrecht*, preadviezen VAR 2023, Den Haag: Bju 2023, p. 109 e.v.

Hoewel voor het publiek zeker geen bekend politicus, moet zijn invloed achter de schermen bepaald niet worden onderschat. Het kabinet-Den Uyl viel in 1977 over de grondpolitiek, het terrein van De Haan. De politieke discussie ging destijds over de vraag of bij onteigening de verkeerswaarde of de (lagere) gebruikswaarde het uitgangspunt moest zijn. De Haan deed verschillende voorstellen die de scherpe kanten van deze uitgangspunten moesten afhalen en die in de politiek gelabeld werden als de ‘diepvrieshaan’ en de ‘gecastreerde haan’. Zij haalden het echter niet. In de woorden van toenmalig vicepremier Van Agt:

‘Van der Stee en ik hebben kenbaar gemaakt dat wij omwille van het bereiken van een politiek vergelijk bereid waren genoegen te nemen met een “diepvrieshaan” en ook met een “gecastreerde haan”, maar diepvriezen en castrenen tegelijk ging ons te ver.’<sup>6</sup>

Zo souffleerde De Haan de val van het kabinet-Den Uyl. Den Uyl heeft later wel verzucht dat hij niet door had gehad hoezeer De Haan verbonden was met de landbouwwereld: voor hem was professor De Haan een onbekende, vrij onafhankelijke man op de achtergrond. Dat beeld moest hij later dus herzien.<sup>7</sup>

#### 4 De oorsprong van de algemene rechtsbeginselen

De hiervoor genoemde term ‘vervlechting’ ontleent De Haan aan de vervlechtings- en beginseltheorie van Dooyeweerd, van wiens rechtsfilosofie hij zich een uitdrukkelijk aanhanger betoont. De Haan kan, naar eigen zeggen (p. 26-27), het niet laten in te gaan op de oorsprong van de algemene rechtsbeginselen, waarvoor hij aanknoopt bij het bekende debat tussen wets- en rechtspositivisten en natuurrechtaanhangers. De Haan acht de in de literatuur geopperde gedachte dat het Evangelie als kenbron voor rechtswetenschappelijk grondslagenonderzoek kan worden afgedicht wat al te stoutmoedig. Hij verstaat het Evangelie aldus dat natuur en cultuur in hun ontwikkeling deel uitmaken van de schepping en dat ook de in het algemeen rechtsbewustzijn levende beginselen daartoe behoren. En wel doordat via een ‘rechtscultureel ontsluitingsproces’, zoals door Dooyeweerd beschreven en door Van Eikema Hommes verder uitgewerkt, deze beginselen in het kader van het positieve recht tot gelding komen. Dit preadvies moet dan ook mede gelezen worden als De Haans wezenlijke bijdrage aan dit proces van ontsluiting voor het omvangrijke (algemene) grensgebied van publiek- en privaatrecht, met het oog op haar concrete toepassing in de functionele rechtsgebieden. Op de betekenis van die algemene rechtsbeginselen voor de verhouding tussen publiek- en privaatrecht kom ik in de laatste paragraaf van deze bespreking nog even terug.

---

6. Peter Bootsma & Willem Breedveld, *De verbeelding aan de macht. Het kabinet-Den Uyl 1973-1977*, Den Haag: SDU 1999, p. 212.

7. Jouke de Vries, *Grondpolitiek en kabinetcrisis* (diss. Leiden), Den Haag: VUGA 1989, p. 140-141.

## 5 De tweegrondslagenleer

Het mooie van een brede overzichtspublicatie, aan het eind van iemands rijke wetenschappelijke leven, is dat zij de ruimte biedt om rode draden uit het verleden door te trekken en die draden in een bredere context te plaatsen. Een van die rode draden is de tweegrondslagenleer. De tweegrondslagenleer is De Haans alternatief voor de huidige tweewegenleer.

De tweewegenleer wortelt in de gemene rechtsleer. De gemene rechtsleer beschouwt het privaatrecht als het algemene recht dat altijd geldt behalve als een bestuursrechtelijke regel er een uitzondering op maakt. In deze leer is het bestuursrecht aanvullings- en uitzonderingsrecht en het privaatrecht het algemene systeem van waaruit gedacht wordt. De Haan heeft zich van meet af aan tegen de gemene rechtsleer afgezet. Hij acht die leer zowel voor de eenheid en doelmatigheid van het bestuursrecht als voor de ontwikkeling van de rechtsbescherming van de burger funest.<sup>8</sup> Zijn kernbezwaar is dat het bestuursrecht als een eigenstandig gelijkwaardig rechtsgebied moet worden opgevat en niet als een uitzondering op het privaatrecht.

Essentieel voor De Haan is dat de afwijzing van de gemene rechtsleer voor hem logisch samenhangt met zijn instrumentele benadering van het bestuursrecht. Wie zoveel nadruk legt op het instrumentele karakter als hij doet, kan haast niet anders dan voor het bestuursrecht de status van uitzonderingsrecht verwerpen. Dit neemt overigens niet weg dat inmiddels ook het (algemene) privaatrecht veel instrumentele trekken is gaan vertonen.

Kenmerkend voor de tweewegenleer is dat deze tot uitgangspunt neemt dat de overheid *in beginsel* gebruik mag maken van de privaatrechtelijke weg *tenzij* er gronden zijn om dat niet geoorloofd te achten. Die beperkingen zijn in de loop van de tijd wel toegenomen. Terwijl vroeger de overheid steeds van de privaatrechtelijke weg gebruik kon maken, tenzij dat evident in strijd met de wet was, wordt sinds het bekende *Windmill*-arrest (1990) de tweewegenleer aldus uitgewerkt dat de privaatrechtelijke weg is toegestaan tenzij deze de betrokken publiekrechtelijke regeling op onaanvaardbare wijze doorkruist dan wel in strijd is met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De Haan benadrukt terecht dat de tweewegenleer, ongeacht hoe op een bepaald moment de precieze uitwerking eruitziet, een gevolg is van de door hem bestreden gemene rechtsleer. De tweewegenleer behelst immers een *ja-tenzij-systeem*. En dit ja-tenzij-systeem kan er zijn *omdat* de gemene rechtsleer geldt, die zegt dat het privaatrecht van toepassing is, tenzij...

Terug nu naar de tweegrondslagenleer. De tweegrondslagenleer is te begrijpen als De Haans positieve reactie in het debat over de rechtsleren. Waar hij in de jaren zeventig en tachtig vooral kritiek had op de traditionele rechtsopvatting over de verhouding tussen publiek- en privaatrecht – een negatieve reactie – plaatst hij er in 1998 in diverse publicaties een eigen alternatief tegenover.<sup>9</sup> In de kern is dat

8. Zie reeds het voorwoord van de eerste druk van *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat* (1978).

9. Naast het hier besproken preadvies in het bijzonder ook in P. de Haan, Th.G. Drupsteen & R. Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, deel 2, Deventer: Kluwer 1998 (4e druk), nr. 26, p. 141.

alternatief vrij eenvoudig. De tweegrondslagenleer vereist voor het privaatrechtelijk overheidsoptreden, zoals het woord al zegt, twee grondslagen. In de eerste plaats dient er een privaatrechtelijke grondslag te zijn; die grondslag is te vinden in het Burgerlijk Wetboek. Waar het hem echter vooral om gaat is dat er bovendien nog een tweede grondslag vereist is voor dit privaatrechtelijk overheidshandelen; die grondslag is te vinden in het publiekrecht, te weten in een publiekrechtelijke regeling die de totstandkoming en inhoud van de privaatrechtelijke weg moet bepalen. De Haan denkt bij die publiekrechtelijke weg vooral aan 'bijzondere beleidskaderwetten waarin de desbetreffende publiekrechtelijke taken en bevoegdheden zijn of worden geregeld' (p. 37). Uiteraard zijn voor de betekenis van die publiekrechtelijke grondslag ook de algemene regels van de Awb relevant. De tweegrondslagenleer maakt het dus wenselijk dat er speciale publiekrechtelijke wettelijke grondslagen zijn en vooral gaan komen – want in de praktijk zijn die er tot nu toe slechts incidenteel.

De tweegrondslagenleer breekt dus met het ja-tenzij-systeem van de tweewegenleer en de gemene rechtsleer. Daar zit het principiële verschil. In plaats daarvan moet er in de ogen van De Haan een tweede 'grondslag' zijn voor dit privaatrechtelijk overheidshandelen die te vinden moet zijn in het publiekrecht. Omdat die publiekrechtelijke grondslagen nu dikwijls ontbreken, zou de realisatie van deze leer een aanzienlijk wetgevingsprogramma met zich brengen. Zijn wens voor al die publiekrechtelijke wetgeving die op privaatrechtelijk overheidshandelen betrekking heeft, komt bepaald niet uit de lucht vallen. De Haan heeft dat pleidooi voor de totstandkoming van algemene en bijzondere wetgeving die op privaatrechtelijk overheidshandelen van toepassing zijn al veel eerder op allerlei plaatsen gehouden. Zijn etiket 'tweegrondslagenleer' mag in 1998 dan wel nieuw zijn, de inhoud ervan bouwt consequent voort op de al veel eerder door hem ontvouwen ideeën.

## 6 **Het besluit ter voorbereiding van een privaatrechtelijke rechtshandeling**

De tweegrondslagenleer heeft de nodige consequenties. De belangrijkste is het grote gewicht dat daarin wordt toegekend aan het (publiekrechtelijke) besluit om een privaatrechtelijke rechtshandeling te gaan verrichten. Dit zijn de besluiten die gebaseerd zijn op de (bijzondere) publiekrechtelijke wetgeving die De Haan broodnodig acht voor het gaan verrichten van privaatrechtelijke rechtshandelingen door de overheid.<sup>10</sup> Ook deze besluiten moeten zijns inziens volledig aan de Awb onderworpen zijn. Zij vormen de uitwerking, de tweede poot van zijn tweegrondslagenleer.

Het zal tegen deze achtergrond niet verwonderen dat De Haan het belangrijk vindt dat deze besluiten vatbaar zijn voor bezwaar en beroep op de bestuursrechter. Naar geldend recht zijn zij dat echter niet. Artikel 8:3 lid 2 Awb bepaalt dat geen beroep kan worden ingesteld tegen een besluit ter voorbereiding van een privaatrechtelijke

10. In de literatuur wordt – mijns inziens ten onrechte – ook wel ontkend dat dit soort voorbereidingshandelingen het karakter hebben van besluiten in de zin van art. 1:3 lid 1 Awb, zie uitvoerig P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, par. 4.4.3, p. 111 e.v.



rechtshandeling. Deze bepaling is De Haan een doorn in het oog. Hij bepleit dan ook deze bepaling uit de Awb te schrappen (p. 70). Dit onderdeel van zijn betoog is zo belangrijk voor hem dat hij er enige jaren later nog een aparte publicatie in het Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht aan heeft gewijd.<sup>11</sup> Dat zou zijn laatste publicatie blijken te zijn.

In die publicatie werkte hij de tweede poot van de tweegrondslagenleer nog wat verder uit door daarvoor de totstandkoming van een aparte algemene regeling in hoofdstuk 4 van de Awb te bepleiten, te weten een titel over 'Besluiten tot privaatrechtelijke rechtshandelingen'. In die titel zouden bepalingen moeten worden opgenomen die een grondslag bieden aan verschillende soorten besluiten die de overheid ter voorbereiding op privaatrechtelijk optreden kan nemen, zoals ten aanzien van overeenkomsten, oprichting van en deelneming in privaatrechtelijke rechtspersonen en eventueel bepaalde eenzijdige privaatrechtelijke rechtshandelingen, met name op grond van publieke eigendom. De Haan verwachtte dat als eenmaal de besluiten tot de belangrijkste privaatrechtelijke overheidshandelingen in die zin geregeld zouden zijn, de beleidsgrondslagen in de bijzondere wetgeving daarbij als het ware logischerwijze aansluiten.<sup>12</sup> Ook hier toont De Haan zich een echte systeembouwer, die denkt vanuit het grotere geheel.

Een belangrijke reden voor het willen schrappen van artikel 8:3 lid 2 Awb is – naast de erkenning van het besluit tot het verrichten van een privaatrechtelijke rechtshandeling als een essentiële stap – dat de rechtsbescherming ertegen zal worden verbeterd. De Haan benadrukt dat de burgerlijke rechter nu eenmaal met dit soort besluiten niet goed uit de voeten kan, vanwege het ontbreken van een vernietigingsbevoegdheid en ook vanwege het ontbreken van een speciale beroepsmogelijkheid voor derden-belanghebbenden – hij geeft het bekende voorbeeld van de milieuorganisatie die geen partij is bij een convenant of akkoord met de overheid.

Aan het verwijderen van artikel 8:3 lid 2 Awb zit echter ook een nadeel. De rechtsmacht met betrekking tot dezelfde rechtsbetrekking zou worden verdeeld over twee soorten rechters: de bestuursrechter neemt dan immers kennis van geschillen over het voorbereidingsbesluit, terwijl de burgerlijke rechter zich over de privaatrechtelijke rechtshandeling zelf dient te buigen. Dat is niet erg aantrekkelijk. De gedachte achter artikel 8:3 lid 2 Awb is nu juist dit te voorkomen. De Haan ziet dit bezwaar uitdrukkelijk onder ogen. Om dit op te lossen en ook met het oog op de rechtseenheid in het algemeen bepleit hij in dit preadvies tevens een reorganisatie van de rechterlijke macht: hij wil alle overheidszaken (verder) concentreren bij speciaal daarvoor ingerichte kamers van de gewone rechterlijke macht, waarbij in zijn ogen ook een rechtseenheidsvoorziening hoort. De Haan is van mening dat die voorziening moet worden gevonden in een verlofstelsel voor cassatie (p. 69).

---

11. P. de Haan, 'Besluiten tot privaatrechtelijke rechtshandelingen. Een brug tussen publiek- en privaatrecht', *NTB* 2004/16, p. 109 e.v.  
12. De Haan 2004, p. 115.

Daarbij mengt hij zich in het langlopende debat over de vraag of cassatierechtspraak wel een geschikt middel is om op het gebied van het ordenende bestuursrecht rechtseenheid te bewerkstelligen. Weliswaar is het de feitenrechter die vaststelt wat het gevoerde beleid is en of in overeenstemming met het gevoerde beleid is beslist, maar, aangezien dit beleid doorgaans is vastgelegd in wettelijke voorschriften of beleidsregels, kan de Hoge Raad met het oog op de rechtseenheid daaraan toetsen, zo merkt De Haan mijns inziens terecht op.

## 7 Algemene wettelijke regelingen

In het licht van het voorafgaande is het van belang te onderstrepen hoezeer De Haan zich sterk maakt voor de totstandkoming van algemene publiekrechtelijke wettelijke regelingen. Ook dat sluit uiteraard logisch aan bij zijn tweegrondslagenleer, die immers een royale wetgevingsagenda impliceert. Ook hiervoor bouwt De Haan voort op eerder eigen werk.

Allereerst moet de overheidseigendom worden genoemd, het terrein waarop De Haan jarenlang (buitengewoon) hoogleraar is geweest. De Haan pleit voor een algemene wettelijke regeling van de openbare bestemming van onroerende zaken in al haar facetten en dan niet een privaatrechtelijke regeling, maar een publiekrechtelijke. Hij bepleit, geheel conform de tweegrondslagenleer, enerzijds een regeling van de eigendom van openbare zaken in het BW, anderzijds een regeling van de openbare bestemming in de Awb, met uitwerking waar nodig in de bijzondere wetgeving. Wanneer de privaatrechtelijke en de publiekrechtelijke codificaties goed op elkaar aansluiten, bestaat naar zijn mening aan een erkenning van een aparte publiekrechtelijke eigendomsvorm geen behoefte (p. 49).

In de literatuur is dit een zeer bediscussieerd standpunt: zowel over een algemene publiekrechtelijke wettelijke regeling als over het antwoord op de vraag of er wel of niet behoefte is aan een separate publiekrechtelijke eigendomsfiguur, wordt zeer verschillend gedacht.<sup>13</sup> Het leidt welhaast geen twijfel dat het vrij recente *Didam*-arrest – waarin de overheid wordt verplicht om mededingingsruimte te bieden aan (potentiële) gegadigden voor de verkoop van schaarse onroerende zaken<sup>14</sup> – voor De Haan opnieuw aanleiding zou zijn geweest om voor een wettelijke regeling voor de verkoop van overheidseigendommen te pleiten. Daarvoor valt het nodige te zeggen, nu, afgezien van het geval dat er redelijkerwijs maar één serieuze gegadigde kan zijn, het met name hoogst onduidelijk is of en tot op welke (financiële) hoogte er ruimte is om een uitzondering te maken op de verplichting om mededingingsruimte te bieden.

---

13. Zie voor de diverse standpunten Huisman & Van Ommeren 2019, par. 11.11.2, p. 568 e.v. Huisman en ik delen de opvatting van De Haan dat er aan een aparte publiekrechtelijke eigendomsfiguur geen behoefte is, maar verschillen met hem van mening over de noodzaak en reikwijdte van een algemene publiekrechtelijke wettelijke regeling.

14. HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, AB 2022/11, m.nt. F.J. van Ommeren; NJ 2022/149, m.nt. C.E.C. Jansen.

Ook de overheidscontracten hebben altijd op De Haans belangstelling kunnen rekenen. Hij onderscheidt verschillende soorten overheidscontracten, die al naar gelang hun vorm of inhoud meer publiekrechtelijk of privaatrechtelijk van karakter zijn. Voor de overheidscontracten bepleit De Haan eveneens al jaren een wettelijke regeling, en wel in de Awb (p. 55). Daarbij zou ook de rechtsmachtverdeling tussen de beide soorten rechters aandacht moeten krijgen. De voorstellen die De Haan daarvoor doet, sluiten aan bij zijn tweegrondslagenleer en het in het verlengde daarvan gedane voorstel tot reorganisatie van de rechterlijke macht. In de kern komt het erop neer dat de bestuursrechter zijns inziens dient te beslissen over de uitoefening van publiekrechtelijke (contracts)bevoegdheden en de burgerlijke rechter over de vorm, inhoud en uitvoering van privaatrechtelijke contractsbepalingen. In de literatuur is ook dit een zeer bediscussieerd onderwerp: er zijn voor en tegenstanders van een algemene regeling en bij de voorstanders circuleren er verschillende voorstellen, minder vergaande, waarbij de huidige rechterlijke competentieverdeling wordt gerespecteerd, en voorstellen die veel verder gaan.<sup>15</sup>

## 8 De huidige betekenis van dit preadvies

De betekenis van dit preadvies ligt vooral in de toekomstvisie die De Haan presenteert. Zijn tweegrondslagenleer is te begrijpen als een van de vele alternatieven die de afgelopen decennia zijn gepresenteerd voor de gemene en gemengde rechtsleer en de tweewegenleer met zijn doorkruisingsformule.<sup>16</sup>

Als gezegd, maakt De Haan een scherp onderscheid tussen publiek- en privaatrecht. Van een vermenging wil hij niet weten. Hij vraagt aandacht voor hun vervlechting op velerlei plaatsen in onze rechtsorde, in het bijzonder in de functionele rechtsgebieden. Daarnaast – wellicht kan ik beter zeggen: daarboven – vraagt hij aandacht voor de *algemene* rechtsbeginselen die nog nader geconcretiseerd moeten worden tot publiekrechtelijke of privaatrechtelijke normen. Dit bekende, op zichzelf vrij eenvoudige denkmodel, waarin het publiekrecht en het privaatrecht worden geanalyseerd vanuit een denkbeeldige koepel van enige meer algemene rechtsbeginselen en uitgangspunten, zien we in de binnenlandse en buitenlandse literatuur bij uiteenlopende auteurs terug.<sup>17</sup> Maar de tweegrondslagenleer gaat veel verder. De tweegrondslagenleer richt zich vooral ook op de vraag waaraan de overheid haar bevoegdheden ontleent. De Haan bepleit vooral de versterking van de publiekrechtelijke poot. Een versterking die vooral in wetgeving moet gaan plaatsvinden. Tegelijkertijd gaat hij bepaald niet zo ver als Tak en diens Maastrichtse school die

---

15. Zie vrij recent de VAR-commissie Europeanisering algemeen bestuursrecht, *Europa en het algemeen bestuursrecht*, Den Haag: Bju 2021, p. 112 e.v. die een Awb-regeling voor de bevoegdhedenovereenkomst bepleit, waarin de huidige rechterlijke competentieverdeling wordt gerespecteerd. Zie voorts Huisman & Van Ommeren 2019, par. 12.10, p. 688 e.v. met literatuurverwijzingen naar voor- en tegenstanders.

16. Huisman & Van Ommeren 2019, par. 2.8.3, p. 45 e.v.

17. In ons land niet in de laatste plaats bij M. Scheltema & M.W. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2013. Zie voor meer literatuur: Huisman & Van Ommeren 2019, par. 2.8.2, onderdeel d, p. 41-42.

— onder het label van de ‘invullende rechtsleer’ — een radicale scheiding van de werelden van publiekrecht en privaatrecht voorstaan.<sup>18</sup>

Ondanks de kritiek die er zeker op zijn voorstellen is te uiten — zo heb ik eerder al opgemerkt niet zo gelukkig te zijn met het etiket ‘tweegrondslagenleer’, omdat het de indruk wekt dat zonder het bestaan van een (tweede) publiekrechtelijke grondslag de overheid niet in het privaatrecht zou mogen optreden<sup>19</sup> — acht ik de realisatie van delen van zijn toekomstvisie veel waarschijnlijker dan die van de invullende rechtsleer. Dat komt met name doordat het mogelijk is zijn toekomstvisie in betrekkelijk kleine stappen te realiseren, te beginnen in de functionele rechtsgebieden en van daaruit, als in bepaalde functionele rechtsgebieden voldoende resultaat is geboekt, over te stappen naar meer algemene wettelijke regelingen, zoals in de Awb. De Haan heeft bij herhaling in verschillende bewoordingen voor deze koers gepleit. Hem kan bovendien worden toegegeven dat wet en recht zich tot op zekere hoogte aan het ontwikkelen zijn langs de door hem geschetste lijnen, al is het nog lang niet zover als hij wenselijk acht. Dat maakt hem tot op de dag van vandaag tot een uiterst boeiende en visionaire auteur.

- 
18. M.n. A.Q.C. Tak, ‘Overheid en Burgerlijk Wetboek. Naar een invullende rechtsleer’, *Recht en Kritiek* 1993, p. 174 e.v. en A.Q.C. Tak, *De overheid in het burgerlijk recht*, 's-Gravenhage: VUGA 1997. Zie voor de reactie van Tak op De Haan: A.Q.C. Tak, ‘De nieuwe “De Haan”’, *NTB* 1999, p. 19 e.v.
19. Huisman & Van Ommeren 2019, par. 2.8.3, p. 46.

# **W.A. Zondag, *Religie in de arbeidsverhouding. Over religieuze werkgevers en religieuze werknemers* (2011)**

Mr. dr. T. (Teunis) van Kooten \*

‘De terughoudende benadering in de rechtspraak waarbij het primaat aan de kerkelijke weg wordt toegekend, zal pleitbezorgers van autonomie voor tendensinstellingen ongetwijfeld tot vreugde stemmen. Dat neemt niet weg dat kerkgenootschappen met een gezond kritische blik naar de eigen regels en procedures moeten (blijven) kijken en aan periodiek onderhoud moeten (blijven) doen. Als in de rechtspraak of literatuur de vinger wordt gelegd bij onvolkomenheden (zoals het ontbreken van het verkrijgen van en spoedvoorziening bij schorsing) moet de kerk nagaan in hoeverre inderdaad een leemte in de kerkelijke procedure bestaat, en hoe deze leemte kan worden ingevuld. Alleen dan zal het primaat van de kerkelijke procedure ook in de toekomst kunnen worden gewaarborgd.’<sup>1</sup>

## **1 Inleiding**

In deze bijdrage ga ik in op het preadvies van prof. mr. dr. W.A. Zondag. De titel van zijn preadvies is *Religie in de arbeidsverhouding. Over religieuze werkgevers en religieuze werknemers*. Zondag heeft zijn preadvies gepresenteerd op de CJV-vergadering van 13 mei 2011.

In het preadvies staat de doorwerking van het grondrecht van godsdienstvrijheid in het arbeidsrecht centraal. Zondag benadert dit vanuit twee perspectieven, namelijk dat van de werkgever en dat van de werknemer. Bijzondere aandacht besteedt hij aan de positie van instellingen op levensbeschouwelijke en godsdienstige grondslag. De wetgeving biedt die instellingen namelijk meer ruimte om hun personeelsbeleid vorm te geven op een wijze die strookt met hun eigen identiteit. In de volgende paragrafen komen aan bod de preadviseur (par. 2), het preadvies (par. 3) en enkele reflecties daarop (par. 4).

## **2 De preadviseur**

Prof. mr. dr. W.A. (Wijnand) Zondag is in 1973 geboren te Kerkwijk. Hij studeerde rechten en recht & economie aan de Universiteit Utrecht. In 2001 promoveerde hij cum laude op een dissertatie over werktijdverkorting<sup>2</sup> aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. Van 2003 tot 2015 was hij als hoogleraar Arbeidsrecht verbonden aan de Rijksuniversiteit Groningen. Zijn oratie was getiteld *De grenzen van het arbeidsrecht*.

\* Mr. dr. T. (Teunis) van Kooten is als universitair docent Religie en recht werkzaam bij de Faculteit Rechtsgeleerdheid van de Vrije Universiteit te Amsterdam. Daarnaast is hij advocaat bij Van Kooten Advocaten te Utrecht en gespecialiseerd in kwesties op het snijvlak van religie, kerk en recht.

1. W.A. Zondag, *Religie in de arbeidsverhouding. Over religieuze werkgevers en religieuze werknemers*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2011, p. 60.  
2. W.A. Zondag, *Werktijdverkorting. Over plaats en functie van een arbeidsmarktinstrument in het arbeidsrecht* (diss. Rotterdam), Deventer: Gouda Quint 2001, p. 97.

Vanaf 2011 was Zondag student aan de predikantsopleiding van de Gereformeerde Gemeenten in Rotterdam. In 2015 werd hij bevestigd tot predikant van de Gereformeerde Gemeente in Woerden. Vanaf 2019 is hij predikant van de Gereformeerde Gemeente te Dordrecht.

Zondag vervult tal van nevenfuncties. Zo is hij sinds 2004 raadsheer-plaatsvervanger in het Gerechtshof Leeuwarden, later Arnhem-Leeuwarden en daarnaast is hij sinds 2021 als bijzonder hoogleraar Kerk, Recht en Samenleving verbonden aan de Theologische Universiteit Apeldoorn.

Zondag heeft vele publicaties op zijn naam staan. Naast vele juridisch-wetenschappelijke publicaties op arbeidsrechtelijk vlak, heeft hij sinds zijn predikantschap ook veel publicaties op godsdienstig vlak het licht doen zien. Deze hebben doorgaans een Bijbels thema en zijn gericht op de praktijk van het meer bevindelijke protestants-christelijk geloofsleven.

Voor wat betreft de juridisch-wetenschappelijke publicaties valt op dat Zondag met enige regelmaat aandacht besteedt aan het spanningsveld tussen religie en recht, met name op arbeidsrechtelijk vlak. Zo besteedde hij in zijn oratie in 2004 aandacht aan de al dan niet toepasselijkheid van het arbeidsrecht op kerkelijke functionarissen, meer in het bijzonder de protestantse predikant. Ook uit de titel van zijn oratie in 2022, genaamd *Werk en kerk, wat is recht in de eenentwintigste eeuw?*<sup>3</sup> blijkt deze interesse. In 2019 verscheen van zijn hand een fraai overzichtsartikel, getiteld 'De kerk als werkgever. De spanningsvolle relatie tussen kerkelijk recht en het arbeidsrecht'.<sup>4</sup> Dat borduurt in zekere zin voort op het preadvies.

### 3 Het preadvies

In zijn preadvies gaat Zondag in op de thematiek van religie in het arbeidsrecht. Centraal staat de vraag naar doorwerking van het recht op vrijheid van godsdienst binnen de arbeidsverhouding. In welke mate heeft dit grondrecht in het arbeidsrecht doorgewerkt en is bijsturing noodzakelijk? Zondag bespreekt deze kwesties aan de hand van wetgeving, doctrine en jurisprudentie. Aan enkele arresten besteedt hij uitgebreider aandacht.

In zijn preadvies onderscheidt Zondag twee dimensies. De eerste dimensie ziet op de rechtspositie van de religieuze werknemer. De tweede dimensie heeft betrekking op de religieuze werkgever oftewel de werkgever op religieuze grondslag. Het preadvies sluit af met een aantal aanbevelingen en stellingen.

#### 3.1 Religieuze werknemers

Bij de eerste dimensie gaat Zondag in op onder meer het recht van religieuze werknemers op rustdagen om godsdienstige bijeenkomsten bij te wonen. Dit recht is geregeld in de Arbeidstijdenwet. In 1995 werd deze wet gewijzigd waarbij ten aanzien van zondagsarbeid het uitgangspunt bleef dat dit een vrije dag was (of een andere rustdag voor werknemers met een andere geloofsovertuiging). Echter,

3. W.A. Zondag, *De grenzen van het arbeidsrecht* (inaugurele rede), Den Haag: Bju 2004.

4. W.A. Zondag, 'De kerk als werkgever. De spanningsvolle relatie tussen kerkelijk recht en het arbeidsrecht', *TRRB* 2019/1.

hierop was nu een uitzondering mogelijk vanwege ‘bedrijfsomstandigheden’ of vanwege de ‘aard van de arbeid’. Werknemers ervoeren in de praktijk druk vanuit werkgevers om op zondag te werken. Dit leidde tot een initiatiefwetsvoorstel Bussemaker/Van Dijke waarin de rechtspositie van werknemers met bezwaren tegen zondagsarbeid of op een andere (religieuze) rustdag werd versterkt.

Zondag gaat ook nog in op het recht van werknemers om vrij te hebben tijdens – niet algemeen erkende – feestdagen. Blijkens een uitspraak van het EHRM zou uit artikel 9 EVRM niet het recht voortvloeien vrij te kunnen nemen voor een religieuze feestdag.<sup>5</sup> Zondag is van mening dat de wetgever ten aanzien van niet-christelijke religieuze feestdagen niet extra vrije dagen voor alle burgers zou moeten creëren, bijvoorbeeld door het Suikerfeest aan te wijzen als landelijke vrije dag. Zondag motiveert zijn standpunt door erop te wijzen dat de wetgever dan een keuze moet maken uit godsdiensten die niet behoren tot de ‘traditie’ van Nederland. Dat behoort zijns inziens niet tot de taak van de neutrale overheid: cao-partijen zouden hieraan aandacht moeten besteden.

### 3.2 Gelijke behandeling

Het tweede onderwerp dat Zondag aansnijdt is de problematiek van de gelijke behandeling op grond van godsdienst en levensovertuiging in de arbeidsverhouding. Daarbij besteedt hij aandacht aan onder meer het ‘hoofddoekjesverbod’ en de gewetensbezwaarde trouwambtenaar. Hij behandelt dit onderwerp tegen de achtergrond van de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB). Deze wet kent ten aanzien van het maken van *direct* onderscheid een gesloten stelsel van rechtvaardigingsgronden: alleen op de expliciet in de wet genoemde gronden mag onderscheid worden gemaakt. Ten aanzien van *indirect* onderscheid geldt een open stelsel van objectieve rechtvaardigingsgronden. Onder omstandigheden kan het maken van onderscheid geoorloofd zijn. Dan moet het doel legitiem zijn en het middel daartoe voldoen aan de proportionaliteits- en subsidiariteitstoets. Zondag behandelt aan de hand van jurisprudentie van de toenmalige Commissie Gelijke Behandeling<sup>6</sup> (CGB) en de burgerlijke rechter zaken betreffende onder meer kledingvoorschriften zoals het dragen van hoofddoekjes, een kirpan<sup>7</sup> of een crucifix door een tramconducteur. Steeds gaat het dan om het belang van de werkgever bij uniforme bedrijfskleding. Objectieve rechtvaardigingsgronden voor een verbod op het dragen van religieuze voorwerpen of kleding kan dan bijvoorbeeld zijn gelegen in hygiëne en veiligheid en de aard van de functie waarbij bijvoorbeeld representativiteit belangrijk is.

Ook staat Zondag stil bij de kwestie van de gewetensbezwaarde trouwambtenaar. Dit betrof trouwambtenaren die weigerden mee te werken aan het sluiten van huwelijken of partnerschapsrelaties van mensen van hetzelfde geslacht. Hierbij was sprake van een botsing van grondrechten tussen het recht op godsdienstvrijheid van de gewetensbezwaarde ambtenaren versus het gelijkheidsbeginsel op grond waarvan partners van hetzelfde geslacht gelijk behandeld behoren te worden. De

---

5. P. 16; EHRM 13 april 2006, JAR 2006/192.

6. Sinds 2012 opgegaan in het College voor de Rechten van de Mens. Zie mensenrechten.nl.

7. Rituele dolk in de Sikh-religie.

CGB oordeelde dat het recht op godsdienstvrijheid van deze trouwambtenaren te zeer indruiste tegen het gelijkheidsbeginsel. Zondag betreurt dat omdat zijns inziens het gelijkheidsbeginsel daarmee een hogere rang krijgt dan andere grondrechten zoals dat op godsdienstvrijheid. Daarmee is er zijns inziens een ongewenste breuk met het verleden en lijkt ook geen ruimte te zijn gezocht voor pragmatische oplossingen.

### 3.3 Religieuze werkgevers

In de tweede dimensie gaat Zondag in op de rechtspositie van de religieuze werkgever. Daarbij staat Zondag allereerst stil bij het begrip ‘tendensinstellingen’. Zondag ontleent dit begrip aan Jacobs.<sup>8</sup> Tendensinstellingen zijn organisaties met een uitgesproken levensbeschouwelijke of godsdienstige kleur, die onder meer blijkt uit hun grondslag, statuten en beleid. Voorbeelden hiervan zijn kerkgenootschappen en scholen met een confessionele grondslag. Zondag gaat hierbij in op de vraag in hoeverre de autonomie van deze instellingen wordt ‘aangevallen’ in de politiek en door middel van juridische procedures. Daarbij gaat hij specifiek in op de vraag welke ruimte er is voor de autonomie van deze instellingen in hun rol als werkgeefster. In hoeverre mogen zij arbeidsovereenkomsten beëindigen als een werknemer in strijd handelt met de identiteitsgebonden regels van zo’n instelling?

Zondag bespreekt deze problematiek aan de hand van de Kaderrichtlijn gelijke behandeling<sup>9</sup> en de AWGB. De Kaderrichtlijn en de AWGB kenden een verschillende methodiek voor wat betreft de toetsing of tendensinstellingen geoorloofd onderscheid maken ten aanzien van hun (aspirant)personeel. Zo geeft de Kaderrichtlijn in artikel 4 lid 2 aan de daar genoemde organisaties het recht om – onder de daar gestelde voorwaarden – een houding van goede trouw en loyaliteit van hun werknemers te verlangen. Wel moet de grond waarop onderscheid wordt gemaakt én een wezenlijk én een legitiem én een gerechtvaardigd beroepsvereiste vormen gelet op de grondslag van de instelling. Daarnaast gelden nog andere eisen waaraan moet worden voldaan.<sup>10</sup>

In de AWGB is in de artikelen 3<sup>11</sup> en 5 lid 2 sub a een uitzondering opgenomen voor kerkgenootschappen en andere identiteitsgebonden instellingen. Daarbij wordt echter onderscheid gemaakt tussen enerzijds kerkgenootschappen en anderzijds (overige) identiteitsgebonden instellingen. Artikel 3 AWGB regelt de uitzonderingspositie voor specifiek kerkgenootschappen en het geestelijk ambt. De AWGB is op hen namelijk niet van toepassing. Bij kerkgenootschappen moet het dan wel gaan om rechtsverhoudingen *binnen* kerkgenootschappen: ten aanzien van een schoonmaker of tuinwerker kan een kerkgenootschap zich in de regel dus niet op deze uitzondering beroepen.<sup>12</sup>

8. P. 31.

9. Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, *PbEG* 2000, L 303, p. 0016-0022.

10. Bespreking daarvan voert in het bestek van deze bijdrage te ver.

11. Deze wet is niet van toepassing op:

a. rechtsverhoudingen binnen kerkgenootschappen alsmede hun zelfstandige onderdelen en lichamen waarin zij zijn verenigd, alsmede binnen andere genootschappen op geestelijke grondslag;  
b. het geestelijk ambt.

12. P. 35.



### 3.4 Enkelefeitconstructie

Ten tijde van het preadvies was in artikel 5 AWGB voor (overige) instellingen op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag nog een uitzonderingsmogelijkheid opgenomen in de wet die bekend stond als de ‘enkelefeitconstructie’. Dit hield in dat zo’n instelling weliswaar eisen mocht stellen aan haar personeel maar dat die eisen niet mogen leiden tot onderscheid op grond van *het enkele feit* van bijvoorbeeld politieke gezindheid, ras, hetero- of homoseksuele gezindheid.

Aldus kon een instelling alleen een succesvol beroep doen op deze uitzonderingsbepaling als men cumulatief aan drie voorwaarden voldeed, te weten:

- a. het gevoerde beleid om de identiteit van de instelling te handhaven moet consistent zijn;
- b. de functie-eisen waarmee onderscheid worden gemaakt, dienen noodzakelijk te zijn; en
- c. die eisen mogen niet leiden tot onderscheid op grond van het enkele feit van politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gezindheid of burgerlijke staat.

Vervolgens bespreekt Zondag deze voorwaarden.<sup>13</sup> Ten aanzien van de enkelefeitconstructie merkt hij op dat dit criterium veel onduidelijkheden geeft. Hij pleit dan ook voor afschaffing hiervan en aanpassing van de wet in lijn met de formulering van de Kaderrichtlijn zoals toentertijd al door het kabinet-Balkenende IV was voorgesteld.

Daarna gaat Zondag in op artikel 2 sub b en c van het toen geldende Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen (BBA). Daarin was opgenomen dat voor beëindiging van een arbeidsovereenkomst met een bepaalde categorie onderwijzend en docerend personeel en bedienaren van een geestelijk ambt, geen ontslagvergunning nodig was van het UWV Werkbedrijf. De ratio van deze uitzonderingen is gelegen in het recht op vrijheid van godsdienst – en het daarmee samenhangende beginsel van de scheiding van kerk en staat – en onderwijs.<sup>14</sup>

### 3.5 Rechtspositie geestelijken

In het laatste gedeelte van zijn preadvies besteedt Zondag aandacht aan de positie van kerkgenootschappen en daaraan verbonden dragers van een geestelijk ambt. Kerkgenootschappen kunnen ervoor kiezen om de rechtspositie van dragers van een geestelijk ambt afwijkend van het arbeidsrecht te regelen. Zo’n eigensoortige arbeidsverhouding kan worden uitgewerkt in een kerkelijke rechtspositieregeling waarin ook eigen procedures zijn opgenomen voor aanstelling en ontslag van deze ambtsdragers. Zo wordt bijvoorbeeld een predikant in de Protestantse Kerk in Nederland (PKN) beroepen en kan hij worden losgemaakt van een kerkelijke gemeente. Omdat geen sprake is van een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht, zijn gemeentepredikanten in deze kerk ook niet verzekerd voor de WW of WIA. De PKN kent daarvoor eigen financiële voorzieningen.

---

13. P. 35-39.

14. P. 40-42.

Daarnaast kunnen geschillen in de kerkelijke arbeidsverhouding worden voorgelegd aan kerkelijke rechtsprekers. Daarmee wordt in belangrijke mate de bevoegdheid van de burgerlijke rechter om een inhoudelijk oordeel over zo'n geschil te vellen, uitgesloten. Een uitspraak van een kerkelijke rechtspreker bindt namelijk partijen in beginsel op dezelfde wijze als een vaststellingsovereenkomst.<sup>15</sup> Dat noopt de burgerlijke rechter tot terughoudendheid: het primaat van de kerkelijke rechter moet hij in beginsel respecteren, zij het dat hij kan ingrijpen indien in de kerkelijke rechtsgang de fundamentele beginselen van procesrecht worden geschonden.<sup>16</sup>

#### 4 Enkele reflecties

Het preadvies van Zondag heeft een positiefrechtelijke insteek. Dat heeft het risico dat de houdbaarheid beperkt is: zodra de wetgeving wijzigt of in de jurisprudentie een andere lijn wordt gekozen, kunnen delen hiervan achterhaald zijn.

##### 4.1 Veranderend speelveld botsende grondrechten

Die situatie doet zich hier ook voor. Zo is de discussie over de gewetensbezwaarde trouwambtenaar inmiddels beslecht door een wijziging van de AWGB: artikel 5 lid 2a AWGB bepaalt dat gemeenten onderscheid mogen maken op grond van godsdienst of levensovertuiging ten aanzien van ambtenaren van de burgerlijke stand die onderscheid maken in de uitoefening van hun ambt. Daarmee kunnen gemeenten dus weigeren gewetensbezwaarde trouwambtenaren aan te stellen. Voor wat betreft de kledingvoorschriften die werkgevers mogen stellen aan hun werknemers, valt op dat minister van Justitie en Veiligheid Yesilgöz recent ervoor heeft gekozen het belang van een neutrale uitstraling van geüniformeerde politieambtenaren voorop te stellen en dat ook expliciet vast te leggen.<sup>17</sup>

De uitzondering op het toestemmingsvereiste voor ontslag van bedienaren van een geestelijk ambt dat eerder was vastgelegd in het BBA, dreigde bijna te sneuvelen ter gelegenheid van de invoering van de Wet werk en zekerheid. Echter, door het amendement Schouten-Dijkgraaf<sup>18</sup> bleef dit behouden en is de uitzondering nu gecodificeerd in artikel 7:671 lid 1 sub f BW.

Daarnaast is de enkelefeitconstructie in de AWGB geschrapt en vervangen door een set voorwaarden zoals die in de Kaderrichtlijn al is verwoord. In die zin heeft de wetgever Zondag op zijn wenken bediend. Dat doet echter niet af aan het onderliggende spanningsveld van botsende grondrechten. De samenleving is in beweging en daarbij speelt de secularisatie ook een rol. Het speelveld lijkt te veranderen waarbij aan het gelijkheidsbeginsel meer gewicht lijkt te worden toegekend, ook ten opzichte van grondrechten zoals de vrijheid van godsdienst. Dat zou op termijn consequenties kunnen hebben voor de onderlinge weging van grondrechten. Dit vraagt om een blijvende doordinking en bezinning op – ook – de waarde van het recht op godsdienstvrijheid en de wijze waarop dit kan worden uitgeoefend.

15. Art. 7:904 BW. Zie HR 19 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AN7818.

16. P. 60.

17. Zie nos.nl/artikel/2480581-expliciet-in-kledingvoorschriften-politie-geen-hoofddoek-of-keppel.

18. *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 20.

#### 4.2 **Kerkelijke organisatievrijheid: een uitvloeisel van de scheiding van kerk en staat**

Een rode draad in het preadvies betreft de vraag naar de autonomie van genoemde tendensinstellingen voor wat betreft de arbeidsverhoudingen met hun personeel. Voor de tendensinstellingen bij uitstek – namelijk kerkgenootschappen – was lang onduidelijk in hoeverre kerkgenootschappen de arbeidsverhoudingen afwijkend van het arbeidsrecht mogen regelen.

De positie van kerkgenootschappen is verankerd in artikel 2:2 BW. Deze bepaling is een uitvloeisel van het beginsel van de scheiding van kerk en staat. Een belangrijk aspect hiervan is dat de overheid neutraal is in de zin dat zij religieuze gemeenschappen in beginsel gelijk behandelt. Zij doet dat echter vanuit een positieve grondhouding jegens religie zoals blijkt uit bijvoorbeeld de fiscale wetgeving,<sup>19</sup> de positie van het bijzonder onderwijs en de Wet op de lijkbezorging.<sup>20</sup> Overheid en religieuze gemeenschappen kunnen – en mogen – op tal van vlakken samenwerken en doen dat ook, bijvoorbeeld als het gaat om sociaal-maatschappelijk werk.<sup>21</sup> Het is een misverstand dat dit beginsel een verbod op samenwerking tussen religieuze gemeenschappen en overheden zou betekenen.

Een uitvloeisel van deze overheidsneutraliteit is dat religieuze gemeenschappen vrij zijn hun eigen organisatie en bestuur vorm te geven. Overheidsbemoeienis past daarbij niet omdat het gevaar bestaat dat de overheid zich dan een oordeel zou aanmeten over religieuze aangelegenheden en daarin partij zou kunnen kiezen. Daarnaast is het ook praktisch ondoenlijk om voor eenieder geldende voorschriften te geven gelet op de grote variëteit aan religieuze gemeenschappen. De wetgever heeft daarom ervan afgezien om voorschriften te geven voor de inrichting en het bestuur van kerkgenootschappen. Vanuit deze achtergrond bepaalt artikel 2:2 lid 2 BW dan ook dat kerkgenootschappen worden geregeerd door hun eigen statuut voor zover dat niet in strijd is met de wet. Dit betreft een voorrangregel: in beginsel is het statuut van het kerkgenootschap binnen dat kerkgenootschap steeds van toepassing. Slechts indien dat statuut in strijd is met de wet, moet het wijken voor die wet.

#### 4.3 **Kerkelijk statuut en ‘de wet’**

De kardinale vraag is wat onder het wetsbegrip in de zin van deze bepaling moet worden verstaan. Uit de doctrine blijkt dat het moet gaan om fundamentele normen van Nederlands recht of ‘zeer zwaarwegende dwingendrechtelijke bepalingen’.<sup>22</sup> De minister noemde tijdens de parlementaire behandeling het voorbeeld van het brengen van mensenoffers en het polygamieverbod: indien zoiets in een kerkelijk

---

19. Zie bijvoorbeeld art. 5b lid 3 aanhef en sub i AWR (religie is algemeen nuttig) en art. 220d lid 1 aanhef en sub c Gemeentewet (eredienstvrijstelling).

20. Art. 38 en 40 lid 2 Wlb.

21. Zie Ministerie BZK en VNG, *Tweeluis religie en publiek domein. Handvatten voor gemeenten over de scheiding tussen kerk en staat*, 2019. Raadpleegbaar op [vng.nl/sites/default/files/2020-02/tweeluisreligieenpubliekdomein2019.pdf](http://vng.nl/sites/default/files/2020-02/tweeluisreligieenpubliekdomein2019.pdf).

22. *Parl. Gesch.* Aanpassing BW (Inv. 3, 5 en 6), p. 125 en 135.

statuut is voorgeschreven, dan zal dat statuut moeten wijken voor de Nederlandse wet die dat immers verbiedt.

Dat zijn echter extreme voorbeelden waarbij voor eenieder duidelijk is dat zoiets niet is toegestaan binnen de Nederlandse rechtsorde.

Als beperkingen op een kerkelijk statuut worden in de rechtsliteratuur ook aanvaard de – hiervoor al genoemde – fundamentele beginselen van procesrecht. Ook het strafrecht kan als zo'n beperking worden gezien al blijkt uit de jurisprudentie omtrent het gebruik van ayahuasca<sup>23</sup> dat rechters hierover verschillend oordelen.<sup>23</sup> Lastig is om te ontwaren waar de wet het statuut beperkt in het materiële burgerlijk recht. Voor wat betreft het personen- en familierecht, het rechtspersonenrecht, het erfrecht en het vermogens- en verbintenissenrecht zoals geregeld in de Boeken 1 t/m 6 BW lijkt duidelijk dat de hierin vervatte bepalingen eveneens een beperking vormen van het kerkelijk statuut. Die wetgeving laat immers geen ruimte om te kiezen voor een alternatief huwelijksrecht of goederenrecht, bijvoorbeeld als het gaat om overdracht van goederen.

#### 4.4 Vrijheid én verantwoordelijkheid

Het wordt echter lastiger als het gaat om het arbeidsrecht. De wet kent immers een zekere voorrang toe aan de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst. Zo moet blijkens artikel 7:610 lid 2 BW een andere door de wet geregelde bijzondere overeenkomst daarvoor wijken. Ook is – indien sprake is van het verrichten van arbeid tegen een beloning gedurende ten minste drie maanden – sprake van een rechtsvermoeden dat dit krachtens een arbeidsovereenkomst geschiedt.<sup>24</sup>

In een conflict tussen een predikant en de kerk waaraan hij verbonden was, heeft de Hoge Raad in 2019 zich hierover uitgesproken.<sup>25</sup> De kwestie was dat de predikant stelde dat hij werkzaam was op basis van een arbeidsovereenkomst. De kerk daarentegen stelde dat de predikant werkzaam was op basis van een eigen kerkrechtelijke regeling.

Het hof oordeelde dat – daarbij afgaande op de wettelijke kenmerken van een arbeidsovereenkomst – sprake was van een arbeidsovereenkomst. De Hoge Raad daarentegen overwoog onder meer:

'3.3. Gelet op het voorgaande brengt de in art. 2:2 lid 2 BW vervatte inrichtingsvrijheid mee dat een kerkgenootschap de rechtsverhouding tot een geestelijk ambtsdrager in zijn statuut in beginsel naar eigen inzicht kan vormgeven. Daarbij is afwijking van dwingend recht mogelijk, tenzij dat recht een belang van zo fundamentele aard beschermt dat afwijking van dat dwingend recht in de omstandigheden van het geval, ondanks de aan kerkgenootschappen toekomende inrichtingsvrijheid, niet kan worden aanvaard.

23. Zie bijv. Rb. Amsterdam 21 mei 2001, ECLI:NL:RBAMS:2001:AB1739; HR 9 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ2497; Hof Amsterdam 24 februari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV6888; EHRM 6 mei 2014, nr. 28167/07; Rb. Noord-Holland 8 september 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:7555; Hof Amsterdam 19 september 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:2722.

24. Art. 7:610a BW.

25. HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1531 (NGK *Hattem/ds. X*). De auteur van deze bijdrage was overigens als advocaat betrokken bij deze kwestie in feitelijke instanties.

3.4 Zoals blijkt uit hetgeen hiervoor (...) is vermeld, kent NGK Hattem eigen regelingen over de rechtsverhouding tot zijn predikant. Die verhouding is een interne kerkelijke verhouding, die NGK Hattem in zijn statuut heeft vormgegeven. Met de daarin voorkomende bepalingen is onmiskenbaar beoogd de toepasselijkheid van de bepalingen van titel 10 van Boek 7 BW op die verhouding uit te sluiten. De in die bepalingen uitgewerkte ontslagregeling wijkt niet zodanig af van het dwingend recht waarop de predikant zich in dit geding beroept (zie hiervoor in 2.2) dat daardoor belangen van fundamentele aard worden geschonden.'

Per saldo was het burgerlijke arbeidsovereenkomstenrecht dus niet van toepassing op de betreffende predikant. Wat betekent dit in meer algemene zin voor de arbeidsverhouding van geestelijken die zijn verbonden aan kerkgenootschappen? Ten eerste zijn kerkgenootschappen vrij deze arbeidsverhouding naar eigen (religieuze) inzichten vorm te geven. Zo'n kerkelijke regeling mag de arbeidsverhouding afwijkend regelen van het arbeidsrecht. Zo kunnen kerkgenootschappen kiezen voor afwijkende procedures en termijnen zoals bij aanstelling, ziekte, arbeidsongeschiktheid en ontslag. Ten tweede is er wel een beperking aan die vrijheid. Zo moeten de normen van de kerkelijke regeling een vergelijkbare bescherming bieden zoals de wettelijke bepalingen in het arbeidsrecht die aan werknemers bieden. Hierbij kan worden gedacht aan bijvoorbeeld een doorbetalingsverplichting van traktement of ziekgeld bij ziekte en arbeidsongeschiktheid en het in acht nemen van een redelijke termijn bij beëindiging van de kerkelijke verbintenis.

Ook hier is een keerzijde van het recht – in casu de vrijheid voor kerkgenootschappen om de arbeidsrelaties naar eigen inzichten vorm te geven – een plicht. Die plicht houdt in dat deze vrijheid wordt gebruikt om ten minste ook waarborgen en voorzieningen te scheppen die de kerkelijke functionaris zoals een predikant of priester in voldoende mate beschermen en hem daadwerkelijk recht doen. Ook hier kan en mag vrijheid niet los worden gezien van verantwoordelijkheid voor de rechthebbende.

Dat is ook een belangrijke verdienste van Zondag: hij analyseert niet alleen met een scherpe blik juridische kwesties en relevante jurisprudentie en literatuur, maar óók heeft hij steeds oog voor de praktijk. Hij maakt de vertaalslag van de juridische theorie naar de praktijk van alledag waarmee – ten aanzien van dit onderwerp – met name instellingen op godsdienstige en levensbeschouwelijke grondslag zoals kerkgenootschappen worstelen.

Het citaat zoals aan het begin van deze bijdrage vermeld, geeft hier blijk van. Het is een oproep aan kerkelijk werkgevers om hun eigen regelingen onder de loep te nemen en – zo nodig – aan te passen. Dat is niet alleen omwille van de rechten en belangen van kerkelijke functionarissen, maar ook omwille van het behoud van het (voor)recht om de eigen organisatie naar eigen inzichten te mogen vormgeven.



# Beginselgedreven belastingheffing

Reflecties op een – ten onrechte – niet verschenen preadvies

Mr. dr. J. (Jan) Gooijer\*

## 1 Inleiding

Geen van de voor de CJV uitgebrachte preadviezen handelt over een onderwerp op het terrein van het belastingrecht, het rechtsgebied waarin ik actief ben. Het lijkt mij een veilige aanname dat dit – in ieder geval mede – wordt veroorzaakt door het feit dat het overgrote merendeel van de leden van de CJV geen specialist in het belastingrecht was. Het belastingrecht is een niche, technisch en voer voor echte specialisten. Toch had een preadvies of referaat over een fiscaalrechtelijk onderwerp naar mijn mening naadloos in de traditie van de CJV gepast. Normatieve doordening van de aard van de verhouding tussen staat en burger en wat dat betekent voor de inrichting van het belastingstelsel mag niet worden overgelaten aan superspecialisten. Met belastingheffing maakt de overheid immers een enorme inbreuk op fundamentele rechten als eigendom en privacy.

Dat er voor de CJV geen preadvies over belastingheffing is geschreven, betekent niet dat in de fiscale rechtswetenschap geen bijdragen het licht hebben gezien die passen in de traditie van de CJV. Dergelijke bijdragen verschenen van de hand van twee voormalig hoogleraren belastingrecht aan de Vrije Universiteit, prof. mr. H.J. (Herman Jan) Hellema (aan de VU verbonden van 1941 tot 1970)<sup>1</sup> en prof. dr. M.P. (Mario) van Overbeeke RA (aan de VU verbonden van 1982 tot 2005). Op 6 juli 1949 hield Hellema voor de Wetenschappelijke Samenkomst van de VU een referaat, getiteld 'Enkele beschouwingen over actieve belastingpolitiek'.<sup>2</sup> In dit referaat stelt Hellema het doel van belastingheffing aan de orde en verwijst in dat kader naar de door Abraham Kuiper en Herman Dooyeweerd ontwikkelde ideeën over de aard van de verhouding tussen staat en burger.

Van Overbeeke heeft meerdere keren de vraag naar de innerlijke waarde van het belastingrecht aan de orde gesteld. Uit zijn bijdrage getiteld 'Belastingbeginselen en instrumentalisme: een controverse' blijkt een op de christelijke levensbeschouwing gebaseerde opvatting omtrent 'goed' belastingrecht, met als uitgangspunt dat de overheid er is 'ter verzorging van de eredienst van het recht, dat is de voltrekking van Gods orde over ons naar alle zijden bedreigd en afhankelijk leven'.<sup>3</sup>

\* Mr. dr. J. (Jan) Gooijer is verbonden aan de Vrije Universiteit Amsterdam, rechter-plaatsvervanger in de Rechtbank Noord-Holland.

1. Zie L.J.A. Pieterse, *Over H.J. Hellema (1900 – 1982)*, Den Haag: Boom Juridisch 2019.
2. H.J. Hellema, *Enkele beschouwingen over actieve belastingpolitiek*, Assen: G.F. Hummelen's boekhandel en elektrische drukkerij N.V. 1949.
3. M.P. van Overbeeke, 'Belastingbeginselen en instrumentalisme: een controverse', in: I.J.J. Burgers & B.G. van Zadelhoff (red.), *"Aan Blokland" Liber Amicorum*, Den Haag: Koninklijke Vermande BV 2002, p. 225-240. Eerder heeft Van Overbeeke dezelfde thematiek aan de orde gesteld. Zie 'Algemene rechtsbeginselen en belastingwetgeving', AA 1991/10, p. 204-210 en 'Instrumentele belastingheffing

Hierna zal ik de genoemde bijdragen van Hellema en Van Overbeeke kort samenvatten en reflecteren op het besprokene. De beperkte omvang van deze bijdrage staat een gedetailleerde uitwerking van de thematiek in de weg. De reflecties kunnen worden beschouwd als een aanzet tot een fiscaal juridisch preadvies.

## 2 ‘Enkele beschouwingen over actieve belastingpolitiek’

‘Er heeft in de laatste 25 jaar een belangrijke verandering plaats gevonden in de opvattingen omtrent het doel van de belastingheffing’, aldus Hellema in de inleiding van zijn referaat. Tot het begin van de twintigste eeuw was de heersende wetenschappelijke opvatting dat belastingheffing slechts één doel mag hebben: de financiering van de overheidsuitgaven. De praktijk is overigens eeuwenlang anders geweest, zo maakt Hellema aannemelijk met tal van voorbeelden van fiscale maatregelen uit het verleden zoals heffingen om het gebruik van schadelijke consumptieartikelen tegen te gaan en invoerrechten op in het buitenland geproduceerde goederen ter bescherming van binnenlandse landbouw of industrie. Maar onder invloed van met name Keynes zijn ook de wetenschappelijke opvattingen omtrent het toegestane gebruik van het belastingmiddel gewijzigd. Belastingheffing mag ook worden ingezet voor andere doelen dan financiering van de overheidsfinanciën en is een middel tot herverdeling van inkomens en vermogens.

In zijn zoektocht naar een juiste omgang met actieve belastingpolitiek – een ‘uiterst moeilijke vraag’<sup>4</sup> – vraagt Hellema expliciet aandacht voor de juridische kant van het vraagstuk, een aspect dat hij veelal mist. ‘Wat in de zeer uitgebreide literatuur opvalt, is, dat er zo weinig aandacht besteed wordt aan de juridische zijde van het vraagstuk. Vele schrijvers achten de meest verstrekkende overheidsmaatregelen verantwoord, mits zij maar aangetoond hebben, dat naar hun oordeel de economische gevolgen wenselijk zijn.’ (p. 23)

Voor Hellema gaat het om een principiële punt, ‘de juiste afbakening van de publiekrechtelijke eisen van het algemeen belang en de rechten van de individuele burger. Heeft het nog wel zin om in de onteigeningswet de aantasting van de particuliere eigendom nauwkeurig te regelen, wanneer de overheid anderzijds door een exorbitante progressie de eigenaar geruisloos van zijn vermogen kan ontdoen?’<sup>5</sup> In het voetspoor van Kuypers en Dooyeweerd wijst Hellema op het belang van de beperking van de overheidstaak. Met veel instemming citeert hij W.P. Berghuis, die in navolging van Dooyeweerd het volgende opmerkte over de rol van de overheid: ‘De reden voor het optreden der overheid is steeds juridisch bepaald, ook wanneer zij bijv. ordening geeft, een bedrijf voert of sociaal-economische ordeningen voor het particuliere bedrijfsleven treft. Een dergelijk optreden is alleen gerechtvaardigd, wanneer het juridisch noodzakelijk is, wanneer het geëist wordt door de gerechtigheid op het terrein van de publieke samenleving binnen het staatsverband en niet wanneer het alleen maar uit sociaal, economisch of cultureel oogpunt nodig is. Wanneer de overheid zich geroepen ziet om in het vrije bedrijfsleven in

en waardig belastingrecht’, in: B. Gijsbertsen & J.W. Kirpestein (red.), *De terugkeer van de mens*, Zoetermeer: Boekencentrum 1999, p. 111-128.

4. Hellema, t.a.p., p. 22.

5. Hellema, t.a.p., p. 24.



te grijpen, dan doet zij zulks niet ten behoeve van de economische verhoudingen zelf en ter verbetering daarvan, maar wegens de uit de bestaande misstanden voor het bedrijfsleven voortvloeiende consequenties. Zij heeft niet voor handhaving der economische normen te zorgen, maar voor de handhaving van die der publieke rechtsorde.<sup>6</sup>

Berghuis heeft deze thematiek overigens uitgewerkt in 1956 in zijn preadvies voor de CJV, getiteld *Rechtsstaat en Welvaartsstaat*.<sup>7</sup> Het voert te ver in detail op dit preadvies in te gaan, maar het fundamentele verschil dat Berghuis signaleert tussen de rechtsstaat en de welvaartsstaat, werpt licht op de terughoudendheid bij Hellema (en ook bij Van Overbeeke, zie hierna) ten aanzien van actieve belastingpolitiek en instrumentalisme in het belastingrecht. De rechtsstaat heeft volgens Berghuis een ander doel dan de welvaartsstaat. De rechtsstaat heeft tot doel het bevorderen van gerechtigheid in de samenleving, de welvaartsstaat dat van stoffelijke welvaartsverzorging, aldus Berghuis. Binnen een rechtsstaat kan bevordering van (sociale) gerechtigheid in de samenleving plaatsvinden met behulp van maatregelen op sociaal of economisch vlak, maar het recht heeft het primaat. In een welvaartsstaat zijn regels van recht middel, afgestemd op de 'welvaarts-verantwoordelijkheid' van de staat. Een 'omkering der dingen' volgens Berghuis.<sup>8</sup>

In het referaat van Hellema resoneren dergelijke gedachten over het primaat van het recht als het gaat om de functie van belastingheffing. Dat belastingheffing wordt gebruikt andere doelen te bereiken dan financiering van de overheidsuitgaven, ontmoet bij Hellema geen principiële bezwaar. Hij vindt dat zelfs een onhoudbaar standpunt. Wel heeft Hellema bedenkingen bij het gebruik van belastingheffing om te komen tot herverdeling van inkomen en bezit. Dat is ten dele ingegeven door overwegingen van praktische aard: fiscale maatregelen moeten algemeen werken en zijn 'dus wel uiterst ongeschikt om tot een meer rechtvaardige verdeling van inkomens en vermogens te komen'.<sup>9</sup> Maar er zijn ook meer fundamentele bezwaren tegen het gebruik van belastingheffing als middel tot herverdeling. Hij wijst op de in zijn ogen funeste werking op het particulier initiatief en de belastingmoraal. Tot slot maant hij tot bescheidenheid. Een gedurfde belastingpolitiek kan de werkloosheid niet uitbannen en geen sociale zekerheid garanderen.

6. W.P. Berghuis, *De begrenzing der overheidstaak*, Referaat V.U. 1947, p. 36, geciteerd door Hellema, t.a.p., p. 25. Overigens heeft Hellema wel oog voor het feit dat men 'uitgaande van de eisen der gerechtigheid tot diametraal tegengestelde conclusies kan komen op grond van fundamentele verschillen in levensbeschouwing.' (p. 26). Dit naar aanleiding van de opvatting van H.J. Hofstra dat het 'hoogste staatsdoel: de sociale gerechtigheid' uiteraard mede het bevorderen van de materiële welvaart door de staat insluit.' (p. 25).

7. W.P. Berghuis, *Rechtsstaat en Welvaartsstaat*, Calvinistische Juristenvereniging 9 mei 1956.

8. Berghuis, t.a.p., p. 22.

9. Hellema, t.a.p., p. 30.

### 3 'Belastingbeginselen en instrumentalisme: een controverse'

In 2002, ruim 40 jaar na het hiervoor besproken referaat van Hellema, stelt Van Overbeeke dezelfde thema's aan de orde.<sup>10</sup> Ook Van Overbeeke hekelt een pure utilitaire omgang met het belastingrecht waarin wettelijke maatregelen gerechtvaardigd worden geacht als ze de gewenste economische effecten bewerkstelligen. Belastingrecht heeft een eigen, intrinsieke waarde. Goed belastingrecht, aldus Van Overbeeke, 'dient aldus onderworpen te zijn aan het primaat van algemene rechtsbeginselen, zoals rechtvaardige, gelijkmatige lastenverdeling over de contribuable'.<sup>11</sup> Instrumenteel gebruik van het belastingrecht – bijvoorbeeld de hypotheekrenteaftrek ter bevordering van het eigenwoningbezit – is volgens Van Overbeeke alleen geoorloofd als andere instrumenten van de overheid niet deugdelijk, doelmatig of onvoldoende beschikbaar zijn en de belangen groot genoeg zijn.

De realiteit is echter anders, zo constateert Van Overbeeke. Belastingheffing wordt gezien als een beleidsinstrument dat kan worden ingezet voor willekeurig ieder doel op basis van doeltreffendheid, doelmatigheid en inpasbaarheid in het stelsel. Het resultaat van dit instrumentele gebruik is belastingweerstand, -ontwijking en -ontduiking; 'ook de burger benadert de wet instrumenteel en calculeert dus zoveel mogelijk in zijn eigen belang'.<sup>12</sup> Daaruit wordt volgens Van Overbeeke duidelijk dat het belastingrecht niet of nauwelijks appelleert aan in de Nederlandse samenleving in het rechtsbewustzijn levende rechtsbeginselen. Rechtsbeginselen zijn voor Van Overbeeke het fundament voor wenselijk belastingrecht. Van Overbeeke voert een pleidooi voor de ontwikkeling van belastingbeginselen waaraan normatieve betekenis moet worden toegekend voor het fiscale rechtsgebied omdat het bij belastingheffing gaat om een rechtvaardige verdeling van de belastingdruk. Als voorbeelden van dergelijke beginselen noemt hij voor de loon- en inkomstenbelasting het gelijkheidsbeginsel en voor het belastingstelsel als zodanig het gemeenschapsbeginsel, uitdrukking van de financiële verhouding tussen staat en burger. Het profijtbeginsel, uitdrukking dat burgers moeten bijdragen naar de mate waarin zij profiteren van overheidshandelen, is daarvan een nadere uitwerking. Beginselgedreven belastingrecht sluit volgens Van Overbeeke instrumenteel gebruik van belastingheffing niet uit, maar hij is nog terughoudender dan Hellema; alleen als de nevendoeleinden niet in strijd zijn met de belastingbeginselen en er geen andere middelen ter beschikking staan, acht hij zulk gebruik geoorloofd.

10. M.P. van Overbeeke, 'Belastingbeginselen en instrumentalisme: een controverse', in: I.J.J. Burgers & B.G. van Zadelhoff (red.), *"Aan Blokland" Liber Amicorum*, Den Haag: Koninklijke Vermande BV 2002, p. 225-240. Eerder heeft Van Overbeeke dezelfde thematiek aan de orde gesteld. Zie 'Algemene rechtsbeginselen en belastingwetgeving', AA 1991/10, p. 204-210 en 'Instrumentele belastingheffing en waardig belastingrecht', in: B. Gijsbertsen & J.W. Kirpestein (red.), *De terugkeer van de mens*, Zoetermeer: Boekencentrum 1999, p. 111-128.

11. Van Overbeeke, t.a.p., p. 228.

12. Van Overbeeke, t.a.p., p. 230.

4 **Reflecties anno 2023**

Het door Hellema en Van Overbeeke aan de orde gestelde is actueel. Belastingheffing is sinds de Tweede Wereldoorlog steeds meer gebruikt voor het bereiken van andere doelen dan het financieren van de overheidsuitgaven.<sup>13</sup> Zo kent de Wet inkomstenbelasting 2001 tal van regelingen ten gunste van ondernemingen, waaronder de zelfstandigenaftrek, de investeringsaftrek, gunstige afschrijvingsregelingen in het kader van investeringen in bepaalde bedrijfsmiddelen en de bedrijfsopvolgingsregelingen. En dat het rechtskarakter van het belastingrecht is veronachtzaamd ten gunste van efficiencyoverwegingen is ook pijnlijk duidelijk geworden door het arrest van de Hoge Raad van 24 december 2021<sup>14</sup> over de strijdigheid van de regeling in box 3 in de inkomstenbelasting met het eigendomsrecht en het gelijkheidsbeginsel.

Deze wat kan worden genoemd economisering van de belastingheffing<sup>15</sup> heeft geleid tot een zeer complex stelsel dat voor belastingplichtigen nauwelijks te begrijpen is en voor de belastingdienst nauwelijks uit te voeren. Onlangs zijn in het kader van het zogenoemde project 'Aanpak fiscale regelingen' 116 regelingen (waaronder de hiervoor genoemde regelingen voor ondernemingen, maar ook bijvoorbeeld de hypotheekrenteaftrek en de giftenaftrek) getoetst op onder andere doeltreffende doelmatigheid en complexiteit in de uitvoering en handhaving. Aanleiding daartoe was de constatering dat fiscale regelingen diverse negatieve effecten hebben:

- fiscale tegemoetkomingen verhogen indirect de belastingdruk voor anderen. Het geld moet ergens vandaan komen;
- het belastingstelsel wordt complex en lastig te begrijpen;
- de uitvoerbaarheid van het belastingstelsel staat onder druk;
- het stelsel wordt kwetsbaar voor oneigenlijk gebruik en belastingconcurrentie; en
- doelen van fiscale regelingen staan op gespannen voet met wat worden genoemd 'stelseldoelen', waaronder belasten naar draagkracht.<sup>16</sup>

Dat laatste bezwaar is in het kader van deze bijdrage met name interessant. Er lijkt voorzichtig weer meer aandacht te komen voor de rechtsgronden van belastingen en aan het stelsel ten grondslag liggende beginselen zoals het draagkrachtbeginsel. Elders wees ik er al op dat de Raad van State naar aanleiding van het Belastingplan 2019 heeft geadviseerd het draagkrachtbeginsel in de motivering van nieuwe regelgeving te betrekken.<sup>17</sup> De Raad noemt het draagkrachtbeginsel 'profielbepalend voor het belastingstelsel' en adviseert 'in de toelichting een beschouwing te wijden aan de vraag op welke manier in het huidige fiscale stelsel voldoende recht wordt gedaan aan het draagkrachtbeginsel en daarbij de samenhang tussen de inkomsten-

13. J.J.M. Jansen, *Het is uit de hand gelopen. Over te ver doorgeschoten instrumentalisering van het belastingrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2011.

14. HR 24 december 2021, nr. 21/01243, ECLI:NL:HR:2021:1963.

15. Tjeenk Willink spreekt over de 'economisering van de publieke taak'. H.D. Tjeenk Willink, *Tot zover ben ik gekomen. Herman Tjeenk Willink-lezing 2022*, Raad van State 2 juni 2022, p. 24.

16. Brief van de staatssecretaris van Financiën van 7 juli 2023, nr. 2023-162264, met diverse bijlagen. Voor een bespreking van het rapport: P. Kavelaars, 'Operatie "opschonen"', *NTRF* 2023/1251.

17. J. Gooijer, 'ESG-standaarden als toetsingskader voor fiscale wetgeving', *NTRF* 2022/216.

belasting en de toeslagen uitdrukkelijk in de beschouwing te betrekken.<sup>18</sup> Ook in de discussie over de vormgeving van belastingheffing op vermogen en/of inkomen daaruit, wordt opnieuw aandacht gevraagd voor het draagkrachtbeginsel.<sup>19</sup>

Een andere ontwikkeling die mijns inziens vraagt om een nieuwe doordenking van de normatieve uitgangspunten van het belastingstelsel, betreft de introductie van milieu- en energieheffingen en andere fiscale vergroeningsmaatregelen. Grapperhaus leidde al in 1995 uit ontwikkelingen in wet- en regelgeving af dat naast het profijtbeginsel en het draagkrachtbeginsel ‘een derde maatstaf voor de heffing van de belastingen gestalte [begint] te krijgen, te weten de schade, welke de natuurlijke of rechtspersoon door zijn – overigens legale – deelneming aan het productieproces aan de samenleving berokkent en waarvoor hij, in de gevallen die zich daarvoor lenen, een vergoeding in de vorm van belasting betaalt’.<sup>20</sup>

Het ‘de vervuiler betaalt-beginsel’, naar het belastingrecht overgewaaid uit het (internationale) milieurecht, is niet slechts op economische, efficiëntieoverwegingen gebaseerd, maar eveneens op noties van verdelende rechtvaardigheid: door productie en consumptie opgeroepen milieu- en klimaatkosten moeten niet voor rekening komen van degene wiens eigendomsrecht wordt aangetast. Eerder heb ik uiteengezet dat dit uitgangspunt van verdelende rechtvaardigheid kan dienen als een van de fundamenteën van het belastingstelsel.<sup>21</sup> Productie en consumptie die leiden tot aantasting van milieu en tot klimaatverandering, leiden – daardoor – tot aantasting van collectieve en persoonlijke eigendomsrechten. Voor zover de staat uitgaven doet om de schade te voorkomen of te herstellen, brengt het ‘de vervuiler betaalt-beginsel’ mee dat deze uitgaven voor rekening moeten komen van de veroorzakers van de schade en niet moeten worden gedragen door de gemeenschap als geheel. De manier waarop het beginsel uitdrukking vindt in het belastingstelsel als zodanig en in concrete belastingen in het bijzonder, is afhankelijk van normatieve opvattingen omtrent de relatie tussen individu, gemeenschap en staat en – dus – van politiek-filosofische en levensbeschouwelijke opvattingen omtrent recht en gerechtigheid.

Ieder tijdperk plaatst ons voor nieuwe vraagstukken, aldus Hellema. ‘Telkenmale wanneer wij voor concrete vragen van de dag gesteld worden, ervaren wij hoe beperkt onze kennis is, hoe zeer wij behoefte hebben aan een dieper doordringen in een nadere bepaling van onze beginselen.’<sup>22</sup> Ik vermoed een glanzende toekomst voor de CJV, ook op het terrein van het belastingrecht.

18. *Kamerstukken II 2018/19*, 35026, nr. 4, p. 8. Zie voor een operationele uitwerking van het draagkrachtbeginsel bijvoorbeeld het naar aanleiding van een motie Omtzigt samengestelde Rapport Commissie Draagkracht (*Kamerstukken II 2020/21*, 35572, V). Zie over het rapport ook L.G.M. Stevens, ‘Commissie Draagkracht analyseert kwetsbaarheden in inkomensbeleid’, *WFR 2021/77*. Voor een uitgebreide uiteenzetting over het draagkrachtbeginsel en de uitwerking daarvan zie L.W.D. Wijtvliet, ‘Het draagkrachtbeginsel en andere verdelingsbeginselen: gedachten over hun invulling, rol en betekenis voor belastingheffing’, *WFR 2021/21*, p. 386.

19. S. Cnossen & B. Jacobs, ‘Problemen met een partiële vermogensaanwasbelasting’, *WFR 2023/178*.

20. F.H.M. Grapperhaus, ‘Belasting op productiefactoren’, *WFR 1995/1525*. Zie mijn eerdere bespreking in ‘Herkansing voor de Duurzame Ondernemingsaftrek?’, *NIFR 2020/2986*.

21. J. Gooijer, ‘“De vervuiler betaalt” als beginsel van Nederlands belastingrecht’, *WFR 2022/144*.

22. Hellema, t.a.p., p. 26.

## Preadviezen CJV (1922-2022)

- 2022 | M. Hirsch Ballin – Responsief strafprocesrecht in een netwerk van rechtsbetrekkingen
- 2021 | J.L.W. Broeksteeg – Staatsrecht tussen eenheid en pluriformiteit
- 2019 | W.H. van Boom – Norm en normativiteit in het vermogensrecht
- 2018 | J.W. Rutgers – Kanttekeningen bij toetsing van algemene voorwaarden in de platformeconomie (concept)
- 2017 | J.R. Groen – Honderd jaar onderwijspacificatie
- 2016 | H. Battjes, E. Brouwer, L. Slingenberg & T. Spijkerboer – The Crisis of European Refugee Law: Lessons from Lake Success
- 2015 | P.S. Bakker – Rechtsgemeenschapconforme uitleg van contracten
- 2014 | F. Schols – Samenlevers-erfrecht? Waar een wil is, is een weg
- 2013 | B. Wessels – De onafhankelijkheid van de faillissementscurator
- 2012 | S.E. Zijlstra – De waarde van wetgevingstechniek
- 2011 | W.A. Zondag – Religie in de arbeidsverhouding
- 2010 | A. Soeteman – Weten we wel wat recht is?
- 2009 | N. Rozemond – Begrensd vertrouwen. Mensenrechtenbescherming bij uitlevering en overlevering
- 2008 | R.P.J.L. Tjittes – Islamitisch financieren in Nederland
- 2007 | B.C. Labuschagne – Recht en religie
- 2006 | N.J. Schrijver – Na ons de zondvloed?
- 2005 | D.W.J.M. Pessers – Menselijke waardigheid en het persoonsbegrip in het recht
- 2004 | A.H.M. Dölle & J.W. Sap – Directe democratie
- 2003 | H.J. Kluiver – Corporate Governance en bestuur van privaatrechtelijke organisaties: principes en praktijk
- 2002 | B.P. Vermeulen, H. Battjes & T.P. Spijkerboer – Naar een Europees asielrecht
- 2001 | A.K. Koekkoek – Rechter en bestuur in constitutioneel perspectief
- 2000 | A. Soeteman – De droom van recht. Zijn rechten nog van deze eeuw?
- 1999 | E.M.H. Hirsch Ballin – Netwerken van rechtsontwikkeling
- 1998 | P. de Haan – Het moderne bestuursrecht en de verhouding publiek-privaatrecht
- 1997 | J.P.H. Donner – Grenzeloos recht. De veranderende plaats en functie van het recht
- 1996 | J.W. Sap – Protestantisme en democratie in Massachusetts, 1630-1780
- 1995 | J.P. Balkenende – Verantwoordelijkheid en recht
- 1994 | J.W. Fokkens – Tussen due process of law en crime control
- 1993 | H.W.K. Kaspersen – De computer als rechter(s)hand
- 1992 | P.W.C. Akkermans & A. Postma – ‘Stellingen debat over de vrijheid van onderwijs’
- 1991 | T.J. van der Ploeg – Recht in het maatschappelijk middenveld
- 1990 | J.J. Oostenbrink – Verschuivende grenzen en omstreden grenscorrecties

- 1989 | J. Remmelink – Luther en het strafrecht
- 1988 | J.A. Winter – Doordringend recht. De invloed van het Gemeenschapsrecht op de nationale rechtsorde
- 1987 | H.J. de Ru – Staat, markt en recht. De gevolgen van privatisering voor het publieksrecht
- 1986 | E.C.M. Jurgens & N. van Lingen – Omroepsrecht en auteursrecht. Nieuwe ontwikkelingen in informatie- en communicatierecht
- 1985 | J. de Graaf, W.C.M. Klijn, C. van der Meer, Ch.J. Enschedé & T.M. Schalken – Euthanasie: recht, ethiek en medische praktijk
- 1985 | A.K. Koekkoek – De onderlinge verhouding van grondrechten
- 1984 | J.W. Fokkens & G.E. Mulder – Tussen crime control en due process of law. Beschouwingen over de rechtsbescherming van de verdachte
- 1983 | W.J. van Bennekom – Vreemdelingenbeleid en het concept van de rechtsstaat
- 1982 | F.W. Grosheide – Eigendom in de overgang?
- 1981 | P.L. Dijk – Identiteit en rechtspersoon
- 1980 | In dit jaar is niet vergaderd
- 1979 | J. van Baars – Kan ons recht ons milieu aan?
- 1978 | H. Nijenhuis – Erfrecht in het gezin
- 1977 | J.E. Doek & G.E. Mulder – Kinderstrafrecht. Enige beschouwingen over de grondslagen en de toekomst van een strafrecht van bijzondere aard
- 1976 | L. Oranje – De politieke verantwoordelijkheid voor het vervolgingsbeleid
- 1975 | A.J. Hoekema – Openbaar bestuur en burger, voorzover zij elkaar uitsluitende tegendelen zijn geworden
- 1975 | N.W. de Smit – Het dilemma van de ‘witte macht’
- 1975 | J.H. Grosheide – Wat draagt de gezagsdrager?
- 1974 | J.F. Rang – Gezondheidsrecht in ontwikkeling
- 1973 | J.P. Verheul – Rechtsvinding in het internationaal privaatrecht
- 1973 | P. Borst & A. Schenkeveld – Vijftig jaren Calvinistische Juristen Vereniging
- 1972 | G.E. de Jongste – Ruimtelijke ordening en het landelijk gebied
- 1971 | T.P. van der Kooy – Economische macht en verantwoordelijkheid
- 1970 | J. de Ruiters – Oude en nieuwe taken van de burgerlijke rechter
- 1969 | G. Kuypers – De verhouding van regering, staten-generaal en kiezer
- 1968 | P.H. Kooijmans – Op het grensgebied van internationaal en nationaal recht. De verjaring van internationale misdrijven
- 1967 | H.J. Hommes – De betekenis van de Algemene Rechtsbeginselen voor de Rechtspraktijk
- 1966 | P. Achterhof – Recht en Belang in de Ruimtelijke Ordening
- 1965 | G.H.A. Schut – Produkten-aansprakelijkheid
- 1964 | W.J.E. van den Bos – Medezeggenschap van de werknemers in de onderneming
- 1964 | G.C. van Dam – Werknemer, ondernemer en rechtsvorm
- 1963 | Chr. Kooij – E.E.G.-Kartelrecht in ontwikkeling
- 1962 | J. Donner – Plaats en taak van de Hoge Raad der Nederlanden
- 1961 | A.M. Donner – De plaats der Staten-Generaal in het hedendaagse staatsrecht
- 1960 | H. Bianchi – De strafrechter en de bescherming der samenleving
- 1959 | H.J. Zweers – Opmerkingen over verantwoordelijkheid naar christelijk beginsel in vermogensrechtelijke verhoudingen, speciaal in het huwelijk

- 1958 | Gerh. Verburg – Enige aspecten van het vraagstuk ‘schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad’
- 1957 | J.J. de Jong – Staat en partij
- 1956 | W.P. Berghuis – Rechtsstaat en Welvaartsstaat
- 1955 | A.M. Donner – Het achtste hoofdstuk der Grondwet
- 1954 | J. Verdam – Enkele opmerkingen nieuwe B.W.
- 1953 | S. Gerbrandy – Recht, Rede en Openbaring
- 1952 | D. Schut – Calvinistische beginselen en burgerlijk procesrecht
- 1951 | P. Borst – Medezeggenschap der arbeiders in de onderneming m.b.t. economische aangelegenheden
- 1950 | J.A.H.J.S. Bruins Slot – Een Europese Federatie
- 1949 | A.W. Kamminga – Tuchtrect
- 1948 | J. van Aartsen – Publiekrechtelijke Bedrijfsorganisatie
- 1947 | G.J. Lammers – De Rijksconstitutie
- 1946 | A.M. Donner – Enkele opmerkingen over den Christelijke Staat
- 1945 | In dit jaar is niet vergaderd
- 1944 | Joh.H. Scheurer – Geleide economie
- 1943 | V.H. Rutgers – Nulla poena sine lege
- 1942 | T. de Jong Tzn. – Misbruik van Recht
- 1941 | V.H. Rutgers – Toetsingsrecht?
- 1941 | G.H.A. Grosheide – De opleiding van den jurist
- 1940 | J. Verdam – Het echtscheidingsvraagstuk
- 1939 | A. Hoekema – Maatschappij-organen met verordenende bevoegdheid
- 1938 | E.J. Beumer – Strafrechtsvragen
- 1937 | L.W.G. Scholten – Het beginsel der vrijheidsrechten
- 1936 | H. van Haeringen – De ontwikkeling van het privaatrecht in onze eeuw
- 1935 | J.A.H.J.S. Bruins Slot – Staat en Partijwezen
- 1934 | J. Donner – Rechtsbescherming tegen de Overheid
- 1933 | J.A. de Wilde – Annexatie van gemeenten
- 1932 | H. Colijn – Hoofdlijnen onzer koloniale politiek
- 1931 | L.W.G. Scholten – Overheid en conscientiebezwaren
- 1930 | J.W. Noteboom – Overheid en Godslastering
- 1929 | J.J. de Waal Malefijt – De Overheid en de particuliere eigendom
- 1928 | V.H. Rutgers – Beginselen van Huwelijkswetgeving
- 1927 | A.C.G. van Proosdij – Huwelijksrecht
- 1926 | A. Anema – Antirevolutionaire beginselen en internationale verhoudingen
- 1925 | H. Dooyeweerd – Calvinisme en Natuurrecht
- 1924 | P.S. Gerbrandy – Lijkverbranding
- 1923 | Th.G. Donner – De autonomie der Gemeenten
- 1922 | H.H. Steneker – Vragen der Collectieve Arbeidsovereenkomst

