

g.c.

LDK 95

# Drie typen van rechtsvinding

door

Mr. G.J. Wiarda

Derde herziene druk



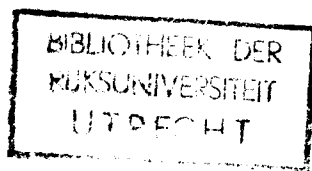
1988

W.E.J. TJEENK WILLINK – ZWOLLE

RIJKSUNIVERSITEIT TE UTRECHT



1800 7595



ISBN 90 271 2855 3

Omslagontwerp: Ebe van der Meer vgn

© 1988 W.E.J. Tjeenk Willink B.V., Zwolle

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag 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 uitgeverij W.E.J. Tjeenk Willink te Zwolle.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16B Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij Besluit van 23 aug. 1985, Stb. 471, en art. 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

CIP-GEGEVENS KONINKLIJKE BIBLIOTHEEK, DEN HAAG

Wiarda, G.J.

Drie typen van rechtsvinding / door G.J. Wiarda. — Zwolle : W.E.J. Tjeenk Willink

Oorspr. verschenen in: Een bundel gedachten : jubileumuitgave W.E.J. Tjeenk Willink 1/5/1838-1/5/1963. — 1963.

Met lit. opg.

ISBN 90-271-2855-3

SISO 393.7 UDC 340.13 NUGI 691

Trefw.: rechtsvinding.

# Voorwoord

## *Bij de eerste druk*

'Drie typen van rechtsvinding' werd aanvankelijk gepubliceerd als bijdrage in de in 1963 ter gelegenheid van het 125-jarig bestaan van de NV Uitgeversmaatschappij W.E.J. Tjeenk Wilink verschenen jubileumbundel.

Op verzoek van de uitgever bewerkte ik deze bijdrage voor een nieuwe, thans als afzonderlijke publikatie te verschijnen uitgave.

De opzet van het oorspronkelijke opstel bleef gehandhaafd, en zo is het grotendeels ook met de tekst, behoudens enige retouches en een aantal aanvullingen als reactie op de sinds 1963 over rechtspraak en rechtsvinding in een, naar het schijnt, nog steeds wassende stroom verschenen literatuur. Op een zelfs bij benadering volledige verwerking daarvan kan de nieuwe versie echter evenmin aanspraak maken als dit met de oorspronkelijke het geval was ten aanzien van hetgeen reeds destijds over het onderwerp van dit geschrift werd gepubliceerd.

Het zijn de – vaak toevallig gekozen – lectuur en de bezinning op het dagelijkse werk die in dit boekje hun weerslag hebben gevonden.

De schrijver is er zich van bewust dat de figuur van zijn leermeester Paul Scholten daarbij nooit ver uit zijn gedachten is geweest. Van hetgeen in Nederland over rechtsvinding werd gepubliceerd blijft zijn thans reeds meer dan veertig jaar geleden verschenen Algemeen Deel van de Asser-serie naar mijn smaak veruit het belangrijkste. Op de liberalisatie van het rechtsvindingsproces heeft het een moeilijk te overschatten invloed gehad. Dat sindsdien de rechter over een nog vrijere armslag is gaan beschikken dan reeds Scholten hem wilde toekennen is gevolg van een door de rechtspraak, maar vooral ook

door de wetgever bepaalde rechtsontwikkeling die ertoe heeft geleid dat onder het door de rechter toe te passen normenmateriaal de zogenaamde vage rechtsnormen, ook wel blanco normen genoemd, een steeds grotere plaats zijn gaan innemen. Het is vooral de bezinning op de daaraan verbonden problematiek die tot het schrijven van 'Drie typen van rechtsvinding' heeft geleid.

W.

### *Bij de tweede druk*

Sinds dit boekje in 1972 als afzonderlijke publikatie in zijn eerste druk uitkwam, zijn verscheidene malen ongewijzigde herdrukken verschenen. Nadat dit de laatste maal geschiedde, leek het mij, gezien de vele ontwikkelingen, die zich met betrekking tot de rechtsvindingsproblematiek in de rechtspraak en in de wetgeving hadden voorgedaan, gezien ook de in omvang steeds toenemende literatuur, niet verantwoord om daarmee op deze voet door te gaan. Vandaar deze nieuwe thans in vrij aanmerkelijke mate herziene druk.

Al werkende aan de noodzakelijke aanvullingen, waartoe ik mij aanvankelijk had willen beperken, ben ik er geleidelijk toe gekomen veel van de oorspronkelijke tekst geheel te herschrijven. Vooral in de paragrafen 5, 6, 7 en 12, waarvan de laatste thans geheel is gewijd aan het in de vorige druk nauwelijks behandelde onderwerp van de marginale toetsing, zal men weinig van de oude tekst terugvinden; paragraaf 13 die betrekking heeft op hetgeen ik ook in de vorige druk als de vergelijkingsmethode heb aangeduid, heeft de oorspronkelijke strekking behouden, maar is aanmerkelijk aangevuld.

Evenmin als dit bij de vorige druk het geval was, moet men van dit boekje een volledige behandeling van de theorie van de rechtsvinding verwachten; ook de daarin gegeven verwijzingen naar verdere literatuur geven slechts een beperkte indruk van hetgeen over deze materie is en nog voortdurend wordt gepubliceerd.

Van de drie typen van rechtsvinding heeft de behandeling van de rechtspraak op de grondslag van vage normen en de

vraag hoe met betrekking tot die rechtspraak de objectieve, hier als heteronoom aangeduide, elementen kunnen worden versterkt, het zwaarste accent behouden.

W.

### *Bij de derde druk*

Van 'Drie typen van rechtsvinding' zijn na de tweede druk van 1980 enige malen ongewijzigde herdrukken uitgekomen. De tijd voor een nieuwe herziening lijkt thans aangebroken. Dat deze het licht zal zien ten tijde van het 150-jarig bestaan van W.E.J. Tjeenk Willink bv, terwijl de eerste publikatie van dit tot een boekje uitgegroeide opstel verscheen ter gelegenheid van het 125-jarig bestaan van deze uitgeverij, is een coïncidentie die mij genoegen doet.

Er hebben zich in de afgelopen jaren belangrijke rechtsontwikkelingen voorgedaan, die mede van invloed zijn geweest op hetgeen als het hoofdthema van dit geschrift kan worden beschouwd, te weten de verhouding tussen de daarin beschreven drie typen van rechtsvinding en de tussen die typen opgetreden en steeds verder optredende verschuivingen, waardoor de autonome elementen in de rechterlijke werkzaamheid een steeds sterker accent lijken te hebben gekregen.

Veel van hetgeen, toen de 'Drie typen van rechtsvinding' in 1963 voor het eerst werd gepubliceerd, wellicht nog als nieuw kon worden beschouwd, is inmiddels gewoon en vanzelfsprekend geworden.

De verschuivingen waarop ik destijds, thans 25 jaar geleden, de aandacht heb willen vestigen, hebben zich in een, dunkt mij, versneld tempo voortgezet en in de sindsdien verschenen herziene drukken heb ik getracht deze zoveel mogelijk bij te houden. Daartoe is in de thans verschijnende herdruk opnieuw een poging gedaan.

Aanvulling leek daarbij onder meer noodzakelijk door de vooral de laatste jaren steeds verder toegenomen invloed van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens, ook op de rechtsvinding van het nationale recht. Rechtsbeginselen, algemene beginselen van behoorlijk bestuur en an-

dere min of meer onbepaalde rechtsnormen lijken bij de rechtsvinding een steeds grotere plaats te gaan innemen. Nieuw is dat zij thans ook bij de rechterlijke controle van algemeen verbindende voorschriften een rol beginnen te spelen.

De opzet van deze herziene druk is intussen in hoofdzaak dezelfde gebleven. Op nieuwe rechtsontwikkelingen, als welke hierboven aangegeven, is de aandacht gevestigd, voorbeelden zijn hier en daar geactualiseerd, terwijl ook op nieuwe literatuur is gewezen. Evenmin als dit bij de vorige drukken het geval is geweest, heb ik daarbij naar volledigheid kunnen streven.

Het is mij ten slotte een behoefte mijn dank te betuigen aan mijn zoon mr. J.J. Wiarda en aan mijn schoonzoon prof. mr. A.J.O. baron van Wassenaer van Catwijck voor de hulp die ik van hen bij de voorbereiding van deze nieuwe herziene druk heb mogen ondervinden.

W.

# Inhoudsopgave

Voorwoord	5
1. De drie typen van rechtsvinding bij Montesquieu	13
2. Robespierre en Portalis	16
3. De scala van mogelijkheden tussen heteronome en autonome vormen van rechtsvinding	19
4. Recht en regel	32
5. De verschuiving van meer heteronome naar meer autonome vormen van rechtsvinding; invloed daarbij van doctrine, rechtspraak, wetgeving en verdragsrecht	37
5.1. De invloed van de doctrine	38
5.2. De invloed van de rechtspraak	42
5.3. De invloed van de wetgeving; het nieuwe Burgerlijk Wetboek	50
5.4. De invloed van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden	64
6. Korte excursie naar rechtsgebieden buiten het burgerlijk recht; algemene beginselen van behoorlijk bestuur	79
7. Suggesties voor een verklaring van de beschreven ontwikkeling	92

8. Enige bedenkingen tegen de beschreven ontwikkeling	97
9. Streven naar objectivering bij de toepassing van vage rechtsnormen	105
10. 'Algemeen erkende rechtsbeginselen' en 'in het Nederlandse volk levende rechtsovertuigingen'; topica	108
11. Marginale toetsing	115
12. De vergelijkingsmethode	131
13. Besluit	144



*Rechtens als spreekbuis der wet, als wetsvertolkers en  
als 'goede mannen' oordelend naar billijkheid.*

# 1. De drie typen van rechtsvinding bij Montesquieu

In zijn 'De l'esprit des lois' geeft Montesquieu een beeld van de verschillende typen van staatsinrichting die hij kent of denkbaar acht.

Van elk type worden de kenmerken beschreven en de maatschappelijke gevolgen. Zo behoort bij elk der beschreven typen ook een daarbij passend type van rechtspraak en rechter.

Bovenaan staat voor Montesquieu de 'république', naar zijn opvatting het type van de ideale staat, waar welomschreven wetten en daaraan strikt gehoorzamende rechters een welhaast volkomen rechtszekerheid waarborgen. 'Plus le gouvernement approche de la république plus la manière de juger devient fixe'.<sup>1</sup> De rechter past de wet toe en doet dat naar de letter. 'Dans l'état républicain il est de la nature de la constitution que les juges suivent la lettre de la loi'. En wanneer later de plaats van de rechter in de inrichting van de staat nogmaals in ander verband wordt beschreven, wordt hij zo mogelijk nog verder geautomatiseerd: 'Les juges de la nation ne sont que les bouches qui prononcent les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur'.<sup>2</sup>

---

1. De l'esprit des lois, VI, 3.

2. Idem, XI, 6. Welke voorstelling voor Montesquieu verbonden was aan deze kenschets van de 'juges de la nation' verdient zonder twijfel nadere overweging na de dissertatie van K.M. Schönfeld over Montesquieu en 'la bouche de la loi' (Leiden 1979). Schönfeld geeft daar sterke argumenten voor de opvatting dat de oorsprong van deze beeldspraak niet is terug te voeren op de tegenstelling tussen vrije en gebonden rechtspraak, maar op de vraag of de toepassing en de uitlegging van de wet — het zijn van 'bouche de la loi' — in laatste instantie aan de rechter dan wel aan de koning behoort te worden voorbehouden.

Hoe dit zij, de door Montesquieu in boek XI, hoofdstuk 6 gebruikte ter-



Recht tegenover de 'république' staat in dit opzicht 'l'état despotique'; voorbeeld daarvan is 'la Turquie', een land dat voor onze voorouders als ideologische tegenpool waarschijnlijk zo ongeveer dezelfde functie vervulde als het Rusland van Stalin voor ons. In 'l'état despotique' bestaan geen wetten; de rechter oordeelt naar zijn persoonlijke appreciatie van elk individueel geval eigenmachtig en arbitrair. 'Dans les états despotiques il n'y a pas de lois; le juge est lui-même sa règle.'

Tussen 'l'état républicain' en 'l'état despotique' staat 'l'état monarchique', waarbij Montesquieu ongetwijfeld dacht aan het Frankrijk van zijn dagen. De bij dit type behorende rechter is eveneens een tussenfiguur. 'Dans les états monarchiques il y a une loi; là où elle est précise le juge la suit; là où elle ne l'est pas, il en cherche l'esprit.'

Tegenover de volstrekt heteronome rechtsvinding in de ideale 'état républicain' staat aldus de volstrekt autonome in de verwerpelijke 'état despotique'; en daar tussen, in de 'état monarchique', de staat van de werkelijkheid waarin Montesquieu leefde en ook zelf als rechter werkzaam is geweest, bestaat een systeem van rechtspraak, waarin zowel heteronome als autonome elementen voorkomen; een systeem waarin precieze wetten worden gevonden die de rechter automatisch kan volgen, en ook minder precieze die hij niet zo maar kan toepassen, maar eerst moet interpreteren, door naar haar 'esprit' te zoeken. Naast de spreekbuis van de wet is de rechter hier ook haar vertolker.

Wie over rechtsvinding nadenkt, zal beseffen dat elk der door Montesquieu beschreven typen een bepaald aspect van de rechterlijke functie weergeeft; dat rechters soms inderdaad niet meer dan de spreekbuis van de wet behoeven te zijn; soms aan haar toepassing een meer of minder vrije vertolking, interpretatie, vooraf moeten laten gaan; soms ook bij gebrek aan concrete wettelijke maatstaven zozeer op eigen rechtsbesef zijn

---

→ minologie van 'les bouches de la loi', is, waar die term ook vandaan komt, sindsdien terecht of ten onrechte de klassieke uitdrukking gebleven voor de hetzij bewonderde hetzij gesmade vorm van rechtspraak waarin de rechterlijke taak in niet anders bestaat dan in een strikte toepassing van de altijd duidelijke woorden van de wet. Zo blijf ook ik in dit boekje die term voor dit type van rechtsvinding gebruiken.

aangewezen, dat zij, zo men al niet wil denken aan de Turkse rechters, zoals Montesquieu zich die voorstelde, het best kunnen worden vergeleken met onze in artikel 1054 Rv. bedoelde scheidslieden, die oordelen als 'goede mannen naar billijkheid'.

De wijze, waarop zich deze aspecten in hun onderlinge verhouding voordoen, waarop in de rechterlijke functie heteronome en autonome elementen telkens zijn gemengd, is van tijd en plaats afhankelijk.<sup>3</sup>

In de hierna volgende beschouwingen wordt getracht daarvan voor onze tijd en ons land een beeld te geven; een bewegend beeld waarin zichtbaar wordt dat zich in de factoren die de rechtsvinding van de rechter bepalen, een verschuiving van de meer heteronome naar de meer autonome voltrekt; een verschuiving die meebrengt dat de rechter steeds minder fungeert als spreekbuis van de wet en als wetsvertolker steeds vrijer optreedt, terwijl de taken die hem door de wetgever worden opgedragen steeds vaker gelijkenis vertonen met de opdracht aan een naar billijkheid oordelende scheidsmansman.

---

3. Interessante historische beschouwingen hieromtrent geeft J.P.A. Coopmans in *Vrijheid en gebondenheid van de rechter vóór de codificatie*, opgenomen in de bundel 'Rechtsvinding', opstellen aangeboden aan Prof. dr. J.M. Pieters, Deventer 1970.

## 2. Robespierre en Portalis

Bekend is dat het tot de idealen van de Franse revolutie behoorde het bij Montesquieu's 'république' behorende type van rechtspraak, waarin de rechter enkel spreekbuis der wet zou zijn, tot werkelijkheid te maken door een wetgeving tot stand te brengen die de rechtsvinding als een automatisch proces zou kunnen doen verlopen, door de aanstelling ook van rechters die zich in de rol van 'êtres inanimés' zouden willen schikken. Utdrukking vond dit streven onder meer in de bekende uitroep van Robespierre: 'Le mot de jurisprudence doit être effacé de notre langue; dans un pays qui a une constitution, une législation, la jurisprudence ce n'est autre chose que la loi'.<sup>4</sup>

Consequentie daarvan was dat, voor zover dan toch nog met een mogelijke onvolmaaktheid van die 'législation' zou moeten worden rekening gehouden, deze toch nog in enig opzicht interpretatie zou behoeven, die interpretatie niet aan de rechter, maar aan de volksvertegenwoordiging moest worden toevertrouwd. Vandaar de instelling van het Tribunal de Cassation (waaruit zich later de Cour de Cassation ontwikkelde), aanvankelijk niet als deel van de rechterlijke macht, maar als orgaan van het wetgevend lichaam, een orgaan dat in bepaalde gevallen zelfs verplicht was op de wetgevende vergadering zelf terug te vallen teneinde een authentieke interpretatie van de wet te vragen.<sup>5</sup>

Ook de codificatie van de wetgeving welke in die zelfde tijd met kracht ter hand werd genomen, berustte, gelijk bekend, op dezelfde gedachte.

Dit alles is geschiedenis en lang achterhaalde geschiedenis; hoe spoedig achterhaald blijkt uit de bekende en terecht be-

---

4. Aangehaald in Scholten, *Algemeen Deel*, p. 3.

5. D.J. Veegens, *Cassatie in burgerlijke zaken 2*, Zwolle 1971, p. 7 e.v.

wonderde redevoering welke op '24 thermidor an 8' werd uitgesproken door Portalis ter gelegenheid van de aanbieding van het ontwerp van de Code Civil, als onderdeel van de grote codificatie, waaraan men werkte.<sup>6</sup>

Een scherper reactie op de gedachtengang welke de revolutie juist door de codificatie had trachten te verwerkelijken, is nauwelijks denkbaar.

De wet is noodzakelijk onvolledig, omdat de wetgever niet alles kan overzien, nog minder alles kan voorzien: 'Un code quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé que mille questions inattendues viennent s'offrir au magistrat. Car les lois, une fois rédigées demeurent telles qu'elles ont été écrites. Les hommes au contraire, ne se reposent jamais.'

Vandaar dat 'une foule de choses' moet worden overgelaten aan 'l'arbitrage des juges'.

Scherp wordt stelling genomen tegen de gedachte dat het de taak van de volksvertegenwoordiging zou zijn de wetten te interpreteren; interpretatie is rechterlijk werk en bestaat 'à saisir le vrai sens des lois, à les appliquer avec discernement, et à les suppléer dans les cas qu'elles n'ont pas réglés;' (...) 'Forcer le magistrat de recourir au législateur, ce serait admettre le plus funeste des principes.'

Dan volgt een uiteenzetting van de verschillen tussen de taak van de wetgever en de taak van de rechter. Er is een 'science pour les législateurs' en er is een 'science du magistrat'. De législateur geeft slechts algemene regelen: 'il considère les hommes en masse, jamais comme particuliers'; ware het anders 'il faudrait journellement faire de nouvelles'. De 'science du magistrat' bestaat niet in de automatische toepassing van hetgeen de wetgever hem voorschrijft; neen, al stelt de wetgever de 'principes' vast die hij 'les plus favorables au bien commun' acht, taak van de rechter is het 'de mettre ces principes en action, de les ramifier, de les étendre, par une application sage et raisonnée, aux hypothèses privées; d'étudier l'esprit de la loi quand la lettre tue' en zich vooral te hoeden voor het gevaar

---

6. Fenet, Recueil complet des Travaux préparatoires du Code Civil, I, p. 462 e.v.; ook opgenomen in Over Codificatie, van voor Portalis tot na Meijers, van de hand van H. Cohen Jehoram, Deventer 1968, p. 19 e.v.

'd'être tour à tour esclave et rebelle, et de désobéir par esprit de servitude'.

Het is dan ook bepaald niet zo dat de rechtspraak simpel 'l'application d'un texte précis' is; zij is veeleer 'la combinaison de plusieurs textes qui conduisent à la décision bien plus qu'ils ne la renferment'; daarom (het schijnt direct gericht tegen het zo straks aangehaalde woord van Robespierre): 'on ne peut plus se passer de jurisprudence que de lois'.

En dan tenslotte dat bekende woord dat overeenkomt met wat bij ons door Scholten werd bedoeld waar hij spreekt van het 'open systeem van het recht'<sup>7</sup>, systeem waaraan eigenlijk elke rechterlijke uitspraak als zelfstandig element iets nieuws toevoegt: 'Les codes des peuples se font avec le temps; mais, à proprement parler, on ne les fait pas.'

Zelden zijn dunkt mij, voor de verhouding tussen de gebondenheid van de rechter aan de wet en de vrijheid van de rechter tegenover de wet, tussen de heteronome en de autonome trekken in de rechterlijke functie zo gelukkige formuleringen gevonden. Zij brengen denkbeelden tot uitdrukking die met de thans gangbare sterk verwant zijn, hetgeen opmerkelijk is, indien wordt bedacht dat tussen de tijd waarin de 'discours préliminaire' werd uitgesproken, en onze tijd een periode van legisme en positivisme heeft gelegen, waarin de rechtspraak naar onze indruk niet steeds is ontkomen aan het gevaar 'de désobéir par esprit de servitude'.

---

7. Algemeen Deel, p. 100.

### 3. De scala van mogelijkheden tussen heteronome en autonome vormen van rechtsvinding

Overzien wij de scala van mogelijkheden tussen een volstrekt heteronome naar een volstrekt autonoom schijnende rechtsvinding, tussen rechtspraak waarin de rechters inderdaad niet meer zijn dan 'bouches qui prononcent les paroles de la loi' en rechtspraak waarbij de rechter 'sa propre règle' schijnt, dan is daarbij uiteraard de betekenis van de wet als veruit de belangrijkste heteronome factor bij alle rechterlijk werk ons uitgangspunt.

Het is goed daarbij voorop te stellen dat het met de meeste wettelijke voorschriften gelukkig nog altijd zo is gesteld dat zij zo duidelijk zijn dat zij bij hun toepassing geen enkele moeilijkheid opleveren en hoogstens bij het optreden van uitzonderlijke, atypische, situaties een rechtsvindingsprobleem scheppen. Niet zelden kan daarom het denkproces waardoor de rechter tot zijn beslissing komt, beantwoorden aan hetgeen Montesquieu als ideaal voor ogen stond. Zaken waarbij dat het geval is, komen in de rechtspraktijk in ieder geval heel wat meer voor dan dit zou kunnen toeschijnen aan wie zich van die praktijk alleen een voorstelling zou trachten te vormen door kennisneming van hetgeen in de Nederlandse Jurisprudentie wordt gepubliceerd. Men denke, voor wat burgerlijke zaken betreft, alleen maar aan verstekvonnissen en ook aan die vonnissen op tegenspraak geweest, waarin alleen over feitelijke geschilpunten wordt gestreden. Ook beslissingen over feiten kunnen moeilijk zijn, maar, afgezien van de toepassing van de regels die op de bewijslevering betrekking hebben, stellen zij de rechter voor andere problemen dan die welke de rechtsvinding betreffen. Zijn slechts feitelijke geschilpunten in geding en kan over de betekenis van de daarbij ingeroepen rechtsregels in redelijkheid geen verschil van mening bestaan, dan zal de rechter, na omtrent die feitelijke geschilpunten tot een conclusie te



zijn gekomen, inderdaad door een eenvoudig syllogisme tot zijn beslissing kunnen komen. Wat de rechtsvinding betreft is zijn taak in die gevallen dus volledig heteronoom bepaald. Hij behoeft niet meer of anders te zijn dan 'spreekbuis van de wet'. Terecht heeft H. Drion er bij verschillende gelegenheden op gewezen dat deze kant van het rechterlijk werk in de rechtsvindingsliteratuur wel eens te veel wordt vergeten.<sup>8</sup>

In zijn bespreking van de tweede druk van dit boekje heeft Schoordijk deze voorstelling van zaken bestreden. Volgens hem doet de situatie waarin de rechter alleen 'bouche de la loi' is, zich nimmer voor en is rechtspraak nimmer uitsluitend heteronoom bepaald.<sup>9</sup>

Ik blijf van mening dat deze zienswijze de doorsneepraktijk, waarin ook tussen partijen over de toepassing van duidelijke wettelijke voorschriften zelden wordt gestreden, miskent. Juist is dat, zoals reeds werd opgemerkt, men zich ten aanzien van bijna alle wettelijke voorschriften situaties kan voorstellen waarin de letterlijke toepassing daarvan tot een onaanvaardbaar gevolg kan leiden en daardoor de vraag kan doen rijzen hoe daaraan door interpretatie kan worden ontkomen; dit neemt echter niet weg dat het daarmee ten aanzien van een duidelijk en concreet gesteld wettelijk voorschrift slechts om uitzonderingen kan gaan, en dat, afgezien daarvan, bij de toepassing van dergelijke voorschriften aan de rechter wat de rechtsvinding betreft, slechts een beperkte en geheel heteronoom bepaalde rol toekomt, waarvoor de kwalificatie 'bouche de la loi' op haar plaats kan blijven.<sup>10</sup>

Intussen zijn er, hoe vaak het in de praktijk van alledag daarbij kan blijven, daarnaast de numeriek misschien wat minder talrijke, maar in het algemeen wél bewerkelijker gevallen waarin zowel over recht als over feiten of over het recht alleen

---

8. Zie bijv. zijn stellingen voor de vergadering van de Nederlandse Juristenvereniging van okt. 1973, zoals deze zijn gepubliceerd in NJB 1975, p. 1035.

9. RM Themis 1982, p. 160 e.v.

10. Vgl. ook M.G. Rood, Vage normen in het sociaal recht, in Gratia Commercii, Opstellen aangeboden aan A. van Oven, Zwolle 1981, p. 225 e.v.

wordt gestreden; rechtsvinding, al dan niet met 'fact finding' gecombineerd, krijgt dan een ander karakter.

Veelal immers zal het juist de onzekerheid ten aanzien van het recht zijn, die partijen naar de rechter drijft en zal de rechtsvraag die zij hem voorleggen, juist behoren tot die 'mille questions inattendues', waarop het wetboek 'quelque complet qu'il puisse paraître' rechtstreeks geen duidelijk antwoord geeft. Van een wettelijke leemte behoeft daarbij nog geen sprake te zijn. Rechtsvragen waarvoor de wet geen enkel aanknopingspunt biedt, zijn zeldzaam. Maar juist wanneer het tot een rechtsgeding komt, zijn die aanknopingspunten meestal niet zo duidelijk en dwingend dat zij zonder meer tot de beslissing kunnen leiden.

De wettelijke voorschriften, waarin de rechter zijn aanknopingspunten zoekt, zullen dan vóór hun toepassing een zekere bewerking, vertolking, interpretatie moeten ondergaan, omdat zij óf onduidelijk óf onvolledig zijn. De keuzemogelijkheden die de rechter daarbij heeft, maken duidelijk dat interpretatie, wetsvertolking, de eerste stap is op de weg die van een gebonden naar een vrije rechtsvinding leidt.

De bewerking die de wet door interpretatie ondergaat, kan heel oppervlakkig, maar ook diep ingrijpend zijn en het begrip interpretatie dekt in het recht dan ook zeer verschillende zaken, waarbij de rechter soms nog dicht in de buurt blijft van wat ik zijn spreekbuisfunctie heb genoemd, maar soms ook nadert tot het punt waarop hij 'lui-même sa règle' schijnt te zijn.

Interpretatie van een tekst over de betekenis waarvan verschillend kan worden gedacht, is een werkzaamheid die niet alleen tot het domein van de jurist behoort. Ook wie zich toelegt op de studie van literatuur of geschiedenis is daar voortdurend mee bezig. Bij alle overeenkomst tussen de instelling van wie zich buigt over een literaire of over een historische tekst en die van de jurist, op zoek naar de betekenis van een wettekst, bestaan hier ook belangrijke verschillen. De tekst van een wet heeft nu eenmaal een andere functie dan die van een literair of historisch document; met de vaststelling van de betekenis van de wet in deze of in gene zin is immers, in het bijzonder wanneer deze bepalend is voor de beslissing van een rechtsgeschil, altijd een praktisch, maatschappelijk effect gemoeid. Wetsinterpretatie is daarom nooit alleen een belangeloos luisteren

naar wat de tekst te zeggen heeft, zoals men dat verwacht van de letterkundige en de historicus die zich hebben uit te spreken over de betekenis van een bepaalde literaire of historische tekst, maar altijd ook het zoeken van een antwoord dat kan bijdragen tot een zo bevredigend mogelijke beslissing van het gegeven geschil en daarmee ook tot een zo bevredigend mogelijke ontwikkeling van het recht.<sup>11</sup>

Intussen: met dat belangeloos en zonder vooringenomenheid luisteren en vragen moet het wel beginnen; en soms is dat ook wel genoeg.<sup>12</sup> Zolang het daarbij blijven kan en de uitlegger er nog alleen op uit is om wat de wetgever in zijn voorschrift heeft willen neerleggen zo goed en duidelijk mogelijk te verstaan om er daardoor beter aan te kunnen gehoorzamen, blijft de rechtsvinding in beginsel nog een grotendeels heteronoom bepaalde aangelegenheid. Dit is het geval zowel wanneer men door grammaticale interpretatie tracht vast te stellen wat de tekst betekent, als ook wanneer men door wetshistorisch onderzoek tracht op te sporen wat de opsteller van de tekst bedoeld heeft. Ook systematische interpretatie kan men nog beschouwen als een methode die, door het wettelijk voorschrift te stellen in zijn verband met andere voorschriften, tot een beter verstaan van de tekst, tot een betere duiding van de bedoeling kan leiden.

Duidelijk zal hierbij echter tevens zijn dat, hoezeer de uitlegger er op uit moge zijn om door een beter verstaan tot een beter gehoorzamen te kunnen komen, bij zijn in opzet nog overwegend heteronoom bepaalde beslissing de autonome factor reeds een bijzonder belangrijke rol zal kunnen spelen; hij wordt immers ook bij de meest consciëntieuze opzet van zijn grammaticale, historische of systematische benadering van de

---

11. Vgl. J. Rombach, Hedendaagse opvattingen over rechtsvinding en rechterlijke functie, WPNR 5249/5250, in het bijzonder p. 98, 99.

12. 'Bij alle beschouwingen over rechtsvinding moeten wij in het oog houden, dat het werk van de rechter ook heden ten dage nog kwantitatief overwegend bestaat in het zo getrouw mogelijk vertolken van de wets-tekst', D.J. Veegens in Schending van het recht als cassatiegrond', *Ars Aequi* 1967, p. 93. In dezelfde geest H.J. Snijders, Rechtsvinding door de burgerlijke rechter, een kwantitatief rechtspraakonderzoek bij de Hoge Raad en de gerechtshoven, Deventer 1978, p. 223.

tekst voortdurend gesteld voor een keuze tussen in verschillende richting wijzende argumenten. Hoe zal hij die keuze doen? Misschien wordt hij door de verschillende kracht der argumenten tot zijn beslissing gebracht: een sterk argument aan de tekst ontleend zal het winnen van zwakkere argumenten die wetshistorie of systematiek kunnen opleveren; een sterk wetshistorisch argument zal het weer kunnen winnen van zwakkere grammaticale of systematische argumenten; en zo kan men doorgaan. Maar indien de argumenten elkander in evenwicht houden, zal de keuze slechts door de voorkeur van de rechter kunnen worden bepaald. Daarbij kan die voorkeur nog min of meer objectief zijn ingegeven door de prioriteit die hij aan een der gebezigde interpretatiemethoden meent te moeten toekennen; hij kan naar gelang van die voorkeur bij gelijkwegende argumenten de tekst, de bedoeling van de wetgever of het systeem van de wet de doorslag laten geven. Waarschijnlijk is echter dat bij de keuze tussen verschillende argumenten de rechter in hoofdzaak of althans mede zal worden geleid door de wens om in concreto tot een billijke beslissing te kunnen komen of, iets objectiever, in abstracto aan het wettelijk voorschrift een betekenis te geven die een maatschappelijk gunstige werking heeft.<sup>13</sup>

Ging het tot dusver om methoden waarvan althans nog in beginsel kan worden gezegd dat zij er op gericht zijn te geraken tot een beter verstaan, een beter begrijpen van hetgeen de wetgever in zijn voorschriften tot uitdrukking heeft willen brengen, een sterker sprekend autonoom element komt reeds naar voren, wanneer de rechter zich bij zijn rechtsvinding door de ratio van die voorschriften laat leiden; het gaat dan niet meer enkel om het verstaan, maar om het verder denken, het ontwikkelen van de aan die voorschriften ten grondslag liggende gedachten, en dan wel meer in het bijzonder met het oog op gevallen waarvan duidelijk is dat zij de wetgever bij zijn formulering niet voor ogen hebben gestaan. Dat verder denken kan er toe leiden dat het voorschrift nog in andere gevallen wordt toege-

---

13. Aldus met zoveel woorden de Hoge Raad in zijn arrest van 21 mei 1943, NJ 1943, 455, betreffende de vraag of artikel 1407 BW de vergoeding van smartegeld toestaat, waaromtrent J.C.M. Leyten in *Theorie en praktijk van de rechtsvinding*, 2e druk, Zwolle 1981, p. 79 e.v.

past dan die waarop het naar zijn bewoordingen betrekking heeft; het kan ook zijn dat het niet wordt toegepast in gevallen die, naar zijn bewoordingen, wèl onder het voorschrift zouden vallen. Zo wordt bijv. met het oog op de ratio van het eerste lid van artikel 1612 BW, bepalende dat door verkoop van het verhuurde een tevoren aangegane huur niet wordt verbroken, aangenomen dat ook bij eigendomsoverdracht van het verhuurde anders dan door verkoop de huur in stand blijft. Zo worden aan het eerste lid van artikel 2014 BW, nadat eerst de op zichzelf volstrekt onbegrijpelijke tekst van dit artikel door interpretatie is verduidelijkt tot de regel dat bij overdracht van roerende zaken de onbevoegdheid van de overdrager niet aan de verkrijger kan worden tegengeworpen, twee restricties toegevoegd, waarvoor de tekst geen enkel aanknopingspunt biedt, doch de ratio een sterke aanwijzing geeft: te weten dat de verkrijger te goeder trouw moet zijn en voor de verkrijging zijnerzijds een prestatie moet hebben verricht.

Bij dat verder denken kunnen ook rechtsontwikkelingen die hebben plaatsgehad na de vaststelling van de wettelijke regeling waarvan in een bepaald geval de betekenis moet worden bepaald, hun invloed doen gelden. Men spreekt dan wel van een evolutionaire interpretatie.<sup>14</sup>

Zelfs verwachte wetswijzigingen kunnen de richting waarin de wetsuitlegger zijn oplossing zoekt beïnvloeden. Men heeft daaraan wel de naam van anticiperende interpretatie gegeven.<sup>15</sup>

Dit is een verschijnsel dat vooral de aandacht heeft getrokken, nadat in de jurisprudentie van de Hoge Raad steeds meer gevallen voorkwamen waarin het college zich bij zijn beslissing duidelijk had laten inspireren door het NBW.

Toch vindt men van anticiperende interpretatie reeds een duidelijk voorbeeld lang voordat van het NBW sprake was. De wellicht belangrijkste wijziging van het geldende burgerlijk recht die aan de jurisprudentie is toe te schrijven, vindt men in het bekende arrest van 31 januari 1919, W 10365, waardoor ar-

---

14. Vgl. de arresten van de Hoge Raad van 3 april 1970, NJ 1970, 252; 11 december 1970, NJ 1971, 112 en 27 juni 1975, NJ 1976, 81.

15. Vgl. G.J. Scholten, *Anticiperende interpretatie, een nieuwe interpretatiemethode?* WPNR 5031 en 5032.

tikel 1401 BW zijn tegenwoordige ruime betekenis heeft gekregen; het berustte – zij het onuitgesproken – geheel op een anticipatie op het destijds hangende wetsontwerp Heemskerk, waarin een wijziging van artikel 1401 werd voorgesteld die een omschrijving gaf van het begrip onrechtmatige daad welke door het arrest woordelijk is overgenomen; wetswijziging werd daarna niet meer nodig geoordeeld.

Wordt tegenwoordig op de bepalingen van het NBW geanticipeerd dan vindt men daarvan – in een veranderde arrestenstijl – gemeenlijk een uitdrukkelijk uitgesproken aanwijzing.

Dit is bijv. duidelijk het geval in het zgn. stierkalf-arrest van 27 maart 1980, NJ 1980, 353, waarin, in afwijking van een tot dusver geldende vaste jurisprudentie, werd beslist dat artikel 1404 BW een risicoaansprakelijkheid inhoudt voor door dieren veroorzaakte schade en dat de eigenaar van het dier zich thans niet meer aan zijn aansprakelijkheid voor zo'n schade kan onttrekken door te bewijzen dat hij aan het gedrag van het dier geen enkele schuld had. De Hoge Raad beriep zich ter motivering van zijn omgaan daarbij op de algemene kritiek die van de aanvang af op zijn tot dusver ingenomen standpunt was uitgeoefend en op artikel 6.3.28 NBW, dat reeds door de Tweede Kamer van de Staten-Generaal was aanvaard, en dat voorziet in een aansprakelijkheid van de eigenaar voor door dieren aangerichte schade zonder de mogelijkheid van disculpatie. De Hoge Raad spreekt daarbij uitdrukkelijk zijn voorkeur voor de in het NBW neergelegde opvatting uit, omdat deze aansluit bij de ontwikkeling van de rechtsopvattingen op dit stuk en omdat de tekst van het thans nog geldende artikel 1404 BW zich niet tegen de aansluiting aan die opvattingen verzet.<sup>16</sup>

Sindsdien behoort de anticipatie op het NBW voor het burgerlijk recht tot de algemeen aanvaarde interpretatiemethoden, al zijn er zeker ook gevallen waarin de Hoge Raad de toepassing van het NBW heeft afgewezen, omdat het thans nog geldende recht daarvoor geen ruimte bood. Verwondering behoeft dit niet te wekken. Aannemelijk is immers dat het NBW beantwoordt aan de thans in het algemeen geldende rechtsopvattingen; het is, hoewel nog geen geldend recht, voor een be-

---

16. Vgl. over dit arrest het bijzonder lezenswaardige opstel van J. Rombach in WPNR 5541-5542.

langrijk deel reeds aanvaard door de volksvertegenwoordiging; er is dus alle aanleiding om het bij interpretatievragen betreffende het burgerlijk recht in overweging te nemen en het te volgen, voor zover het met het oude thans nog geldende recht niet onverenigbaar is.<sup>17</sup>

Naast de invloed van veranderde rechtsopvattingen en van een te verwachten wetswijziging op de wijze waarop vragen van rechtsvinding moeten worden beantwoord, valt ook nog te wijzen op de invloed die de rechtspraak van de administratieve rechter op die van de burgerlijke rechter kan hebben. Een typisch voorbeeld daarvan treft men aan in het arrest van 16 mei 1986, NJ 1986, 723, betreffende de geoorloofdheid van de zgn. uitwegvergunningstelsels, welke in het bijzonder in het bekende arrest van 2 febr. 1966, NJ 1966, 415 (het zgn. Hoogeloonarrest) de sanctie van de Hoge Raad hadden gekregen. In 1986 kwam de Hoge Raad op dit punt op zijn tot dusver ingenomen standpunt terug, waarbij, naast de kritiek die op de tot dusver geldende jurisprudentie was uitgeoefend, uitdrukkelijk werd gewezen op het afwijkende standpunt van de Afdeling rechtspraak van de Raad van State en het gezag dat deze in administratieve kwesties als deze verdient.

Een nog verdergaande nuance in de zelfwerkzaamheid van de rechter treedt op, wanneer hij bij de beantwoording van een rechtsvraag, waarop niet alleen de wet geen rechtstreeks antwoord geeft, maar zelfs extensieve interpretatie of analogie geen passende sleutel bieden, op zoek gaat naar de beginselen die aan de wet ten grondslag liggen, en deze met het oog op het hem voorgelegde geval weer concretiseert tot een regel die geschikt is om in het gegeven geval te worden toegepast. Op zulk een beginsel, in dit geval de regel dat op een ieder die zonder wettige grond ten koste van het vermogen van een ander is verrijkt, een verbintenis rust om die ander schadeloos te stellen tot het bedrag waarmede hij is verrijkt, werd beroep gedaan in het geval dat leidde tot het bekende arrest van de Hoge Raad van 30 januari 1959, NJ 1959, 548 inzake Quint/Te Poel. Hoewel de Hoge Raad het bestaan van zulk een beginsel voor het positieve Nederlandse recht niet aanvaardde, is het arrest voor de theo-

---

17. Over anticiperende interpretatie in het algemeen, A.M.J. van Buchem-Spapens, *Anticipatie*, in *Monografieën NBW*, Deventer 1986.

rie van de rechtsvinding belangrijk omdat de Hoge Raad de door het hof aan artikel 1269 BW ontleende opvatting dat elke verbintenis rechtstreeks op enig wetsartikel moet steunen, verwierp en besliste dat 'in gevallen die niet bepaaldelijk door de wet zijn geregeld, de oplossing moet worden aanvaard die in het stelsel van de wet past en aansluit bij de wèl in de wet geregelde gevallen'.<sup>18</sup> Een goed voorbeeld van de toepassing van deze rechtsvindingsregel in een geval waarin de rechter voor de noodzaak stond een leemte in de wet aan te vullen, levert het arrest van de Hoge Raad van 17 mei 1962, NJ 1964, 416, betreffende de voogdijvoorziening over Nederlandse kinderen na een in het buitenland uitgesproken echtscheiding.

Dit alles neemt niet weg dat het bij de interpretatie van de wet grammaticaal, historisch, systematisch, restrictief en rechtsverfijndend of extensief en analogisch, al naar gelang de ratio het meebrengt, en zelfs bij het zoeken van de oplossing voor niet in de wet geregelde gevallen in hetgeen 'in het stelsel van de wet past en aansluit bij de wèl in de wet geregelde gevallen' nog altijd gaat om de duiding van een in beginsel heteronoom gegeven, zoals dat in een wettekst, in de wetsgeschiedenis, in de rechtsgeschiedenis, in de wetssystematiek, in de beginselen, waardoor de wetgever zich heeft laten leiden, de strekking die hij heeft willen verwezenlijken, is neergelegd; het zijn nog altijd objectieve, de rechter van buiten aangereikte en hem in beginsel bindende gegevens, al heeft hij bij de bewerking daarvan, bij de keuze van hetgeen hij daarin relevant acht, bij de weging van de argumenten die het door hem relevant geachte materiaal oplevert, een reeds zeer grote vrijheid; vrijheid die toeneemt naarmate geen der in het interpretatiemateriaal besloten argumenten een zodanig overwicht bezit dat de doorslag daarmee is gegeven, en dus overwegingen ontleend aan billijkheid, rechtszekerheid, afweging van de maatschappelijke en persoonlijke belangen, bij het te beslechten geschil betrokken, een beslissende rol gaan spelen.<sup>19</sup>

---

18. Vgl. J. Eggens, Iets over de verhouding van wet en recht, in verband met 'ongerechtvaardigde verrijking' en 'misbruik van dwangpositie', afscheidscollege op 16 dec. 1961.

19. Over belangenafweging bij interpretatie, zie J. Wiarda, Belang en belangenafweging in het privaatrecht, RM Themis 1952, p. 458 e.v.



Van een nog veel verder gaande betekenis wordt de autonome factor bij de rechtsvinding in de gevallen waarin de wetgever zelf door de vormgeving van zijn voorschriften binnen ruimer of enger getrokken grenzen de beslissing aan het vrije oordeel van de rechter overlaat.

Wanneer artikel 1281 BW bepaalt dat bij niet-uitvoering van de overeenkomst geen schadevergoeding is verschuldigd, indien de schuldenaar door overmacht verhinderd is zijn verplichtingen na te komen, zal bij toepassing van dit voorschrift de term overmacht eerst door interpretatie moeten worden verklaard; de aard van het voorschrift brengt echter mee dat, hoewel door interpretatie kan worden verduidelijkt wat de wetgever onder overmacht heeft verstaan, die verduidelijking nooit meer dan de omtrek van dit begrip bepalen kan, doch nimmer zijn inhoud voor het concrete geval kan vastleggen. Binnen de grenzen van hetgeen overmacht kan zijn, laat dus de wet de rechter in zijn beoordeling of in een bepaalde situatie overmacht aanwezig is, vrij. Zo is het ook met een term als de duurzame ontwrichting van een huwelijk als bedoeld in artikel 151 Boek 1 BW als grond voor echtscheiding en was het met de in artikel 179 (oud) genoemde buitensporigheden als grond voor een vordering tot scheiding van tafel en bed; juist een vergelijking van die laatste term met overspel als grond voor echtscheiding naar het oude recht maakt duidelijk hoe verschillend het bij rechtsvinding op nauwverwante gebieden met de rechterlijke vrijheid kan zijn gesteld; bij de beoordeling van de in het oude recht meest voorkomende echtscheidingsgrond, het overspel, praktisch de figuur van de 'bouches qui prononcent les paroles de la loi', bij de beoordeling van de destijds meest aangevoerde grond voor de scheiding van tafel en bed, de buitensporigheden, bijna de figuur van de rechter die 'lui-même sa règle' is.

Toch zijn er termen die aan de rechterlijke autonomie een nog groter speelveld laten dan reeds het geval is met begrippen als overmacht en huwelijksontwrichting. Zijn deze nog geschikt bij ons bepaalde voorstellingen op te roepen van hetgeen de wetgever voor ogen heeft gestaan, dit is bij voorschriften als artikel 1374 BW, volgens hetwelk overeenkomsten te goeder trouw moeten worden ten uitvoer gebracht, en 1375 BW volgens hetwelk de overeenkomst, behalve tot hetgeen uitdrukke-

lijk werd afgesproken, ook nog verbindt tot al hetgeen door de billijkheid wordt gevorderd, nauwelijks meer het geval. En gaat het bij de artikelen 1374 en 1375 BW nog om hetgeen in een contractuele verhouding partijen naar redelijkheid en billijkheid tegenover elkaar verplicht zijn, artikel 1401 BW beslaat een nog aanmerkelijk ruimer gebied. Sinds de Hoge Raad in 1919 de daarin voorkomende term 'onrechtmatig' door interpretatie duidde als omvattende onder meer al hetgeen in strijd is met de in het maatschappelijk verkeer betamende zorgvuldigheid tegenover eens anders persoon of goed<sup>20</sup>, kan men zeggen dat de wetgever aan de rechter een het gehele maatschappelijk verkeer omspannende aanvullende normeringsbevoegdheid heeft gegeven, waarbij hij geheel op eigen rechtsbesef is aangewezen.

Het is begrijpelijk dat men in dit verband de taak van de rechter wel als die van een 'wetgever-plaatsvervanger' heeft aangeduid.<sup>21</sup>

Men pleegt wettelijke voorschriften van deze vrijwel alles aan de rechter overlatende aard als vage normen, ook wel als onbepaalde, open of blanco normen aan te duiden. Zij hebben niet steeds hetzelfde karakter en kunnen van de rechter invullingen van heel verschillende aard vragen.

In hun 'Een theorie van rechterlijke beslissingen', maken Crombag c.s.<sup>22</sup> ten aanzien van dergelijke normen een aantal duidelijke onderscheidingen. Zo spreken zij over een groep waarvoor de term 'goed' als representant kan gelden en waartoe verwijzingen als die naar redelijk, billijk, behoorlijk, betamelijk enz., behoren; zij onderscheiden deze groep van een andere groep, waarvoor de term 'groot' als representant kan dienen en waartoe verwijzingen als die naar een bepaalde afstand of een bepaalde tijd als kort of lang zijn te rekenen. De toepassing van bepalingen die tot de eerste groep behoren, vraagt om een normatieve beoordeling; ten aanzien van bepalingen die

---

20. HR 31 jan. 1919, NJ 1919, 161.

21. Aldus onder meer M.J.P. Verburgh, NJB 1977, p. 508 (in Verslag van het 'Wiarda-symposion').

22. H.F.M. Crombag, J.L. de Wijkerslooth, M.J. Cohen, Een theorie over rechterlijke beslissingen, Zwolle 1976.

tot de tweede groep behoren, gaat het veeleer om de beoordeling van een feitelijke situatie.

Waar ik het in dit geschrift verder over vage normen zal hebben, zal het in het algemeen gaan om de tot de eerste groep behorende normen als redelijk en billijk, behoorlijk enz.

In een bekend geworden opstel over vage normen in het sociaal recht geeft M.G. Rood te dien aanzien nog een aantal verdere onderscheidingen, die vooral op de mate van vaagheid en openheid betrekking hebben.<sup>23</sup> Zo kan de vaagheid of openheid van een wettelijke norm reeds van de wetgever zelf een aanvang van invulling of verduidelijking krijgen, indien daarin een aantal voorbeelden worden genoemd waarin die norm in elk geval toepassing kan vinden. Dit deed de wetgever bijv. in de artikelen 1639p en q BW betreffende de dringende redenen voor ontslag op staande voet of opzegging van een dienstbetrekking.

De verwijzing in die artikelen naar gedragingen, resp. omstandigheden waarin van de werkgever, resp. de werknemer redelijkerwijs niet kan worden gevergd de dienstbetrekking te laten voortduren, blijft een vaag criterium, waarbij het aantal mogelijkheden waarin zij toepassing kan vinden, niet is te overzien; door enige van die mogelijkheden te noemen, wordt aan de vaagheid van dat criterium althans een begin van invulling gegeven.

Een nog grotere vrijheid dan bij het gebruik van vage of onbepaalde normen door de wetgever aan de rechter wordt gegeven, vindt men in de gevallen waarin aan de rechter een duidelijk discretionaire bevoegdheid wordt toegekend. Het is een figuur die eerder bij de functie van de bestuurder dan bij die van de rechter past, en daardoor meer in het administratieve recht dan in het burgerlijk recht wordt aangetroffen; zeker in de contentieuze rechtspraak is de toekenning van een discretionaire bevoegdheid een uitzondering.

Een voorbeeld vindt men in artikel 1:157 BW volgens hetwelk de rechter bij het echtscheidingsvonnis of bij latere beschikking aan de echtgenoot die niet voldoende inkomsten tot zijn levensonderhoud heeft, op diens verzoek ten laste van de

---

23. In *Gratia Commercii*, Opstellen aangeboden aan A. van Oven, p. 225 e.v.

andere echtgenoot een uitkering tot levensonderhoud 'kan' toekennen. Zijn beoordelingsvrijheid is daarbij nog groter dan onder het oude echtscheidingsrecht, toen een dergelijke uitkering alleen mocht worden toegekend aan de partij op wier verzoek de echtscheiding was uitgesproken.

## 4. Recht en regel

Van het beeld van de rechters die als 'bouches qui prononcent les paroles de la loi' door subsumptie van de door hen vastgestelde feiten onder een hun door de wetgever toegereikte regel als het ware automatisch tot hun beslissing worden geleid, zijn we in het hierboven gegeven overzicht steeds verder verwijderd geraakt. Aan het einde daarvan aangekomen, vinden wij de rechter in een rol welke het beste is te vergelijken met die van de in artikel 1054 Rv. bedoelde arbiters die van partijen de bevoegdheid hebben gekregen om 'als goede mannen naar billijkheid' te oordelen. In de terminologie van Montesquieu zijn we daarbij heel dicht in de buurt gekomen van het 'lui-même sa règle' zijn.

Men kan zich daarbij zelfs afvragen of in dat 'lui-même sa règle' het woord 'règle' nog op zijn plaats is. Dat woord gaat immers uit van de veronderstelling dat bij alle vrijheid die aan een dergelijke rechter is toegekend, zijn beslissing nog altijd op de toepassing van regels berust, zij het dat die regels grotendeels van zijn eigen makelij zijn; en het is de vraag of die veronderstelling aan de werkelijkheid beantwoordt.

Verdiept men zich in de aard van de rechtspraak waarbij vaste normen worden gehanteerd of discretionaire bevoegdheden worden uitgeoefend, dan blijkt immers dat deze tegenover rechtspraak waarbij concrete normen worden toegepast, niet alleen wordt gekenmerkt door een grotere rechterlijke vrijheid, maar tevens door een meer casuïstisch karakter; dat wil zeggen dat de rechtsvinding aan de hand van algemene abstract geformuleerde regels daarbij plaats maakt voor het jus in causa positum.

Is aan het beeld van de 'bouches qui prononcent les paroles de la loi' de voorstelling verbonden van een rechtsvinding waarbij na de vaststelling van de feiten en het opslaan van de regel

door een eenvoudig syllogisme de conclusie zonder meer gegeven is<sup>24</sup>, die voorstelling is, naar gelang de autonome elementen in het rechtsvindingsproces op de voorgrond treden, steeds minder te handhaven. Er vindt dan niet alleen een verschuiving plaats van de rechterlijke gebondenheid naar rechterlijke vrijheid, maar ook van wat in Duitsland 'Normgerechtigheid' wordt genoemd naar 'Einzelfallgerechtigheit'; een verschuiving tevens van wat ook hier te lande in aansluiting vooral aan een door Ter Heide<sup>25</sup> op het voetspoor van Esser<sup>26</sup> geïntroduceerde terminologie als 'systeemdenken' wordt aangeduid naar hetgeen in die terminologie onder 'probleemdenken' wordt verstaan<sup>27</sup>, een verschuiving ten slotte die, om nog eens leentjebuurt te spelen bij de Franse klassieken, de herinnering oproept aan de door Pascal gemaakte tegenstelling tussen 'l'esprit de géométrie' en 'l'esprit de finesse'.

Aan de wijze waarop bij rechtsvinding het oordeel over de feiten en het oordeel over het recht elkaar beïnvloeden en soms zelfs kunnen samenvallen, heeft Scholten in zijn Algemeen Deel<sup>28</sup> uitvoerige beschouwingen gewijd, die, dunkt mij, ook thans nog geheel kunnen worden onderschreven. Die onderlinge beïnvloeding bestaat niet alleen hierin dat de rechter zich bij zijn selectie van hetgeen hij in een bepaalde situatie ten aanzien van de feiten van belang acht laat leiden door de rechtsregel die naar zijn aanvankelijk oordeel voor toepassing in aanmerking komt; ook die toe te passen rechtsregel zelf kan door de feitelijke constellatie die de rechter voor zich vindt, worden beïnvloed, er door worden vervormd, verruimd of verengd, aange-

- 
24. Hoeveel toch reeds aan deze voorstelling ontbreekt, wordt op bijzonder indringende wijze uiteengezet door B.M. Telders in *Recht en logica*, Verz. geschriften, p. 159 e.v. Vgl. in dit verband ook J.H. Nieuwenhuis, *Legitimatie en heuristiek in het rechterlijk oordeel*, RM Themis 1976, p. 495-501.
  25. Bijv. in *Judex Viator*, *Ars Aequi* 1967, p. 3 e.v.
  26. Vgl. vooral diens belangrijke in 1956 verschenen werk *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, alsmede het in 1970, 1972 verschenen *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*.
  27. Vgl. ook G.E. Langemeijer, *Probleemdenken tegenover systeemdenken*, *Ars Aequi* 1967, p. 86 e.v.
  28. p. 160 e.v.

vuld of verfijnd en aldus pasklaar worden gemaakt om in concreto bevredigend te kunnen werken. Daarbij kunnen nieuwe regels ontstaan, die, al of niet vervormd, aangevuld, ingekrompen of uitgebreid als jurisprudentierecht mede bepalend worden voor de rechtsvinding in volgende gelijksoortige of min of meer afwijkende gevallen. Mogelijk is echter ook dat de beslissing zó zeer op de bijzonderheden van één geval is afgestemd en toegespitst, zich zó slecht leent voor generalisering dat er nauwelijks een regel aan valt te ontleen die ook in volgende gevallen, voor zover deze met het gegeven geval geen volledige gelijkens vertonen, voor toepassing in aanmerking zal kunnen komen. De 'Normgerechtigheid' heeft dan voor 'Einzelfallgerechtigheid' plaatsgemaakt.

Sommigen gaan zo ver dat zij de 'Normgerechtigheid' geheel van de hand wijzen en in het recht geen regels, maar uitsluitend de concrete rechtsbeslissingen als werkelijk relevant beschouwen.<sup>29</sup> 'Die richterliche Entscheidung braucht keine Norm, weder eine alte noch eine neue. Sie ist auf sich selbst gegründet, und hat ihre Voraussetzungen, so wie ihren Endzweck in sich selbst.'<sup>30</sup>

Dit nu lijkt mij een standpunt waarin het hier besproken verschijnsel in sterke mate wordt overtrokken. Scholten schreef mijns inziens terecht dat iedere rechterlijke beslissing uit haar aard om generalisering vraagt en in beginsel zal men, dunkt mij, van de rechter moeten verlangen dat hij, ook waar de wetgever hem geen andere aanknopingspunten ter beschikking stelt dan de verwijzing naar de redelijkheid, de billijkheid of de goede trouw, zijn beslissing op algemene gezichtspunten afstemt en daarvan in zijn motivering een verantwoording geeft die niet uitsluitend op het concrete geval is toegespitst. Men zal echter moeten erkennen dat aan de mogelijkheid aan dit verlangen te voldoen grenzen zijn gesteld.

Dat erkent zelfs de cassatierechter. Het instituut van de cassatie, juist in het leven geroepen als waarborg dat in rechterlij-

---

29. Aldus in het bijzonder Georg Cohn in *Existenzialismus und Rechtswissenschaft*, Basel 1955. Vgl. hieromtrent ook Ter Heide in zijn preadvies voor de Ver. voor de Wijsbegeerte van het recht over *Rechtsvinding*, p. 18 en 20 e.v.

30. Cohn, t.a.p., p. 156.

ke beslissingen de rechtsregel op de juiste wijze wordt toegepast, staat en valt met de onderscheiding tussen het oordeel over de feiten, waarover bij de cassatierechter niet, en het oordeel over het recht waarover bij hem wèl kan worden geklaagd, en de ontstaansgeschiedenis van het instituut is onverbrekelijk verbonden aan de veronderstelling dat die onderscheiding altijd mogelijk is. Het is dan ook niet verwonderlijk dat de cassatierechter aan de motivering van rechterlijke beslissingen onder meer de eis pleegt te stellen dat deze mogelijk maakt dat in cassatie wordt getoetst of op de feiten het recht met juistheid is toegepast.<sup>31</sup>

Niettemin wordt erkend dat in bepaalde beslissingen het feitelijk en het juridisch oordeel in die mate zijn verweven en niet anders dan verweven kunnen zijn, dat een volledige toetsing van deze vraag niet mogelijk is. Dergelijke beslissingen betreffen steeds de toepassing van wettelijke voorschriften die naar vage normen als billijk, behoorlijk, redelijk of naar begrippen als klein of groot, of lang of kort verwijzen en hoewel de cassatierechter zich in beginsel aan de beoordeling van de toepassing van dergelijke normen niet onttrekt, kan daarbij de waardering van de bijzonderheden van het individuele geval een zo grote rol spelen dat de Hoge Raad zich bij zijn beoordeling van de bestreden beslissing beperkt tot de vraag of de rechter in het licht van de feiten die hij vaststelde, zonder schending van de desbetreffende vage rechtsnormen tot zijn beslissing heeft kunnen komen. Dit betekent dat die norm of dat begrip binnen bepaalde grenzen verschillende beslissingen toelaat, waarbij de waardering van de feiten en het oordeel over het recht een samenhang vertonen welke het verder uiteenrafelen van de feitelijke waarderingen en het rechtsoordeel niet toelaat.<sup>32</sup>

---

31. Vgl. D.J. Veegens, *Cassatie in burgerlijke zaken*, nr. 118.

32. Vgl. Veegens, t.a.p., nr. 104, 105, 106 alsook J.M. Polak, *Theorie en praktijk der rechtsvinding*, Zwolle 1953, p. 63 e.v.; J. Donner, *Plaats en taak van de Hoge Raad der Nederlanden*, Calvinistische Juristenvereniging, mei 1962. Voorts van mijn hand: *Rechtsregels als houvast voor rechtspraak*, NJB 1977, p. 161; annotatie op het arrest van de Hoge Raad van 3 november 1961, NJ 1962, 192, in de aan C.R.C. Wijckerheld Bisdrom opgedragen bundel 2000 weken rechtspraak, Zwolle 1978; preadvies voor de Nederlandse Juristenvereniging over Cassatie in burgerlijke





Ook de uit de aard van zijn functie in beginsel geheel op de 'Normgerechtigheid' ingestelde cassatierechter lijkt aldus soms het bestaan van gevallen te erkennen waarin een rechterlijke beslissing op de toepassing van 'Einzelfallgerechtigheit' berust.



zaken, Handelingen 1978, deel 1, tweede stuk, p. 74 e.v. Voorts en vooral E. Korthals Altes, De cassatierechter op de grens tussen recht en feit, in de bundel opstellen opgedragen aan L.D. Pels Rijcken, Zwolle 1981, p. 47 e.v. en M.G. Rood, Vage normen in het sociaal recht, in de bundel opstellen onder de naam Gratia Commercii aangeboden aan A. van Oven, Zwolle 1981, p. 238 e.v.

## 5. De verschuiving van meer heteronome naar meer autonome vormen van rechtsvinding; invloed daarbij van doctrine, rechtspraak, wetgeving en verdragsrecht

Het lijkt mij moeilijk voor tegenspraak vatbaar te zijn dat zich in deze eeuw in ons recht – en stellig niet alleen in het onze – in de verhouding tussen de verschillende vormen van rechtsvinding die de revue passeerden, ontwikkelingen hebben voltrokken welke in die verhouding een verschuiving van meer heteronome vormen naar meer autonome vormen hebben meegebracht.

Bij die ontwikkelingen hebben zowel de doctrine en de rechtspraak als de wetgever een rol gespeeld. De doctrine, omdat zij vooral ten opzichte van de problematiek rond de verhouding van rechter en wet als gangmaker voor een beweging naar meer rechterlijke vrijheid heeft gefungeerd; de rechtspraak, omdat door een gewijzigde instelling ten opzichte van wettelijke teksten meer invloed werd toegekend aan wat maatschappelijke behoeften, of redelijkheid en billijkheid meebrachten; de wetgever, omdat bij wetgeving een steeds veelvuldiger gebruik werd gemaakt van vage normomschrijvingen die meebrachten dat op steeds meer gebieden de rechtsontwikkeling aan de rechter werd gedelegeerd.<sup>33</sup>

---

33. Let men op hetgeen in de aan J.H. Beekhuis aangeboden bundel *Op de grenzen van komend recht*, Zwolle-Deventer 1969, door J. Wiarda onder de titel *De toenemende invloed van algemeen omschreven rechtsprincipes als goede trouw, billijkheid, betamelijkheid, verkeersopvatting, enz.* wordt megedeeld over de betekenis die in verschillende perioden van de rechtsgeschiedenis vage normen hebben gehad, dan kan stellig niet worden volgehouden dat in het recht een steeds voortgaande ontwikkeling zou hebben plaatsgevonden, waarbij de blanco normen in verhouding tot de concrete normen voortdurend in betekenis zouden hebben gewonnen; eerder kan hier van een slingerbeweging worden gesproken en wordt de indruk die wij van deze ontwikkeling hebben in hoge



Vooral in de laatste jaren heeft daarnaast verdragsrecht een vaak diepgaande invloed uitgeoefend. Ik denk daarbij in het bijzonder aan de verdragen die op grondrechten betrekking hebben – en van deze vooral aan het EVRM – en aan de rechtsvormende taak van de rechter, welke hem op dit gebied vooral door de werking van de artikelen 93 en 94 van de Grondwet toekomt.

### 5.1. *De invloed van de doctrine*

Wat dan de doctrine betreft, heeft zich in deze eeuw een steeds wassende stroom van literatuur met de problematiek rondom de verhouding van rechter en wet bezig gehouden en de hoofdtendens van deze literatuur, waarvan ik hier alleen maar enkele saillante punten zal aanstippen, kwam en komt in hoofdzaak neer op een pleidooi voor meer rechterlijke vrijheid, althans voor het privaatrecht, waaraan die literatuur in hoofdzaak was en is gewijd.

Hoewel reeds in het begin van deze eeuw verscheidene invloedrijke juristen als Hamaker, Molengraaff en Hijmans in dit opzicht een belangrijke rol hebben gespeeld, geloof ik niemand onrecht te doen, indien ik hier de grootste invloed toeschrijf aan Scholten, die in zijn Algemeen Deel in de Asser-serie voor de nieuwere inzichten de theoretische onderbouw heeft geleverd. Belang en invloed van dit nu bijna vijftig jaar geleden verschenen werk dat niet door de tijd is achterhaald, zijn moeilijk te overschatten. Die invloed vindt mede zijn uitdrukking in de omstandigheid dat ter aanduiding van de wijze waarop rechtsbeslissingen tot stand komen, de voorheen nog weinig gebrui-

---

mate bepaald door de richting waarin de slinger zich in eigen tijd en eigen land voortbeweegt. Recente beschouwingen over deze ontwikkeling vindt men onder andere in een artikel van Jimmy M. Polak en Maurice V. Polak, *Faux pas ou pas de deux?*, *Recent developments in the relationship between the legislature and the judiciary in the Netherlands*, in *Netherlands International Law Review* 1986, p. 372 e.v. en in de RAIO-congresbundel *De rechter als dictator? Dynamiek in de trias. Verschuivingen in de verhouding regelgeving, bestuur en rechtspraak*, Lochem 1987.

kelijke term rechtsvinding algemeen ingang heeft gevonden.<sup>34</sup> Het is een term die zowel de strikte wetstoepassing en de wetsinterpretatie, als het oordelen op grond van gewoonte of van redelijkheid en billijkheid omvat, en aldus voorzorg in een terminologische behoefte die ontstond toen de wet haar monopoliepositie in de rechtspraak verloor.

'Van interpretatie naar rechtsvinding' luidt de titel van een van de hoofdstukken waarin Pitlo in 1969, de 'Evolutie in het privaatrecht' beschreef.<sup>35</sup> Die evolutie is inderdaad voor een groot deel bepaald door de ontwikkeling die in het juridisch spraakgebruik haar uitdrukking vond in de introductie van het begrip rechtsvinding als algemeen begrip waarvan de wetsinterpretatie een onderdeel uitmaakt.

Overziet men die door Pitlo op even duidelijke als boeiende wijze beschreven ontwikkeling, dan valt een duidelijke verschuiving waar te nemen van interpretatiemethoden waarbij slechts naar de taalkundige betekenis van de wettekst of de bedoeling van de wetgever wordt gezocht, naar methoden waarbij de opsporing van de strekking van de wet en de daaraan ten grondslag liggende gedachten en beginselen op de voorgrond worden gesteld als grondslag voor extensieve interpretatie, analogie en rechtsverfijning en aanvulling van wettelijke leemten; daarbij gaat dan tevens de wens om voor de behoeften van een steeds sterker in beweging geraakte samenleving die door de wetgever niet in haar ontwikkeling kon worden bijgehouden, passende oplossingen te vinden, een steeds groter gewicht in de schaal leggen.

Aan te nemen valt dat het streven naar een bevredigende oplossing die zoveel mogelijk aan de maatschappelijke behoeften tegemoet komt, voor alle rechters in alle tijden binnen de grenzen van hun bewegingsvrijheid voor hun keuze tussen de in aanmerking komende oplossingen bepalend is geweest. Reeds Scholten sprak van de sociologische interpretatie.<sup>36</sup> Zelden

---

34. Zie omtrent de term rechtsvinding de bijdrage van J. Wiarda, Scholten vóór Scholten, in het Scholten-herdenkingsnummer, WPNR 5314, p. 607-608.

35. A. Pitlo, *Evolutie in het privaatrecht*, Haarlem 1979.

36. *Algemeen Deel*, p. 154 e.v.

echter werd dit zo vaak en vooral zo expliciet naar voren gebracht als in onze tijd geschiedt.

Heel sterk wordt dit gedaan in de destijds met veel nadruk naar voren gebrachte rechtsvindingstheorieën die steunen op de door Ter Heide hier te lande geïntroduceerde functionele rechtsleer.<sup>37</sup> In deze sterk sociologisch gekleurde en zich in ruime mate van een typisch sociologisch spraakgebruik bedienende leer gaat het bij rechtsvinding uitsluitend om de vraag hoe in een bepaalde situatie de oplossing kan worden gevonden die het beste aansluit bij de behoeften van de samenleving en bij de verwachtingen die onder de rechtsgenoten leven ten aanzien van het door 'spelregels' beheerste 'maatschappelijke spel'. Het recht wordt slechts in en voor het concrete geval gevormd, en de wet is voor de rechter geen abstracte en bindende norm 'voortvloeiende uit de wil van de wetgever waaraan uiteindelijk de rechtsvinding haar auctoritas zou ontleunen', maar 'oriëntatiemiddel voor de rechter waardoor zijn planmatige ingreep in het maatschappelijk speelveld mogelijk wordt'.<sup>38</sup>

Verwant met de opvattingen van Ter Heide zijn die van Schoordijk, wiens denken over rechtsvinding, vooral te vinden in zijn bekende rede over Oordelen en vooroordelen, uitgesproken bij de vijfenveertigste herdenking van de dies natalis van de Katholieke Hogeschool te Tilburg, eveneens in hoge mate op de maatschappelijke wenselijkheid van de voor het gegeven rechtsprobleem te vinden oplossing is gericht; hij maakt zich daarbij wel niet los van objectieve leidinggevende normen, als in de wet vervat, maar kent de rechter die daarnaar op zoek moet gaan een grote mate van vrijheid toe; een uitspraak als 'het te bereiken goede resultaat bepaalt de inhoud van de norm' laat zien hoe ver die vrijheid in het gegeven geval kan gaan.

Als geestverwant van Schoordijk beschouwt zich Van Ger-

---

37. Voor de rechtsvinding uitgewerkt in het reeds aangehaalde Preadvies over Rechtsvinding voor de Ver. voor de Wijsbegeerte van het recht 1965; vgl. ook *Ars Aequi* 1967, p. 3.

38. Preadvies Rechtsvinding, p. 23, noot 1. Vgl. over de door Ter Heide geïntroduceerde rechtsvindingstheorie onder meer J.M. van Dunné in *Opstellen over rechtsvinding*, Arnhem 1984, p. 3 e.v.; Van Dunné bestrijdt daar de originaliteit van deze theorie, waarvan volgens hem de essentie ook in Scholtens *Algemeen Deel* kan worden gevonden.

ven wiens studie over het Beleid van de rechter<sup>39</sup> terecht eveneens een grote bekendheid heeft verworven; naast de eigen opvatting geeft Van Gerven tevens een uitvoerig overzicht van een aantal nieuwe theorieën over dit onderwerp, dat zowel hier te lande als elders in de laatste tijd steeds meer belangstelling heeft getrokken; die belangstelling zal zijn te verklaren doordat bij de steeds grotere armslag die de rechter schijnt te krijgen, men zich van de aan die vrijheid verbonden problematiek steeds sterker bewust is geworden.<sup>40</sup>

Stellig hebben tegenstromingen niet ontbroken. Zo hebben Houwing<sup>41</sup> en De Grooth<sup>42</sup>, in het bijzonder met het oog op de gevaren die uit een oogpunt van rechtszekerheid aan vrije rechtsvinding zijn verbonden, een waarschuwend woord laten horen en heeft Langemeijer in zijn bijdrage aan de aan G.J. Scholten opgedragen bundel *Non sine causa* betoogd dat zijns inziens ook in de laatste jaren zich een stroming in omgekeerde richting vertoont: niet zoeken naar buitenwettelijk recht met meer of minder behoedzaamheid, maar het stellen van grenzen aan dit zoeken zij het dat die grenzen zeker niet zo ver terugliggen als het legisme van de negentiende eeuw<sup>43</sup>; Langemeijer denkt hierbij in het bijzonder aan de in de beschouwingen van Leyten<sup>44</sup> en Crombag c.s.<sup>45</sup> tot uitdrukking komende reserve

---

39. Antwerpen, Zwolle 1973. Vgl. ook W. van Gerven en J.C.M. Leyten, *Theorie en praktijk van de rechtsvinding*, 2e druk, Zwolle 1981.

40. Een voortreffelijk en waarschijnlijk volledig overzicht van Hedendaagse opvattingen over rechtsvinding en rechterlijke functie tot en met 1973, van J. Rombach, vindt men in WPNR 5249 en 5250. Vgl. voor meer recente overzichten: J.P. Verburgh in NJB 1975, p. 742, en de Kronieken van het privaatrecht van het Molengraaff-instituut te Utrecht in RM Themis 1977 en volgende jaren onder 'Algemeen'. Vgl. voorts over rechtsvinding in het algemeen recentelijk: J.H.H. Bruggink, *Op zoek naar het recht, Rechtsvinding in rechtstheoretisch perspectief*, Groningen 1987.

41. Ph.A.N. Houwing, *Zekerheid omtrent het recht*, 1947.

42. G. de Grooth, *Enige beschouwingen over de conflicten tussen rechtszekerheid en levend recht*, 1947.

43. p. 215; zie ook diens *Bij nader inzien*, Zwolle 1979, p. 66 e.v., en *De creatieve rechter*, in NJB 1980, p. 428 e.v.

44. J.C.M. Leyten, RM Themis 1974, en *Theorie en praktijk van de rechtsvinding*, Zwolle 1981.

45. H.F.M. Crombag, J.L. de Wijkerslooth, M.J. Cohen, *Een theorie over rechterlijke beslissingen*, Groningen 1977.

tegenover een rechterlijke vrijheid die zover zou kunnen gaan dat rechters de wet slechts behoeven toe te passen, als deze een redelijke uitkomst biedt, en dat ook tegenover beslissingen contra legem geen bezwaren meer zouden bestaan.<sup>46</sup> De algemene tendens van de literatuur ten gunste van meer rechterlijke vrijheid is door de tegenstromingen echter niet omgebogen.

## 5.2. *De invloed van de rechtspraak*

Overziet men de ontwikkeling die zich in de loop van deze eeuw op het gebied van het privaatrecht ten aanzien van de verhouding rechter en wet heeft voltrokken, dan moet voorop worden gesteld dat, anders dan de soms in de literatuur gewekte indruk, ook thans in de rechtspraak de wet en de voor de interpretatie daarvan aan tekst, geschiedenis, systeem of strekking ontleende argumenten een hoofdrol blijven vervullen. Wat daarbij wèl verandering heeft ondergaan, is de wijze waarop die argumenten onderling worden afgewogen; het alleen aan de wettekst ontleende argument heeft stellig aan gewicht verloren; het zoeken naar de strekking van de wet en de daaraan ten grondslag liggende gedachten en beginselen treden duidelijk sterker op de voorgrond; meer dan vroeger moet soms ook een – taalkundig – duidelijke wettekst het tegen aan andere factoren ontleende argumenten afleggen.

Belangwekkend in dit opzicht is de vergelijking van drie studies, alle in de vorm van proefschriften verschenen, waarin voor een bepaalde periode de in de rechtspraak toegepaste interpretatiemethoden, voor zover deze in de motivering van de onderzochte uitspraken tot uitdrukking komen, worden beschreven en geanalyseerd.

Het zijn het proefschrift van Fockema Andreae, Tien jaren rechtspraak van den Hogen Raad, dat betrekking heeft op de periode 1893-1903<sup>47</sup>, het proefschrift van J.M. Polak, Theorie

---

46. In de tegenstroming voegt zich ook L.D. Pels Rijcken in zijn, eveneens in de Scholten-bundel opgenomen, opstel Rechtszekerheid, Assepoester van rechtsvindingstheorieën.

47. Leiden 1904; vgl. ook de bijdrage van Fockema Andreae in Gedenk-



en praktijk der rechtsvinding, waarin de uitspraken van de burgerlijke kamer van de Hoge Raad in de periode 1936 tot 1952 worden onderzocht<sup>48</sup>, en het proefschrift van H.J. Snijders, dat de rechtspraak van de burgerlijke kamer van de Hoge Raad van 1970 tot en met 1974 en een deel van de rechtspraak van de gerechtshoven van 1973 tot onderwerp heeft.<sup>49</sup>

Snijders geeft aan het eind van zijn onderzoek van de conclusies die uit de vergelijking van zijn werk met dat van zijn voorgangers kunnen worden getrokken, een duidelijk beeld waarin in het bijzonder naar voren komt, hoezeer in de loop van deze eeuw en vooral in de laatstbeschreven periode de vooral in de eerste periode nog overheersende positie van de tekstuele interpretatie, die bij een duidelijke wettekst zelfs een monopoliepositie was, steeds sterker werd ondergraven.<sup>50</sup>

De sterkst sprekende voorbeelden daarvan komen voor in het laatste, door Snijders beschreven, tijdvak. Hij vond daarin vijftien (2,6% van de beschreven gevallen) uitspraken van de Hoge Raad die hij zelfs als contra legem gegeven beschouwt. Snijders kwalificeert daarbij als contra legem gewezen uitspraken die 'in strijd zijn met de naar normaal spraakgebruik van thans geïnterpreteerde wet'. Inderdaad valt niet te ontkennen dat er in de genoemde periode een aantal uitspraken voorkomt die met de tekst van de wet, naar normaal spraakgebruik uitgelegd, niet of nauwelijks verenigbaar zijn. Dergelijke beslissingen komen, aldus Snijders, in de door Fockema Andreae onderzochte periode niet voor en ook Polak heeft zo duidelijke afwijkingen van de tekst van de wet in het door hem besproken tijdvak niet aangetroffen.

De beslissingen waarom het hier gaat, en die na de door Snijders beschreven periode nog met veel andere voorbeelden kunnen worden vermeerderd, getuigen inderdaad van een door de rechter ten opzichte van de tekst van de wet genomen vrijheid, die vroeger niet of nauwelijks voorkwam. Toch betwijfel ik of men zulke beslissingen als contra legem gegeven mag kwalifice-

---

→ boek BW, Zwolle 1938, over de methode van interpretatie van het BW van 1938 tot heden.

48. Leiden 1953.

49. Deventer 1978.

50. T.a.p., p. 221.



ren. Mij schijnt die kwalificatie nog teveel te berusten op de toekenning van een altijd doorslaggevend gewicht aan het aan de taalkundige betekenis van de tekst van de wet ontleende argument. In de meerderheid van de door Snijders genoemde arresten waarin de Hoge Raad contra legem zou hebben beslist, gaat het om gevallen waarin een algemeen gestelde regel voor een uitzonderingsgeval niet wordt toegepast, omdat deze in dat geval tot een onredelijk en met de strekking van de wet moeilijk te rijmen resultaat zou leiden.<sup>51</sup> In enkele gevallen gaat het ook om de aanvulling van een kennelijke omissie van de wetgever.<sup>52</sup> Het zijn mijns inziens beslissingen waarin soms wél tegen de letter, maar niet tegen de strekking van de wet werd beslist en zij betreffen in het algemeen gevallen, waarin met grond kan worden verondersteld dat, zouden zij de wetgever voor ogen hebben gestaan, deze voor de mogelijkheid om van de gestelde regel af te wijken ruimte zou hebben gelaten.

Soms worden dergelijke met het oog op de tekst van de wet wat onverwachte uitspraken gemotiveerd met de wat sobere, soms al te sobere overweging dat een redelijke interpretatie van de wet de in de beslissing neergelegde uitkomst meebrengt.<sup>53</sup> Zo'n motivering brengt tot uitdrukking dat aan die uitkomst, naast de overigens bij wetsinterpretatie gebruikelijke criteria, mede de maatstaf van de redelijkheid is aangelegd. Er dringt zich hier een vergelijking op met de in de volgende

---

51. Aldus bijv. HR 11 dec. 1970, NJ 1971, 112; HR 8 maart 1972, NJ 1972, 209; HR 14 april 1972, NJ 1972, 295; HR 5 jan. 1973, NJ 1973, 147; HR 12 okt. 1973, NJ 1974, 232; HR 21 juni 1974, NJ 1975, 28.

Soortgelijke beslissingen blijven ook na de door Snijders beschreven periode voorkomen; een nogal kras voorbeeld daarvan vindt men in het arrest van 19 dec. 1975, NJ 1976, 537, waarbij met een beroep op het systeem van de wet en de redelijkheid de op zich zelf duidelijke tekst van artikel 150 Boek 1 BW voor het daar besliste geval opzij wordt gezet.

Krasser wellicht nog is het voorbeeld van het arrest van 27 maart 1985, NJ 1986, 242, waarin voor het daarin omschreven geval hoger beroep wordt toegestaan van een beslissing, waarbij een voorlopig getuigenverhoor was gelast, hoewel artikel 878, lid 2 Rv. zulks in algemene bewoordingen lijkt uit te sluiten.

52. Aldus bijv. HR 8 juni 1973, NJ 1973, 406.

53. Vgl. Snijders, p. 68 e.v., en bijv. HR 8 maart 1972, NJ 1972, 209; HR 2 febr. 1973, NJ 1973, 225.

paragraaf te bespreken bepaling van artikel 6.1.1.2 NBW dat voor het verbintenissenrecht met betrekking tot de verhouding van schuldeiser en schuldenaar bepaalt dat uit wet, gewoonte of rechtshandeling voortvloeiende regels niet worden toegepast, indien die toepassing in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

Gevalen waarin een wettelijke bepaling met het oog op de onredelijkheid van de bij een letterlijke toepassing verkregen uitkomst op een met de normale lezing van de tekst niet of nauwelijks te verenigen wijze wordt gecorrigeerd, zullen altijd tot de uitzonderingsgevallen behoren. Indien de gewenste uitkomst niet door andere voor de interpretatie in aanmerking komende gegevens, ontleend aan geschiedenis, systeem of strekking wordt gesteund, zal van een evidente en onaanvaardbare onredelijkheid sprake moeten zijn, wil zo'n afwijking van een duidelijke wettekst als gerechtvaardigd kunnen worden beschouwd.

Als werkelijk contra legem gewezen zou ik slechts die beslissingen willen beschouwen, die noch met de tekst, noch met de geschiedenis, noch met het systeem of met de strekking van de wet in overeenstemming zijn en dus duidelijk ingaan tegen hetgeen de wetgever heeft tot uitdrukking gebracht en heeft gewild, of vermoedelijk zou hebben gewild, indien het gegeven geval hem voor ogen had gestaan; dat zijn dus beslissingen, waarbij de rechter er blijk van geeft dat hij een wettelijk voorschrift niet meer als een hem bindend voorschrift beschouwt.

Zo'n geval deed zich voor in de bekende, bij arrest van de Hoge Raad van 3 maart 1972, NJ 1972, 339 besliste zaak *Maring/Assuradeuren*, waarin met zoveel woorden werd uitgesproken dat de rechter aan de verouderde en in de praktijk niet meer gevolgde artikelen 288 en 289 Wetboek van Koophandel met betrekking tot een brandverzekering tegen wederopbouw waarde niet meer was gebonden; de Hoge Raad kon er zich daarbij op beroepen dat de desbetreffende artikelen niet alleen in de verzekeringspraktijk in onbruik waren geraakt, maar dat ook de wetgever zelf in latere wetgeving op aanverwant gebied er blijk van had gegeven niet meer van de gelding van deze artikelen uit te gaan. Het is vooral deze laatste omstandigheid die verhindert dat uit dit arrest ten aanzien van de vraag of en zo ja

onder welke omstandigheden de rechter een wettelijk voorschrift naast zich neer mag leggen, te algemene conclusies kunnen worden getrokken.

Persoonlijk zou ik die vraag in beginsel en, behoudens zeer bijzondere omstandigheden, ontkennend willen beantwoorden. De staatsrechtelijke positie die aan de rechter in een rechtsorde als de onze is gegeven, brengt, juist als tegenwicht tegen de hem daarin terecht toegekende onafhankelijkheid, mee dat hij het gezag van de wetgever, waaraan hij zijn bevoegdheden ontleent, in beginsel als voor hem bindend moet aanvaarden.<sup>54</sup>

Hierover valt mijns inziens alleen anders te denken, indien op goede gronden kan worden aangenomen dat als gevolg van een op de vaststelling van een wettelijk voorschrift in tijdsorde volgende rechtsontwikkeling kan worden aangenomen dat zo'n voorschrift zijn plaats in de positieve rechtsorde geheel of gedeeltelijk heeft verloren. Dit was het geval in genoemde zaak *Maring/Assuradeuren*, die er een voorbeeld van is dat een wettelijk voorschrift ook zonder formele intrekking of een duidelijk derogerende werking van een later voorschrift uit de rechtsorde kan verdwijnen.<sup>55</sup>

Naast zijn veranderende instelling tegenover de wet en tegen-

---

54. Ik laat hierbij buiten beschouwing de bijzondere situatie waarin de rechter kan geraken, wanneer de rechtsorde binnen het kader waarvan hij werkzaam is, ineens stort doordat een dictatoriaal bewind naar de macht grijpt of zijn land in een oorlog door de vijand wordt bezet; de vragen die dan rijzen, hebben zo weinig gemeen met de vragen die hier worden besproken dat het weinig zin heeft deze in hetzelfde verband te behandelen.

55. Vgl. met betrekking tot het algemene, hier alleen op de rechtspraak betrokken probleem van de 'gelding' van het positieve recht en de 'getrouwheid' aan de wet onder meer: G.E. Langemeijer, *Inleiding tot de studie van de wijsbegeerte van het recht*, Zwolle 1973, p. 206 e.v., en *Bij nader inzien*, Zwolle 1979, p. 59. Verder de inleidingen van Langemeijer en Kisch over *Kan de afwijking van dwingend recht van de staat tot positief recht worden?*, *Handelingen van de Ver. voor de Wijsbegeerte van het recht (eerste gedeelte)* 1955. Voorts ook de beschouwingen van Ch.J. Enschedé in de aan G.J. Scholten aangeboden bundel *Non sine causa, over Wetten en rechters*, Zwolle 1979, p. 66 e.v.

over de bij wetsinterpretatie in acht te nemen grenzen heeft de rechter nog op een andere wijze meegewerkt aan de evolutie die in onze tijd de verschuiving van een meer gebonden naar een vrijere rechtspraak heeft meegebracht.

Die evolutie wordt namelijk niet alleen en misschien zelfs niet in hoofdzaak door veranderende interpretatiemethoden bepaald, maar vooral ook door de nog steeds toenemende betekenis die vage, onbepaalde normen in de rechtspraak zijn gaan spelen. Het betreft hier een ontwikkeling die weliswaar in hoofdzaak op rekening van de wetgever moet worden geschreven, maar die ongetwijfeld voor een deel ook door de rechter op gang is gebracht en dit wel in verschillende opzichten.

Ik denk daarbij in de eerste plaats aan gevallen waarin de rechter door een gewijzigde interpretatie een wettelijk voorschrift waaraan tevoren het karakter van een concrete, althans veel minder onbepaalde regel was toegekend, aldus is gaan uitleggen dat dit naast de oude betekenis tevens het karakter van een vage norm heeft gekregen.

Schoolvoorbeeld daarvan is het bekende arrest van 1919, waarbij de betekenis van de term onrechtmatige daad in artikel 1401 BW, tevoren opgevat als handelen of nalaten in strijd met een wettelijk voorschrift of inbreuk makend op enig subjectief recht, aldus werd uitgebreid dat daaronder mede moet worden begrepen al hetgeen in strijd is met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer tegenover eens anders persoon of goed betaamt.

Als tweede voorbeeld zou kunnen gelden het arrest van 12 maart 1926, NJ 1926, 777, dat voor de natuurlijke verbintenis de voorheen aangehangen enge door de ruime opvatting vervangende als gevolg waarvan onder dit begrip ook de verplichtingen uit moraal en fatsoen kwamen te vallen.

Eén van de vanouds in onze burgerlijke wetgeving voorkomende vage normomschrijvingen is de in artikel 1374 BW gegeven verwijzing naar de goede trouw. Naar tekst en plaats van dat artikel geldt die verwijzing alleen voor contractuele verhoudingen. Door de rechtspraak worden de eisen van de goede trouw echter ook voor verscheidene andere, zo al niet voor alle andere rechtsverhoudingen, als bepalend beschouwd.<sup>56</sup>

---

56. Vgl. de arresten van de Hoge Raad van 20 dec. 1946, NJ 1947, 59, →

Zo is het ook met de termen redelijkheid en billijkheid die voor het verbintenissenrecht als equivalenten voor de term goede trouw kunnen worden beschouwd en bij de invoering van het NBW voor het verbintenissenrecht geheel de plaats van de goede trouw zullen gaan innemen.

Het zijn termen die reeds thans als hanteringsmaatstaf voor de rechter een voortdurend grotere plaats innemen. Als voorbeeld noem ik het onder de naam Boon/Van Loon algemeen bekend geworden arrest van 27 november 1981, NJ 1982, 503, waarin de Hoge Raad met zoveel woorden terugkomende op vroegere jurisprudentie, besliste dat voor de toepassing van artikel 1:94 BW pensioenrechten deel uitmaken van de wettelijke huwelijksgemeenschap en daarmee dus bij de verdeling daarvan na echtscheiding of scheiding van tafel en bed rekening moet worden gehouden.

Op welke wijze dit behoort te geschieden, dient volgens het arrest te worden vastgesteld 'aan de hand van de eisen van redelijkheid en billijkheid die op de verdeling van een gemeenschap van toepassing zijn'. Op hetgeen die eisen al naar gelang van de omstandigheden kunnen meebrengen, wordt in het arrest uitvoerig ingegaan, waarbij opvalt dat die eisen onder bepaalde omstandigheden ook tot een matiging van de verrekeningsvordering kunnen leiden. De Hoge Raad geeft daarvoor een hele reeks van voorschriften waarmee op dit gebied de eisen van redelijkheid en billijkheid worden ingevuld.

Daarmee is de rol van die eisen in deze materie echter nog niet uitgespeeld. De Hoge Raad voorziet de mogelijkheid dat zijn van de tot dusver bestaande jurisprudentie afwijkende beslissing aanleiding kan geven tot vorderingen op grond van het tweede lid van artikel 1:158 BW met betrekking tot de verdeling van huwelijksgemeenschappen waarbij overeenkomstig de oude jurisprudentie met pensioenrechten nog geen rekening was gehouden en bepaalt met het oog daarop dat de eisen van

---

→ voor de verhouding tussen de deelgenoten van een ervengemeenschap; 9 mei 1952, NJ 1953, 563, over de ontbonden huwelijksgemeenschap; en 15 nov. 1957, NJ 1958, 67, over de precontractuele verhouding; alsmede J. Wiarda, Aard en betekenis van de rechtsbeginselen, inzonderheid van de beginselen van goede trouw en billijkheid in ons positieve recht, Zwolle 1947.

redelijkheid en billijkheid in verband met het belang van de rechtszekerheid in de regel zullen meebrengen dat een zodanige vordering – die de wederpartij niet meer behoefde te verwachten – thans niet meer geldend kan worden gemaakt. De Hoge Raad voorzag aldus in het ontbreken van een overgangsregeling die bij wetwijzigingen door de wetgever pleegt te worden getroffen, doch bij wijziging van een vaste jurisprudentie uiteraard ontbreekt, zulks uitsluitend en geheel alweer op grond van de eisen van de redelijkheid en de billijkheid en het belang van de rechtszekerheid.

Het verdient opmerking dat de Hoge Raad met zulk een jurisprudentiële overgangsregeling het spoor volgde van de beide Europese Hoven, het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen en het Europese Hof voor de rechten van de mens, die respectievelijk in het arrest van het Luxemburgse Hof van 8 april 1976, rec. 1976 Sabena, p. 481, en in het arrest van het Straatsburgse Hof van 13 juni 1979, Marckx serie A, vol. 31, par. 58, met het oog op de retroactiviteit die aan deze beslissingen mogelijk zou kunnen worden verbonden, in dit opzicht vergelijkbare beslissingen gaven.

In de rechtspraak spelen geschillen waarbij de toepassing van vage normen als waarvan hier sprake is in het geding zijn, een voortdurend grotere rol, gelijk reeds een oppervlakkige kennisneming van de juridische documentatie op dit gebied kan leren. Het jurisprudentie-onderzoek van Snijders geeft hiervan een bevestiging; het leert dat in de door hem onderzochte periode 22,2% van de uitspraken van de Hoge Raad en 65% van die van de gerechtshoven beslissingen over vage normbestanddelen behelzen.<sup>57</sup>

Een andere aanwijzing voor dit verschijnsel valt te ontlenen aan het door L. Hollander voor het kaartsysteem van de Nederlandse jurisprudentie bewerkte overzicht van de arresten van de Hoge Raad die op het onderwerp cassatie betrekking hebben; daaronder worden 88 beslissingen vermeld die als 'gemengde beslissingen' worden gekwalificeerd, d.w.z. beslissingen betreffende gevallen die, doordat zij op vage normbestanddelen betrekking hebben, een gemengd juridisch-feitelijk ka-

---

57. T.a.p., p. 177 e.v.

rakter dragen. Van die 88 tussen 1947 en 1977 gewezen arresten werden gedurende het eerste tiental jaren vijf, gedurende het tweede tiental jaren zestien en gedurende het laatste tiental 67 geweest.<sup>58</sup> Een supplement op dit overzicht dat tot 1 maart 1983 loopt, vermeldt een veertigtal van dergelijke arresten.

De toeneming van de rol die vage normen in de rechtspraak zijn gaan spelen, zal zeker mede verband houden met de omstandigheid dat wij tot dusver hebben geleefd onder een verouderend burgerlijk wetboek. Dat dit wetboek tot op heden zijn greep op het maatschappelijk leven heeft kunnen behouden – zij het met steeds meer publiekrechtelijk struikgewas overwoekerd – is op zich zelf al een wonder; het is echter begrijpelijk dat bij het voortgaan van de tijd de aanpassing aan de gewijzigde omstandigheden niet alleen een wat elastischer interpretatie noodzakelijk heeft gemaakt, maar ook dat de uit haar aard meest elastische bepalingen, die maatschappelijke ontwikkelingen en gewijzigde inzichten zonder moeite in zich konden opnemen, in de rechtspraak een steeds grotere betekenis hebben gekregen.

### *5.3. De invloed van de wetgeving; het nieuwe Burgerlijk Wetboek*

Zoals reeds werd opgemerkt, is het niet alleen de rechter, maar vooral ook de wetgever geweest die aan de verschuiving van meer heteronome naar meer autonome vormen van rechtsvinding in hoge mate heeft bijgedragen; hij deed dit door de toepassing van vormen van wetgeving waarin van vage normomschrijvingen een steeds groter gebruik werd gemaakt.

De 'Flucht in die Generalklausel'<sup>59</sup> is een voor de hedendaagse wetgeving, niet alleen in Nederland, bekend verschijnsel. Het burgerlijk recht heeft zonder dergelijke 'Generalklausel' nimmer kunnen leven. Men denke aan de goede trouw, en de redelijkheid en billijkheid in het overeenkomstenrecht en

---

58. Vgl. mijn preadvies over cassatie voor de Nederlandse Juristenvereniging 1978, p. 71.

59. Term, geïntroduceerd door Hedemann in zijn brochure *Die Flucht in die Generalklausel, eine Gefahr für Recht und Staat*, Tübingen 1933.

aan de in het maatschappelijk verkeer betamende zorgvuldigheid bij de onrechtmatige daad.

De 'vermaatschappelijking'<sup>60</sup> van dit recht, die in deze eeuw in toenemende mate door de wetgever is nagestreefd, heeft op deelgebieden nog een aanmerkelijke vermeerdering van het gebruik van termen als deze in de wetgeving tot gevolg gehad. Het arbeidsrecht, de huur- en pachtwetgeving, het ondernemingsrecht geven talrijke voorbeelden van gevallen waarin de wetgever door wetgeving in deze vorm de moeilijkheden die aan een meer uitgewerkte regeling van de desbetreffende materie zijn verbonden, voor elk concreet geval ter oplossing aan de rechter overlaat. Een aantal van dergelijke voorbeelden zijn:

- voor het arbeidsrecht (met betrekking tot de regeling van de verschillende wijzen waarop de dienstbetrekking kan eindigen) de 'dringende redenen' van de artikelen 1639o en p, de 'gewichtige redenen' van artikel 1639w, het 'kennelijk onredelijk' doen eindigen van de dienstbetrekking van artikel 1639s<sup>61</sup>;
- voor het huurrecht de belangenafweging tussen huurder en verhuurder naar billijkheid, die in de elkander snel opvolgende regelingen van deze materie steeds een belangrijke rol vervulde in de gevallen waarin over de verlenging van de huur door de rechter moest worden beslist, en die ook thans nog daarvoor doorslaggevend is in het geval van artikel 1623e onder 2 BW;
- voor het pachtrecht eveneens (met betrekking tot de verlenging van de pachtovereenkomst) de beslissingen 'naar billijkheid' in de artikelen 38 en 41 Pachtwet;
- voor het ondernemingsrecht de regeling van het enquête-recht in de artikelen 2:344 e.v. BW, waarbij volgens artikel 350 verzoeken tot het doen instellen van een onderzoek door de Ondernemingskamer van het Amsterdamse Gerechtshof kunnen worden toegewezen, indien gegronde re-

---

60. Reeds in 1938 werd dit verschijnsel beschreven door J. Valkhoff in zijn *Een eeuw rechtsonwikkeling, de vermaatschappelijking van het Nederlandse privaatrecht sinds de codificatie*.

61. Vgl. M.G. Rood, *Over vage normen in het sociaal recht*, in *Gratia Commercii*, opstellen aangeboden aan A. van Oven, Zwolle 1981, p. 225 e.v.



- denen bestaan om aan een 'juist beleid' te twijfelen en volgens artikel 355 bepaalde voorzieningen t.a.v. de onderneming kunnen worden getroffen, indien uit het verslag van het onderzoek van 'wanbeleid' is gebleken;
- voorts nog de Wet op de Ondernemingsraden, die het mogelijk maakt dat een ondernemingsraad bij datzelfde rechterlijke college in beroep komt van een beslissing van de ondernemer die in strijd met het advies van de ondernemingsraad is genomen, indien de ondernemer 'bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid niet tot zijn besluit heeft kunnen komen'.

Niet zelden hoort men naar aanleiding van dergelijke omschrijvingen de tot de wetgever gerichte kritiek van een bij het verleden vergeleken achteruitgang in wetgevend vermogen. Die kritiek is niet altijd billijk.

Het is stellig niet onmogelijk om voor onderwerpen als de beëindiging van de arbeidsovereenkomst of van de huur- of de pacht duidelijke en concrete regels te geven die bij de toepassing weinig of geen moeilijkheden geven en aldus de rechtszekerheid dienen. Zonder twijfel voldeden in dit opzicht de regels die het Burgerlijk Wetboek over deze onderwerpen oorspronkelijk behelsde, beter dan de tegenwoordige; even duidelijk is dat die regels in hun werking niet altijd beantwoordden aan de eisen van redelijkheid en billijkheid, zoals die ten aanzien van deze onderwerpen in onze tijd worden beleefd, en dat zij stellig niet geschikt waren de doeleinden te dienen die de wetgever van thans zich voor ogen stelt. Het ontwerpen van regels die ook aan deze eisen en doeleinden recht doen wedervaren, raakt echter, om nogmaals met Portalis te spreken, onvermijdelijk vele zaken 'qu'on s'efforceraît inutilement de prévoir ou qu'une prévoyance précipitée ne pourrait définir sans danger'. De wetgever heeft dan geen andere keus dan om zijn taak voor een groter of een kleiner deel, met meer of minder richting gevende aanwijzingen over te laten aan de rechter, die het tevooren niet voorzienbare in concreto voor zich krijgt. Deze wordt dan in zoverre van spreekbuis van de wet of wetsvertolker een naar redelijkheid en billijkheid oordelende scheidsman.

Het NBW onderbreekt deze ontwikkeling niet. Waar is dat het de rechtszekerheid dient door op vele plaatsen het recht-

spraakrecht dat zich op de grondslag van het thans nog geldende wetboek heeft ontwikkeld, in het nieuwe recht in een duidelijke formulering op te nemen. Waar is ook dat het voor een groot aantal onderwerpen veel duidelijker, concreter en fijner genuanceerde oplossingen geeft dan het huidige wetboek, en dat het daardoor zeker in de aanvang van zijn bestaan tot minder interpretatiemoeilijkheden aanleiding zal geven; ook zal de rechter, al is het nieuwe BW naar het woord van W. Snijders 'niet ingericht op legistische wetstoepassers'<sup>62</sup> tegenover de nieuwe bepalingen voorshands waarschijnlijk wat minder vrijmoedig staan dan tegenover de oude; daar staat echter tegenover dat het vergeleken bij het thans geldende BW een aanmerkelijk groter aantal algemeen geformuleerde voorschriften, uitzonderingen, voorbehouden en discretionaire bevoegdheden bevat die de rechter in de gelegenheid moeten stellen met het oog op de bijzondere omstandigheden van het individuele geval in vrijheid zijn beslissing te geven; het zijn bepalingen die voor een deel reeds in het thans geldende wetboek voorkomen, voor een deel ontleend zijn aan de jurisprudentie, maar voor een deel ook nieuwe mogelijkheden scheppen voor een soms vergaand autonome rechtsvinding.

Naar in de memorie van antwoord op het inmiddels wet geworden, zij het nog niet in werking getreden ontwerp voor het zesde boek, het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht, wordt opgemerkt, is juist een van de belangrijkste doelstellingen van het nieuwe wetboek 'het herstellen van een evenwichtige taakverdeling tussen wetgever en rechter, een evenwicht dat in het huidige verouderde wetboek in verschillende opzichten is verstoord'.<sup>63</sup> Er bestaan, zo leest men in die memorie, tevens bedoeld als toelichting op het na de oorspronkelijke voorstellen vrij sterk gewijzigde ontwerp, gevallen waarin aan een gedetailleerde wetgeving een duidelijke behoefte bestaat. Dat zijn in de eerste plaats gevallen die zich in de praktijk veelvuldig voordoen en waar zonder gedetailleerde regels juist voor veel voorkomende kwesties onzekerheden zouden blijven bestaan, die in de rechtspraak niet zouden zijn op te lossen dan ten koste van talrijke procedures met alle daaraan voor de be-

---

62. NJB 1987, p. 1317.

63. Parlementaire geschiedenis Boek 6, p. 26.

trokkenen verbonden bezwaren. Daarnaast kan het zijn dat zich reeds onder het oude recht een rechtspraak had gevormd waarvan het overzichtshalve nuttig was de resultaten vast te leggen en aldus daaraan een wettelijke basis te geven die eventueel ook als uitgangspunt kan dienen voor nieuwe ontwikkelingen. Aan de andere kant komt het, aldus nog steeds die memorie, veelvuldig voor dat bepaalde details beter aan de rechter kunnen worden overgelaten; dat geldt voor details van mindere betekenis, maar ook daar waar 'de feitelijke situaties waarom het gaat, onvoldoende overzien kunnen worden om tot een verantwoorde regel te kunnen komen'; dergelijke gevallen worden in het nieuwe wetboek beheerst door het ongeschreven recht. De redacteur van de memorie besluit zijn beschouwingen op dit punt met het uitspreken van het vertrouwen dat in het gewijzigde ontwerp 'een redelijk evenwicht tussen wettelijke regels en verwijzingen naar het ongeschreven recht is bereikt'.<sup>64</sup>

Het is niet verwonderlijk dat deze beschouwingen meer in het bijzonder naar aanleiding van het zesde boek van het nieuwe wetboek zijn gegeven; het verbintenissenrecht is naar zijn aard het meest dynamische gedeelte van het burgerlijk recht; het regelt een rechtsstof die aanleiding kan geven tot conflicten van allerlei soort die vaak moeilijk zijn te voorzien; rechtersrecht heeft er altijd een grote rol in gespeeld.

Bij zijn verwijzingen naar het ongeschreven recht heeft de wetgever voor dit boek vooral van drie begrippen gebruik gemaakt: de eisen of maatstaven van de 'redelijkheid en billijkheid', de 'in het verkeer geldende opvattingen' en 'hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt'.

Onder deze begrippen spelen de redelijkheid en de billijkheid zonder twijfel de hoofdrol. Zij omvatten ook hetgeen in het oude verbintenissenrecht, in het bijzonder in het overeenkomstenrecht, met de goede trouw werd aangeduid, term, die men in het nieuwe verbintenissenrecht heeft willen vermijden, om de verwarring te voorkomen welke van het verschillende gebruik van dit begrip in verbintenissenrechtelijke zin (veelal aangeduid als objectieve goede trouw) en zakenrechtelijke zin

---

64. Parlementaire geschiedenis Boek 6, p. 27.

(veelal aangeduid als subjectieve goede trouw) zou kunnen ontstaan.<sup>65</sup>

Evenals dit het geval was met de goede trouw onder het oude verbintenissenrecht, zoals dit zal blijven gelden totdat het nieuwe recht in werking zal zijn getreden, zullen ook voor het nieuwe recht de eisen van de redelijkheid en de billijkheid ten aanzien van de regels welke in een bepaalde situatie voortvloeien uit wet, gewoonte of rechtshandeling (meestal contract) een zowel aanvullende als beperkende invloed kunnen hebben; een aanvullende invloed, indien de op een bepaalde rechtsverhouding toepasselijke regels leemten blijken te vertonen; een beperkende invloed, indien de toepassing van die regels onder bepaalde omstandigheden zou leiden tot onredelijke of onbillijke gevolgen.

De meest algemene verwijzing naar de eisen en de maatstaven van de redelijkheid en billijkheid bevat artikel 6.1.1.2 dat gerust als de grondregel van het gehele verbintenissenrecht kan worden beschouwd; het bepaalt in zijn eerste lid dat schuldeiser en schuldenaar verplicht zijn zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid; het voegt aldus aan al hetgeen krachtens geldend positief recht of de inhoud van de overeenkomst (of andere rechtshandeling) tussen partijen geldt, de eisen van redelijkheid en billijkheid toe; na zijn inwerkingtreding zal het dezelfde rol vervullen die thans nog door de artikelen 1374 en 1375 BW wordt gespeeld; ook voor het geldende recht was aan het daar in het bijzonder voor het overeenkomstenrecht uitgedrukte beginsel door de jurisprudentie reeds een uitbreiding gegeven die het een meer algemene ook voor andere rechtsverhoudingen geldende strekking had verleend.

Kan men dus zeggen dat het artikel in zijn eerste lid het oude recht, zoals zich dit mede door de jurisprudentie had ontwikkeld, samenvat, het tweede lid lijkt mij in bepaalde opzichten verder te gaan dan door velen ten aanzien van dat recht tot dusver werd aangenomen. Houdt het eerste lid zich, zoals wij zagen, bezig met de aanvullende werking van de eisen van rede-

---

65. Parlementaire geschiedenis Boek 6, p. 66. Vgl. ook G.E. Lange-meijer in *De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht*, Zwolle 1985, 5e herziene druk, p. 111.

lijkheid en billijkheid ten aanzien van het geheel van regels die tussen partijen op grond van het geschreven recht, de gewoonte of een rechtshandeling gelden, het tweede lid betreft de beperkende werking die van die eisen op deze regels kan uitgaan. Het bepaalt namelijk dat die regels niet worden toegepast 'voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn'. Uit die bepaling volgt dat redelijkheid en billijkheid kunnen meebrengen dat in de verhouding tussen schuldeiser en schuldenaar niet alleen het gewoonterecht en de krachtens overeenkomst of andere rechtshandeling tussen partijen geldende regels, maar onder bepaalde omstandigheden ook wettelijke bepalingen buiten toepassing moeten blijven; tussen regeland en dwingend recht wordt daarbij geen onderscheid gemaakt, hetgeen een afwijking betekent van de opvatting die nog door Meijers ten aanzien van de verhouding tussen geschreven en ongeschreven recht was neergelegd in de door hem voor het nieuwe wetboek ontworpen inleidende titel. Daarin werd blijkens het voorgestelde artikel 3 wél erkend dat een regelende wet en een gewoonte buiten toepassing kunnen blijven wanneer haar toepassing in het gegeven geval 'op grond van bijzondere omstandigheden kennelijk onbillijk zou zijn', maar volgens het voorgestelde artikel 1, eerste lid, kon de billijkheid evenmin als de gewoonte de toepassing van een dwingende wet uitsluiten. De thans in de wet tot uitdrukking gebrachte erkenning dat redelijkheid en billijkheid kunnen meebrengen dat soms ook regels van dwingend recht buiten toepassing moeten blijven, lijkt het sluitstuk van een rechtsontwikkeling waarin in het bijzonder met betrekking tot het contractenrecht de jurisprudentie haar ten opzichte van de beperkende werking van de goede trouw aanvankelijk stellig afwerende houding steeds verder heeft laten varen; voor zover ik zie was de erkenning van die mogelijkheden echter niet eerder zo onomwonden uitgesproken als thans in het tweede lid van artikel 6.1.1.2 is geschied.<sup>66</sup>

---

66. Vgl. over de beperkende werking van de goede trouw P. Abas in zijn in 1972 over dit onderwerp verschenen proefschrift, alsmede in Hofmann-Abas p. 195 e.v., en ten slotte in zijn bijdrage aan de aan G.J. Scholten opgedragen bundel *Non sine causa*; voorts W.C.L. van der Grinten in zijn Academie-voordracht van 1978, *De redelijkheid en de billijkheid in het overeenkomstenrecht*.

In zijn commentaar op het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht volgens het NBW<sup>67</sup> bestrijdt Schoordijk dit artikel. Zijn bezwaren komen overeen met die welke hij ook tegen de leer van de beperkende werking van de goede trouw heeft. Redelijkheid en billijkheid oefenen volgens hem haar beslissende invloed reeds uit bij de interpretatie van wettelijke voorschriften en contractuele bepalingen en daarom bestaat geen behoefte aan een voorschrift volgens hetwelk de regels die tussen partijen krachtens wet, gewoonte of rechtshandeling gelden, buiten toepassing mogen worden gelaten, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn; naar redelijkheid en billijkheid geïnterpreteerd leiden die regels volgens Schoordijk immers reeds zelf tot het resultaat, dat zij in de gevallen waarin zij tot onaanvaardbare gevolgen zouden leiden, niet gelden.

In zijn bespreking van de tweede druk van dit boekje in *RM Themis*<sup>68</sup> komt Schoordijk op dit punt terug. Hij betoogt daar nogmaals dat 'een goed rechter een wettekst alleen maar juridisch – het oog gericht op een rechtvaardig oordeel – leest en nooit zal mogen aannemen dat een bepaling in een bepaald geval, zo zij een onredelijk resultaat zou opleveren, desalniettemin zal gelden, om haar daarna buiten gevecht te stellen', door gebruik te maken van een uitzonderingsbepaling als in artikel 6.1.1.2 NBW gegeven.

De zienswijze van Schoordijk is op dit punt natuurlijk nauw verbonden met de hoge mate van vrijheid die hij aan de rechterlijke rechtsvinding toekent en die uitmondt in zijn reeds eerder gereleveerde uitspraak 'dat het te bereiken goede resultaat de inhoud van de norm bepaalt'.<sup>69</sup>

Zoals hierboven onder 5.2 reeds werd uiteengezet, kan in de jurisprudentie reeds thans een aantal gevallen worden aangegeven, waarin de rechter bereid is geweest zich van een op zichzelf duidelijke wettekst te distantiëren, indien de letterlijke toepassing daarvan in de desbetreffende – meestal uitzonderlijke – situatie tot een onaanvaardbaar resultaat zou leiden.

---

67. Deventer 1979, p. 33 e.v.

68. *RM Themis* 1982, p. 163 en 164.

69. Vgl. hiervoor, p. 40.

Vaak dient een verwijzing naar wat een redelijke interpretatie meebrengt daarbij als de enige motivering.

Zet deze lijn zich voort, dan is een bepaling als in artikel 6.1.1.2 NBW vervat inderdaad overbodig. Niettemin blijft de afwijking van een duidelijke wettekst voor de rechter een onderneming waarin hij in het algemeen niet zonder grote aarzeling overgaat; en dat is maar goed ook. Het in het komende recht gegeven voorschrift dat hem de vrijheid daartoe biedt en de grenzen daarvan bepaalt, kan helpen in een daartoe werkelijk aanleiding gevend geval zo'n aarzeling te overwinnen, al zal niet iedereen daartoe de behoefte gevoelen. De inderdaad koninklijker weg die Schoordijk propageert, is nu eenmaal niet voor iedereen even gemakkelijk begaanbaar.

Ik blijf daarom het tweede lid van artikel 6.1.1.2 voor een wellicht niet noodzakelijke, maar wel nuttige bepaling houden.

Intussen vraagt terecht de redactie van deze bepaling van de rechter op dit punt een houding van grote voorzichtigheid. Hij mag de in het gegeven geval in beginsel krachtens wet, gewoonte of rechtshandeling toepasselijke regel immers slechts dan voor de maatstaven van de billijkheid en de redelijkheid laten wijken, indien de toepassing van die regel naar die maatstaven 'onaanvaardbaar' zou zijn.

Deze maning tot wat in de toelichting 'de nodige terughoudendheid' wordt genoemd, is voor de gevallen waarin op redelijkheid en billijkheid beroep wordt gedaan tegenover de tussen partijen in de gegeven rechtsverhouding in beginsel geldende regels begrijpelijk. Zij betekent dat bij een rechter die geneigd is zo'n beroep te aanvaarden een sterke overtuiging moet bestaan dat de toepassing van die regels in de bijzondere omstandigheden van het gegeven geval met redelijkheid en billijkheid duidelijk onverenigbaar zou zijn.

Een wettelijke regel, een gewoonte, een contractuele bepaling mag dus niet reeds dan buiten toepassing worden gelaten, omdat de rechter vindt dat toepassing ervan in het gegeven geval een minder goede oplossing geeft dan door het enkel volgen van redelijkheid en billijkheid zou worden verkregen; slechts indien de toepassing van die regels tot onaanvaardbare, dat is tot duidelijk onredelijke en onbillijke gevolgen zou leiden, mag de toepassing van de regel achterwege worden gelaten.

Het is de wetgever niet gemakkelijk gevallen voor de mate

van de in gevallen als deze in acht te nemen rechterlijke terughoudendheid het juiste woordgebruik te vinden. In het oorspronkelijke ontwerp voor het zesde boek was voor het tweede lid van artikel 6.1.1.2 een wat andere redactie gekozen. Volgens deze zou de schuldeiser zijn recht niet kunnen uitoefenen, voor zover hij in de gegeven omstandigheden 'onbetamelijk' zou handelen door de schuldenaar aan diens verplichtingen te houden. Blijkens de toelichting op dat ontwerp was hier het woord 'onbetamelijk' gekozen om tot uitdrukking te brengen dat strijd met de redelijkheid op zichzelf voor de toepasselijkheid van deze bepaling niet voldoende is; de bedoeling daarvan is blijkbaar deze dat alleen in uitzonderlijke omstandigheden waarin de schuldeiser door de schuldenaar aan diens verplichtingen te houden duidelijk afkeurenswaardig zou handelen, beroep op die bepaling zou kunnen worden gedaan.

Ik geloof niet dat de redactieverschillen die het oorspronkelijk en het gewijzigd ontwerp met betrekking tot het tweede lid van artikel 6.1.1.2 vertonen ten aanzien van de van de rechter bij de toepassing van deze bepaling te betrachten terughoudendheid, een verschil van opvatting verraden. Uit de toelichting op het gewijzigde ontwerp blijkt dat voor de vervanging van het onbetamelijkheidscriterium als aanduiding voor het uitzonderlijk karakter van de omstandigheden die afwijking van wet, gewoonte of overeenkomst kunnen rechtvaardigen, door het onaanvaardbaarheidscriterium twee redenen hebben bestaan. In de eerste plaats heeft, zo blijkt daaruit, de redacteur van het gewijzigd ontwerp tot uitdrukking willen brengen dat het bij de toepassing van het eerste en van het tweede lid van artikel 6.1.1.2 niet om twee verschillende criteria (eerste lid redelijkheid en billijkheid, tweede lid betamelijkheid), maar in beide gevallen om de toepassing van dezelfde maatstaf namelijk redelijkheid en billijkheid gaat; in de tweede plaats heeft hij willen voorkomen dat verband zou worden gelegd tussen hetgeen in het oorspronkelijk ontwerp van artikel 6.1.1.2 als onbetamelijk werd aangeduid en het gebruik dat vanouds en ook in het nieuwe wetboek (artikel 6.3.1.1) van het betamelijkheidsbegrip wordt gemaakt bij de omschrijving van de onrechtmatige daad.<sup>70</sup>

---

70. Parlementaire geschiedenis Boek 6, p. 68 en 69.



De voor het tweede lid van artikel 6.1.1.2 gekozen nieuwe redactie maakt duidelijk dat het zowel bij de aanvullende als bij de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid om dezelfde maatstaven gaat. Het verschil is alleen – maar dat verschil is mijns inziens wel belangrijk – dat de rechter die in een bepaald geval met het oog op redelijkheid en billijkheid wettelijke voorschriften, gewoonte of contractuele bepalingen buiten toepassing meent te moeten laten, daarbij een hogere mate van voorzichtigheid en terughouding zal hebben te betrachten dan die welke reeds in het algemeen bij het hanteren van deze en dergelijke vage normen van hem moet worden verwacht; dat verschil wordt in het tweede lid van artikel 6.1.1.2 door het gebruik van het woord ‘onaanvaardbaar’ tot uitdrukking gebracht.

Toepassing van dezelfde gedachte in nog wat scherpere bevoordingen vindt men in artikel 6.1.8.18 waarin de rechter de bevoegdheid wordt toegekend een contractuele boete te matigen ‘indien de billijkheid dat klaarblijkelijk eist’, en in artikel 6.1.9.12a volgens hetwelk, indien bij het bestaan van een verplichting tot schadevergoeding toekenning van een volledige schadevergoeding in de gegeven omstandigheden (waaronder de aard van de aansprakelijkheid, de tussen partijen bestaande rechtsverhouding en hun beider draagkracht) tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden, de rechter die verplichting kan matigen. Ook in deze gevallen gaat het om een uitzondering op een in het eerste geval uit een overeenkomst, in het tweede geval uit de wet voortvloeiende verplichting. Regel is dat dergelijke verplichtingen integraal moeten worden nagekomen. De rechter die dat in een gegeven geval te hard vindt, zal aan zijn neiging tot mitigatie alleen dan mogen toegeven, indien de ‘billijkheid dat klaarblijkelijk eist’ of toepassing van de regel tot ‘kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden’, indien met andere woorden aan de onredelijkheid of onbillijkheid van de gevolgen die toepassing van de regel zou meebrengen, onder redelijk denkende mensen geen of nauwelijks twijfel kan bestaan.

De zorgvuldige wijze waarop in het zesde boek van het nieuwe BW de vermaning bij de toepassing van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid een zekere terughoudendheid te betrachten soms niet en soms wél wordt gegeven en dat laatste

dan soms nog in bewoordingen van verschillende sterkte, leert dat het hier om nuances gaat. Duidelijk is dat voor zo'n terughoudendheid ten aanzien van de aanvullende werking van de redelijkheid en de billijkheid in het algemeen minder aanleiding zal bestaan dan bij de beperkende werking daarvan; bij de aanvulling van een door wet of overeenkomst gelaten leemte behoort de rechter over een grotere vrijheid te beschikken dan bij het maken van een uitzondering op hetgeen daarin uitdrukkelijk is bepaald; en ook bij dat laatste zal de graad van de in acht te nemen terughoudendheid afhangen van de aard van de regel die op grond van redelijkheid of billijkheid terzijde wordt gesteld, van de mate waarin dat geschiedt en in het algemeen van de bijzondere omstandigheden van het geval.

Men vindt in het nieuwe verbintenissenrecht nog een aantal andere bepalingen waarin de in artikel 6.1.1.2 neergelegde verwijzingen naar de redelijkheid en de billijkheid voor bijzondere situaties worden uitgewerkt.

De belangrijkste is artikel 6.5.3.1 waarin dezelfde beginselen voor het overeenkomstenrecht worden herhaald.

Het is vooral op dit gebied van dat recht dat in het verleden de vraag naar de beperkende werking van de goede trouw – een begrip dat, zoals wij zagen, thans mede onder redelijkheid en billijkheid moet worden begrepen – tot veel meningsverschil heeft geleid.

Aanleiding tot die strijd had vooral gegeven een aantal in de twintiger jaren door de Hoge Raad gewezen arresten<sup>71</sup> waarin de vooral door Meijers<sup>72</sup> verdedigde opvatting dat bij sterk gewijzigde omstandigheden de goede trouw kan meebrengen dat ongewijzigde nakoming van de overeenkomst niet meer kan worden gevraagd, werd afgewezen.

Dat die mogelijkheid inderdaad bestaat wordt thans door artikel 6.5.3.11 buiten twijfel gesteld; dat artikel geeft de rechter namelijk de bevoegdheid de gevolgen van een overeenkomst te wijzigen of deze geheel te ontbinden op grond van onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde

---

71. HR 8 jan. 1926, NJ 1926, 203; 19 maart 1926, NJ 1926, 441; 2 jan. 1931, NJ 1931, 274; 20 maart 1936, NJ 1936, 412.

72. Preadvies Nederlandse Juristenvereniging 1918.

instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten.<sup>73</sup>

Op één andere, buiten het overeenkomstenrecht vallende bepaling wil ik hier nog de aandacht vestigen, omdat de rol die daar aan de redelijkheid is toegekend een hoofdrol is, die op het desbetreffende gebied het gehele spel beheerst. Het is artikel 6.4.3.1, de enige bepaling in de afdeling, die aan de ongerechtvaardigde verrijking is gewijd; het bepaalt dat hij die ongerechtvaardigd verrijkt is ten koste van een ander, de verplichting heeft diens schade te vergoeden tot het bedrag van zijn verrijking 'voor zover dit redelijk is'.

Naast de eisen van de redelijkheid en billijkheid zullen in het nieuwe verbintenissenrecht ook de 'verkeersopvattingen' een belangrijke rol spelen. Uiteraard zal ook dit begrip, al schijnt het te verwijzen naar normen van iets meer objectief bepaalde inhoud dan redelijkheid en billijkheid, door en in de rechtspraak zijn inhoud moeten krijgen. De bepalingen waarin naar de verkeersopvattingen wordt verwezen, betreffen vooral onderwerpen waarin het gaat om de vraag voor wiens risico de gevolgen van bepaalde omstandigheden moeten worden gebracht.

Zo bepaalt artikel 6.1.8.2 bij de regeling van de overmacht dat een tekortkoming aan de schuldenaar niet kan worden toegerekend, indien zij niet te wijten is aan zijn schuld, noch krachtens wet, rechtshandeling of 'in het verkeer geldende opvattingen' voor zijn rekening komt. Zo voegt artikel 6.1.8.3a aan de regel dat, zo bij de uitvoering van een verbintenis gebruik wordt gemaakt van een daartoe ongeschikte zaak, de tekortkoming die daardoor ontstaat, aan de schuldenaar wordt toegerekend, als uitzondering toe 'tenzij dit, gelet op inhoud en strekking van de rechtshandeling waaruit de verbintenis voortvloeit, de in het verkeer geldende opvattingen en de overige omstandigheden van het geval onredelijk zou zijn'. Het is een voorbeeld van een geval waarin zowel aan de verkeersopvattingen als aan de redelijkheid een beperkende werking wordt toegekend ten opzichte van de hoofdregel volgens welke men voor

---

73. Uit het arrest van de Hoge Raad van 27 april 1984, NJ 1984, 679, kan worden afgeleid dat het bestaan van deze regel ook reeds voor het thans geldende recht moet worden aangenomen; ook hier weer een voorbeeld van anticipatie op het NBW.

de zaken die men bij de uitvoering van een verbintenis gebruikt, moet instaan.

Ook met betrekking tot de onrechtmatige daad zullen de verkeersopvattingen een rol kunnen spelen. Volgens het derde lid van art. 6.3.1.1 zal zo'n daad immers aan de dader worden toegerekend, niet alleen indien deze aan zijn schuld is te wijten, maar ook indien die daad te wijten is aan een oorzaak, welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt.

Naast deze verkeersopvattingen, die wel in het bijzonder op het economische verkeer zullen slaan, vindt men in artikel 6.1.1.3 een verwijzing naar het verwante, maar wat ruimere begrip 'maatschappelijke opvattingen'. Het artikel betreft de natuurlijke verbintenis, waarvan het bestaan, naast de gevallen, waarin wet of rechtshandeling aan een verbintenis afdwingbaarheid onthoudt, ook wordt aangenomen wanneer iemand jegens een ander een dringende morele verplichting heeft van zodanige aard, dat naleving daarvan, ofschoon rechtens niet afdwingbaar, naar maatschappelijke opvattingen als voldoening van een aan die ander toekomende prestatie moet worden aangemerkt.

In al deze gevallen worden de lijnen die de jurisprudentie op de grondslag van het tot dusver geldende recht had aangegeven, doorgetrokken.<sup>74</sup>

Zo is het ook met de verwijzing naar hetgeen 'volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt' bij de omschrijving van de onrechtmatige daad in artikel 6.3.1.1. Hier is de in de jurisprudentie gevormde regel in de plaats getreden van de tekst van het oude artikel 1401 BW; nieuw is daarbij de uitdrukkelijke verwijzing naar het ongeschreven recht.

In ruimere mate dan in het thans nog geldende BW het geval is, kent voorts het nieuwe recht gevallen waarin aan de rechter onder bepaalde omstandigheden bevoegdheden worden gegeven, die blijkens het gebruik van het woordje 'kan' een discretionair karakter hebben; zijn de omstandigheden waaronder zulk een bevoegdheid de rechter toekomt, aanwezig, dan is hij

---

74. Vgl. voor artikel 6.1.8.3a het arrest van de HR van 5 jan. 1968, NJ 1968, 102, en voor artikel 6.1.1.3 o.a. het arrest van 26 mei 1954, NJ 1954, 453.

dus vrij naar eigen inzicht daarvan het gebruik te maken dat hem goeddunkt; het is echter duidelijk dat ook hier redelijkheid en billijkheid, onverschillig of deze hem in de desbetreffende bepaling al dan niet uitdrukkelijk worden voorgehouden, zijn enig richtsnoer behoren te zijn.

Het zijn soms bijzonder diep ingrijpende bevoegdheden waarom het hier gaat. Men denke aan de in het reeds genoemde artikel 6.1.9.12a aan de rechter toegekende bevoegdheid tot matiging van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding, wanneer deze tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden, en die van artikel 6.5.3.11 tot de gehele of gedeeltelijke ontbinding of wijziging van de gevolgen van overeenkomsten op grond van onvoorziene omstandigheden van zodanige aard dat naar redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag worden verwacht. Volgens artikel 6.5.3.12a heeft de rechter de bevoegdheid bij toewijzing van de vordering daaraan door hem te bepalen voorwaarden te verbinden.

Het lijkt niet nodig om aan de hierboven gegeven beschrijving van de belangrijke plaats, die, vooral in ons toekomstig verbintenissenrecht, vage normen zullen spelen, veel toe te voegen. Het beeld spreekt voor zichzelf. De ontwerpers hebben zich blijkens de inhoud van het ontwerp de uiterste moeite getroost voor een zo minutieus mogelijke en naar veler smaak misschien overgedetailleerde regeling van de stof; dat zij op belangrijke knooppunten toch – en mijns inziens terecht – telkens weer de behoefte hebben gevoeld aan voorschriften die tenslotte aan de redelijkheid, de billijkheid, de betamelijkheid, de verkeersopvattingen – en daarmee in belangrijke mate aan het inzicht van de rechter – het laatste woord laten, is een voor de rechtsontwikkeling van onze tijd tekenend verschijnsel.

#### *5.4. De invloed van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden*

In de vorige drukken van dit boekje is niet of nauwelijks sprake geweest van de toenemende invloed die het EVRM op de Nederlandse rechtspraak heeft uitgeoefend. In het licht van de

ontwikkeling in vooral de tachtiger jaren kan in ons land over rechtsvinding eigenlijk niet meer goed worden gesproken zonder ook van die invloed gewag te maken.

Er is natuurlijk nog veel ander verdragsrecht dat zijn invloed op de Nederlandse rechtspraak doet gelden. Men denke aan het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten en aan het EEG-Verdrag. Een algemene behandeling van dit onderwerp zou het kader van dit boekje verre te buiten gaan. Ik beperk mij tot de invloed van het EVRM, omdat dit, wat de rechtsvinding door de Nederlandse rechter betreft, tot de meest opmerkelijke beslissingen heeft geleid.<sup>75</sup> En zelfs daarvan zou een volledige behandeling mij te ver voeren, gezien de omvang die de jurisprudentie over het verdrag heeft gekregen. Beperkt men zich tot de gegevens die het kaartstelsel van de Nederlandse Jurisprudentie oplevert, dan blijkt dat de jurisprudentie over dit verdrag dat op 4 november 1950 is gesloten en op 28 juli 1954 voor Nederland van kracht is geworden, tot 1975 ongeveer twintig arresten van de Hoge Raad omvat; in de volgende vijf jaren vindt men 34 arresten, terwijl in de tachtiger jaren volgens een in oktober 1987 gemaakte telling het aantal arresten (en beschikkingen) tot 230 is opgelopen.

Het zijn arresten die zich zowel op het gebied van het burgerlijk recht als op dat van het strafrecht en het administratief recht bewegen. Ik beperk mij hier tot de burgerrechtelijke arresten en bepaal mij daarbij tot het familierecht, omdat op dit gebied de invloed van het EVRM het sterkste is gebleken, en, wat de wijze van rechtsvinding betreft, tot de meest verrassende gevolgen heeft geleid.

Als gevolg van de artikelen 93 en 94 van de Grondwet behoort de Nederlandse rechter bij zijn beslissingen naast het interne recht ook de bepalingen van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties die naar haar inhoud een ieder kunnen binden, toe te passen en zulks zo nodig bij voorrang boven de bepalingen van het Nederlandse recht, die hij, zo de-

---

75. Vgl. onder meer E.A. Alkema, Toepassing van de Europese Conventie voor de rechten van de mens in Nederland, preadvies voor de verg. studie van het recht van België en Nederland, Zwolle 1983; G.P. Kleijn en M. Kroes, Mensenrechten in de Nederlandse rechtspraak, Zwolle 1986.

ze met verdragsbepalingen onverenigbaar zijn, buiten toepassing moet laten. Hij heeft aldus ten opzichte van de verhouding tussen Nederlandse wetten, ook die in formele zin, en internationaal verdragsrecht een controlerende taak gekregen die hem als gevolg van het bepaalde in artikel 120 van de Grondwet niet toekomt ten opzichte van de verhouding tussen de wet in formele zin en grondwettelijke bepalingen.

Ten aanzien van de bepalingen van het EVRM is de rechtstreeks verbindende kracht in de rechtspraak in het algemeen erkend en het is als gevolg daarvan dat die bepalingen op de Nederlandse rechtsontwikkeling, voor zover die door de rechtspraak wordt bepaald, een steeds grotere invloed hebben gekregen en dat de Nederlandse rechter daarbij niet zelden voor rechtsvindingsproblemen is geplaatst die vroeger nauwelijks voor kwamen.

Meent de rechter wegens onverenigbaarheid met het EVRM een Nederlandse wet buiten toepassing te moeten laten, dan zal hij voor de beslissing van de hem voorgelegde zaak een oplossing moeten vinden die wél met het verdrag in overeenstemming is. Denkbaar is dat hij die oplossing rechtstreeks uit de verdragsbepalingen kan afleiden, maar dat is niet altijd even makkelijk gedaan. Het is namelijk met veel van de bepalingen van het EVRM zo gesteld, dat als gevolg van haar algemeenheid en vaagheid een pasklare oplossing daarin niet kan worden gevonden. Bij zijn toepassing van het verdrag is de rechter hierdoor in hoge mate aangewezen op eigen autonome rechtsvinding, waarvan het karakter ook hier weer het beeld van de wetgever-plaatsvervanger oproept.

Intussen is de hierboven beschreven wijze van doen niet de enige weg waarlangs de rechter de naleving van het EVRM kan trachten te verzekeren. In verscheidene gevallen heeft hij door aan een Nederlands wettelijk voorschrift een nieuwe, aan het verdrag aangepaste interpretatie te geven, weten te voorkomen dat dit als onverenigbaar met het verdrag zou moeten worden beschouwd. In de jurisprudentie wordt dan van een interpretatie van de Nederlandse wet tegen de achtergrond of in het licht van de verdragsbepalingen gesproken en de rechter, in het bijzonder de Hoge Raad, heeft daarbij in veel gevallen blijk gegeven van een stoutmoedigheid die hetgeen men tot dusver bij rechtsvinding door een min of meer extensieve wetsinterpreta-

tie heeft trachten te bereiken, verre achter zich liet.

Vooraf op het gebied van het familierecht zijn op deze wijze zonder wetswijzigingen fundamentele veranderingen in ons recht tot stand gekomen. Uitgangspunt is daarbij in het algemeen geweest artikel 8 van het verdrag, dat aan een ieder het recht toekent op de eerbiediging van zijn privé-leven en van zijn gezinsleven (*droit au respect de sa vie privée et familiale; right to respect for his private and family life*) en dat mede in verband met het discriminatieverbod van artikel 14 van het verdrag aanleiding heeft gegeven tot de uitspraak van het Europese Hof voor de rechten van de mens van 13 juni 1979 in de zaak *Marckx*. Deze zaak betrof de rechtspositie van een buiten echt geboren kind naar Belgisch recht dat volgens de klagster in deze zaak, de moeder van het kind, in verscheidene opzichten niet beantwoordde aan de eisen van artikel 8 van het verdrag en bovendien een door artikel 14 verboden discriminatie van zo'n kind betekende.

De klacht werd grotendeels gegrond geoordeeld; het hof achtte de Belgische wetgeving inderdaad zowel t.a.v. het kind als t.a.v. de moeder onverenigbaar met het recht op de eerbiediging van het gezinsleven en bovendien discriminatoir.

Hoewel het hier een klacht betrof die tegen België en niet tegen Nederland was gericht, reageerde de Nederlandse wetgever snel – sneller dan de Belgische – op deze uitspraak en reeds in 1982 is een wet tot stand gekomen die datgene wat ook in de Nederlandse wetgeving met betrekking tot de rechtspositie van het natuurlijke kind als in strijd met de artikelen 8 en 14 van het verdrag moest worden beschouwd, opruimde en de Nederlandse wetgeving aldus in overeenstemming met het verdrag bracht. Daarmede was het echter met de invloed van artikel 8 van het verdrag en van het *Marckx*-arrest op het Nederlandse recht bij lange na niet gedaan; deze voltrok zich echter verder niet door de wet, maar door de rechtspraak en heeft ook op andere gebieden van het familierecht dan dat betreffende het buiten echt geboren kind tot ver strekkende gevolgen geleid.

Daarbij valt te bedenken dat het belang van het *Marckx*-arrest niet alleen is gelegen in hetgeen daarin omtrent de rechtspositie van het natuurlijke kind wordt overwogen, maar vooral ook in de daarin tot uitdrukking gebrachte opvatting dat de



strekking van artikel 8 van het EVRM niet beperkt is tot de negatieve verplichting van de staat om zich, behoudens de in het tweede lid van het artikel omschreven uitzonderingsgevallen, te onthouden van verstoring van of inmenging in het familielevens, maar ook positieve verplichtingen kan meebrengen; 'the right to respect for his family life' betekent volgens het arrest mede dat 'when the State determines in its domestic legal system the regime applicable to certain family ties, ... it must act in a manner calculated to allow those concerned to lead a normal family life'.<sup>76</sup>

Intussen hield het eerste geval waarin het Marckx-arrest zijn invloed op de Nederlandse jurisprudentie deed gelden, wél verband met de rechtspositie van het natuurlijke kind.

Eén van de door het Europese Hof in de Belgische wetgeving te dien aanzien gewraakte elementen betrof de uitsluiting van het bestaan van familiebanden tussen het natuurlijke kind en de bloedverwanten van zijn moeder. De destijds in Nederland bestaande wetgeving, zoals deze algemeen werd geïnterpreteerd, verschilde op dit punt niet van de Belgische. De Nederlandse rechter werd met de vraag welke personen tot de bloedverwanten van een natuurlijk kind moeten worden gerekend, geconfronteerd in een geval waarin na het overlijden van de moeder van een natuurlijk kind in de voogdij over dit kind moest worden voorzien. De kantonrechter had in dit geval in de voogdij over het kind voorzien op een wijze waarmee een zuster van de overleden moeder het niet eens was, waarvan zij blijk gaf door tegen de beschikking van de kantonrechter bij de rechtbank in hoger beroep te gaan.

Zij werd door de rechtbank echter niet-ontvankelijk verklaard, waarbij werd overwogen dat zij geen bloedverwante van het in geding zijnde kind was in de zin van artikel 959 Rv., daar dit kind geen andere bloedverwanten had dan haar natuurlijke moeder. De Hoge Raad casseerde de desbetreffende beschikking van de rechtbank bij zijn beschikking van 18 januari 1980, NJ 1980, 463, waarbij de Hoge Raad, na eerst de artikelen 958 en 959 Rv., die naar de letter eigenlijk alleen op de

---

76. De verregaande consequenties die deze opvatting kan hebben, zijn reeds spoedig voorzien in een kritisch artikel van A.A.L. Minkenhof in WPNR 5618-5619.

voorziening in de voogdij over wettige kinderen handelen, ook op de voogdijvoorziening over natuurlijke kinderen toepasselijk te hebben geoordeeld, de appellante in dit geval als bloedverwante van het kind alsnog ontvankelijk verklaarde in haar hoger beroep tegen de beschikking van de kantonrechter. De Hoge Raad week daarbij af van hetgeen tot dusver voor het Nederlandse recht ten aanzien van de vraag of er tussen een natuurlijk kind en de bloedverwanten van zijn moeder familieverband bestond, algemeen was aangenomen.

In de motivering van zijn beslissing gaf de Hoge Raad een nieuwe interpretatie aan de artikelen 958 en 959 Rv., waarbij uitdrukkelijk aansluiting wordt gezocht bij de sterke veranderingen die in recente tijd zijn opgetreden in de opvattingen over de vraag of het gerechtvaardigd is aan het onderscheid tussen wettige en natuurlijke kinderen belangrijke rechtsgevolgen te verbinden en aan het Marckx-arrest waarin deze gewijzigde opvattingen uitdrukking hebben gevonden. Het is dus een beslissing waarin aan het EVRM weliswaar geen rechtstreekse toepassing werd gegeven, maar daaraan wél overwegende invloed werd toegekend op de wijze waarop aan het Nederlandse recht een nieuwe interpretatie werd gegeven.

Van een regelrecht opzij zetten van de Nederlandse wet was wél sprake in de beschikking van de Hoge Raad van 4 juni 1982, NJ 1983, 32, die betrekking had op de artikelen 1:35 en 36 BW, volgens welke een minderjarige die een huwelijk wil aangaan, daartoe de toestemming behoeft van zijn ouders, toestemming die — anders dan het geval is bij de, bij ontstentenis van ouders, door de voogd te geven toestemming —, ingeval de ouders zo'n toestemming weigeren, niet door die van de kantonrechter kan worden vervangen. Toepassing van deze bepalingen werd in het bovengenoemde geval, waarin de ouders hun toestemming zonder enige motivering hadden geweigerd, door de Hoge Raad onverenigbaar geacht met artikel 12 EVRM, volgens hetwelk mannen en vrouwen van huwbare leeftijd het recht hebben te huwen en een gezin te stichten volgens de nationale wetten welke de uitoefening van dit recht beheersen. Volgens de Hoge Raad is, niettegenstaande verwijzing naar de nationale wet, met dit artikel een wet die ten aanzien van huwelijken van minderjarigen van huwbare leeftijd een absoluut en aan elke rechterlijke controle onttrokken vetorecht aan de

ouders verleent, niet te verenigen. Op die grond werd het tweede lid van artikel 1:36 BW terzijde gesteld en ook ten aanzien van de ouderlijke weigering van de toestemming tot het huwelijk van een minderjarig kind een rechterlijk controlesysteem ingevoerd. Dat die controle niet marginaal, maar volledig moet zijn, werd door de Hoge Raad nog eens later beslist op 20 december 1985, NJ 1987, 54.

Van een niet onbelangrijke invloed van het EVRM op het Nederlandse familierecht is ook sprake ten aanzien van het omgangsrecht van ouders met hun kinderen waarover zij niet het wettig gezag uitoefenen.

De wet erkent zo'n omgangsrecht blijkens de artikelen 1:161 lid 5, 1:170 lid 4 en 182 uitsluitend voor situaties die na echtscheiding en scheiding van tafel en bed de niet met het gezag over de kinderen beklede ouder betreffen. Reeds buiten de invloed van het EVRM heeft deze regeling door een analogische toepassing van genoemde artikelen in zoverre een uitbreiding gekregen, dat onder bepaalde omstandigheden ook ten behoeve van de vader van een natuurlijk kind een omgangsregeling aan de moeder-voogdes kon worden opgelegd. Daarbij gold blijkens de beschikkingen van de Hoge Raad van 26 mei 1977, NJ 1978, 417, en van 10 december 1982, NJ 1983, 411, echter de dubbele eis dat er tussen de ouders een gezinsband moet hebben bestaan, die zozeer lijkt op een in een huwelijk bestaande gezinsband, dat dit een analogische toepassing van het in de wet geregelde omgangsrecht rechtvaardigt, en voorts dat er door de erkenning van het kind familierechtelijke betrekkingen tussen de vader en het kind bestaan.

Bij beschikking van 22 februari 1985, NJ 1986, 3, heeft de Hoge Raad onder de invloed van artikel 8 de laatste eis laten vallen. Volgens de Hoge Raad volgt uit artikel 8 EVRM, dat indien tussen de vader van een natuurlijk kind en dat kind een betrekking bestaat of heeft bestaan die beantwoordt aan wat in dat artikel onder 'gezinsleven' (vertaling van 'vie familiale'/'family life') moet worden verstaan, behoudens de mogelijkheid dat de in het tweede lid van dat artikel genoemde uitzonderingsgronden zich daartegen verzetten, die vader, wanneer het kind niet met hem samenwoont, in beginsel regelmatig omgang, althans contact, met hem moet kunnen hebben; daarbij is in het licht van artikel 14 van het verdrag, onverschillig of 'de

betrekking tot het kind berust op wettig ouderschap, op een erkenning, op biologisch ouderschap of op een andere relatie die voor de toepassing van artikel 8 met de voorgaande op één lijn kan worden gesteld'.<sup>77</sup> Tegen de achtergrond van de uitwerking welke aan het wettelijk geregelde omgangsrecht in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is gegeven, behoeft ook de regeling van dit uit artikel 8 EVRM afgeleide omgangsrecht een soortgelijke uitwerking die oplegging van een omgangsregeling door de rechter mogelijk kan maken; een dergelijke uitwerking wordt in de besproken beschikking door de Hoge Raad als wetgever-plaatsvervanger gegeven.

Een nog aanzienlijk verdergaande ingreep in de Nederlandse wetgeving vindt men in een reeks van arresten (beschikkingen) die op de ouderlijke macht betrekking hebben. In het systeem van de Nederlandse wetgeving is het bestaan van de ouderlijke macht gebonden aan het huwelijk, zoals uitgedrukt in artikel 1:246 BW, volgens hetwelk gedurende het huwelijk de ouders de ouderlijke macht over hun kinderen hebben. Wordt het huwelijk door echtscheiding ontbonden, dan benoemt volgens artikel 1:161 de rechter over ieder minderjarig kind één der ouders tot voogd; van een gezamenlijk uitgeoefende ouderlijke macht is dan geen sprake meer. Ook ten aanzien van niet gehuwde ouders van een natuurlijk kind bestaat er geen ouderlijke macht; over zo'n kind is volgens artikel 1:387 BW de moeder van rechtswege voogdes.

Onder de invloed van artikel 8 EVRM heeft dit systeem door de jurisprudentie een grondige verandering ondergaan. Het eerste bij beschikking van 4 mei 1984, NJ 1985, 510, besliste

---

77. Zulk een 'andere relatie' werd niet aanwezig geacht in het bij beschikking van 5 december 1986, NJ 1987, 957, besliste geval, waarin zich de volgende situatie voordeed: verzoekster in cassatie had enkele jaren met een vriendin samengewoond; deze laatste kreeg achtereenvolgens twee kinderen, beiden verwekt door kunstmatige inseminatie; het eerste kind was geboren tijdens de samenleving; het tweede na de verbreking daarvan; met dat tweede kind had verzoekster nimmer contact gehad, doch zij verzocht niettemin ook ten aanzien van dat kind een omgangsregeling; dit verzoek was door de rechtbank afgewezen en de desbetreffende beschikking was door het hof bekrachtigd. Het cassatieberoep werd verworpen omdat de feiten niet deden blijken van het bestaan van een gezinsleven in de zin van art. 8 EVRM.

geval waarin de Hoge Raad werd geconfronteerd met de vraag of en in hoeverre het bovenomschreven systeem met artikel 8 EVRM verenigbaar is, betrof twee ouders die na de ontbinding van hun huwelijk door echtscheiding gezamenlijk met de voogdij wensten te worden belast; zij stelden dat, niettegenstaande de echtscheiding, zij zich in staat achtten hun kind in een goede onderlinge verstandhouding te blijven verzorgen en opvoeden en wensten op die grond gezamenlijk met het gezag over het kind belast te blijven. De rechtbank was van oordeel dat artikel 1:161 voor de inwilliging van dit verzoek geen ruimte bood en benoemde de moeder tot voogdes en de vader tot toezienend voogd. Het hof bekrachtigde deze beschikking. De Hoge Raad was het in zoverre met rechtbank en hof eens dat artikel 1:161 het niet mogelijk maakt de beide ouders gezamenlijk tot voogd over het kind te benoemen, doch casseerde niettemin de beschikking van het hof. Volgens de Hoge Raad betekent de beëindiging van de situatie waarin beide ouders gezamenlijk de ouderlijke macht uitoefenden, zoals de Nederlandse wetgeving die na echtscheiding meebrengt, een inmenging in het gezinsleven; deze is in strijd met artikel 8 van het EVRM, tenzij die inmenging haar rechtvaardiging vindt in het bepaalde bij het tweede lid van dat artikel; dat kan het geval zijn, indien deze ter wille van één der in die bepaling omschreven belangen, waaronder 'de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen' — hier de bescherming van de belangen van het kind waarop dit recht heeft —, nodig is. Die noodzaak bestaat niet, indien, zoals de ouders hadden gesteld, zij, niettegenstaande de echtscheiding, in staat waren hun kind in een goede onderlinge verstandhouding te blijven verzorgen en opvoeden. De feitelijke rechters hadden naar de juistheid van deze stelling een onderzoek moeten instellen; wordt zij na terugwijzing van de zaak alsnog juist bevonden, dan behoort het eerste lid van artikel 1:161 wegens onverenigbaarheid met artikel 8 EVRM buiten toepassing te blijven; de ouderlijke macht kan dan blijven bestaan op grond van het vierde lid van artikel 1:161, met de mogelijkheid dat in een later stadium met overeenkomstige toepassing van lid 3 van dat artikel alsnog één van de ouders tot voogd wordt benoemd, indien en zodra het belang van het kind dat nodig maakt.

De vele vragen die de uitwerking van de in deze beslissing

neergelegde gedachte oproept, leidde de beide annotatoren in de NJ, Alkema en Luijten, tot de conclusie dat deze tot wetswijziging noopt. Die is er nog niet gekomen en de vragen die daarbij hadden moeten worden geregeld, hebben intussen alweer in de verdere jurisprudentie van de Hoge Raad een althans voorlopige beantwoording gevonden. Dit geschiedde in de vier zgn. voorjaarsbeschikkingen, alle gewezen op 21 maart 1986, NJ 1986, 585, 586, 587 en 588, gedeeltelijk naar aanleiding van vorderingen van de procureur-generaal, ingediend om eenheid te krijgen in de verschillen tussen een aantal beslissingen die na de besproken beschikkingen in de Hoge Raad door de feitelijke instanties op het onderhavige gebied waren gegeven. Er zijn tot dusver in de jurisprudentie, dunkt mij, weinig voorbeelden te vinden waarbij de rechter in die mate de functie van wetgever-plaatsvervanger op zich heeft genomen als in die voorjaarsbeslissingen het geval is geweest. De situatie van rechtsonzekerheid die allengs op dit gebied was ontstaan, maakte dit waarschijnlijk ook onvermijdelijk.<sup>78</sup>

De genoemde beslissingen betreffen zowel de reeds in 1984 aanvaarde mogelijkheid van de voortzetting van de ouderlijke macht na echtscheiding, als de vraag of ook nimmer gehuwd geweest zijnde ouders met een gezamenlijk uit te oefenen ouderlijke macht over hun kinderen kunnen worden bekleed. Beide mogelijkheden worden door de Hoge Raad in overeenstemming met de zeer uitvoerige en lezenswaardige conclusie van A-G Moltmaker aanvaard. Daarbij wordt nauwkeurig aangegeven welke voorwaarden voor de erkenning van die mogelijkheden moeten worden vervuld, en hoe daarbij processueel te werk moet worden gegaan. De vragen die daarbij worden beantwoord, zijn van geheel dezelfde aard als die welke de wetgever, zou hij tot wijziging van de wet zijn overgegaan, zich zou hebben moeten stellen en beantwoorden. Ik meen de lezer voor wat betreft de wijze waarop dat is gedaan, naar de inhoud van de genoemde beschikkingen te mogen verwijzen en ga verder alleen in op de in het bijzonder met betrekking tot de

---

78. Vgl. over deze beslissingen, behalve de annotatoren, onder meer ook M. Rood-de Boer, Duidelijkheid en zekerheid, in NJB 1986, p. 601 in appreciërende zin en de zeer kritische bespreking van L. de Vries, onder de titel De Hoge Raad als pseudo-wetgever, in NJB 1986, p. 1117.

rechtsvindingsproblematiek bijzonder belangwekkende motivering. Deze loopt voor de beide in de genoemde beschikkingen beantwoorde vragen vrijwel gelijk en is in hoofdzaak te vinden in de onder nr. 585 in de NJ gepubliceerde beschikking die in het bijzonder betrekking heeft op de niet gehuwde ouders, maar daarbij ook de niet meer gehuwde ouders in haar overwegingen betreft.

Wat in die motivering in de eerste plaats opvalt, is dat deze niet zoals die van de op 4 mei 1984 gegeven beslissing berustte op een gedeeltelijke terzijdestelling van de Nederlandse wet als onverenigbaar met de EVRM, doch, uitgaande van de Nederlandse wetgeving deze aldus interpreteert dat zij met de eisen van het verdrag in overeenstemming wordt gebracht.

In de aanhef van de beschikking wordt overwogen dat het verzoek van de ouders de vraag aan de orde stelt 'of naar Nederlands recht, zoals dat tegen de achtergrond van de artikelen 8 en 14 EVRM valt te verstaan, ouderlijke macht kan toekomen aan ouders die weliswaar tot hun minderjarige kinderen in familierechtelijke betrekking staan, doch niet of niet meer met elkaar zijn gehuwd'. Voor de beantwoording van die vraag acht de Hoge Raad van belang waarom, zoals voor het huidige recht blijkt uit artikel 1:246 BW, ouderlijke macht slechts bestaat, indien en zolang de ouders met elkaar zijn gehuwd. Blijkens de wetsgeschiedenis berust dit sinds de wet van 6 februari 1901, Stb 62, geldende stelsel op de vooronderstelling dat staande huwelijk het gezag in feite gezamenlijk wordt uitgeoefend en dat uitsluitend indien en zolang het huwelijk duurt, daadwerkelijk is voldaan aan de voor die gezamenlijke uitoefening noodzakelijke – feitelijke – voorwaarde dat tussen beide ouders een zodanig goede verstandhouding bestaat, dat zij beiden in staat zijn hun invloed te doen gelden, onderling overleg te plegen en elkaar te controleren. Volgens de Hoge Raad kan in het midden blijven of die vooronderstelling in overeenstemming was met de toenmalige maatschappelijke werkelijkheid, maar gaat deze onder de huidige maatschappelijke omstandigheden en opvattingen niet meer op. Het komt tegenwoordig immers veelvuldig voor dat kinderen worden geboren uit ongehuwde ouders die samenleven in een gezin dat zich feitelijk niet van dat van gehuwden onderscheidt, terwijl in de in het onderhavige geval aan de orde zijnde omstandigheid dat het kind tot bei-

de ouders in familierechtelijke betrekking staat — d.w.z. door de vader is erkend — de verwachting rechtvaardigt dat de relatie met beide ouders duurzaam zal zijn; voorts hebben volgens de Hoge Raad de sedert 1901 opgetreden wijzigingen in de opvatting omtrent de echtscheiding tot gevolg gehad dat niet meer kan worden gezegd dat het einde van het huwelijk in de regel definitief een breuk betekent in de goede onderlinge verstandhouding tussen de ouders die voor een gezamenlijke uitoefening van het gezag is vereist. Daaruit wordt dan de voorlopige slotsom getrokken dat een bevestigende beantwoording van de vraag of naar Nederlands recht, zoals dat tegen de achtergrond van de artikelen 8 en 14 EVRM valt te verstaan, ouderlijke macht kan toekomen aan ouders die weliswaar tot hun minderjarige kinderen in familierechtelijke betrekking staan, doch niet of niet meer met elkaar zijn gehuwd, met het wettelijk stelsel niet onverenigbaar is.

Die conclusie is zeker verrassend. Het is meer voorgekomen en komt tegenwoordig zeker meer dan vroeger voor dat in het bijzonder met betrekking tot oudere wetten veranderde omstandigheden en opvattingen tot een andere wetsuitlegging leiden, maar dat daarbij op een zo verre gaande wijze van de tekst en het stelsel van de wetgeving afstand wordt genomen als hier is geschied, is meen ik niet eerder het geval geweest. Het lijkt ook niet waarschijnlijk dat de Hoge Raad tot een dergelijke uitlegging zou zijn gekomen, indien, zoals vervolgens wordt overwogen, de artikelen 8 en 14 EVRM niet tot deze wetsuitlegging hadden 'genoopt'.

Hieruit blijkt dat de gevallen waarin de rechter met toepassing van artikel 94 van de Grondwet binnen het Koninkrijk geldende voorschriften wegens onverenigbaarheid met een verdragsbepaling buiten toepassing laat en die waarin de aan de verdragsbepaling te verlenen prioriteit wordt gezocht door die voorschriften aldus te interpreteren dat die onverenigbaarheid wordt opgeheven, heel dicht bij elkaar in de buurt liggen; beide dienen het doel de verdragsbepaling binnen het Nederlandse recht zo goed mogelijk tot haar recht te laten komen. Hoewel de Hoge Raad in zijn motivering van de hier besproken beslissingen de tweede, interpretatieve weg lijkt te hebben gekozen, kan men zich afvragen of in werkelijkheid hier niet de eerste weg is bewandeld. Hoe dit zij, men kan mijns inziens wèl zeg-



gen dat in de hier besproken zaken langs welke weg dan ook een resultaat is verkregen dat, al kan men zich afvragen of de artikelen 8 en 11 EVRM daartoe werkelijk dwongen, bij de strekking van deze bepalingen beter passen dan het geval was met het recht dat tot dusver als in Nederland geldend werd beschouwd.

Dat resultaat betekent dat de vaste verbinding van het bestaan van de ouderlijke macht met het bestaan en voortbestaan van een huwelijk is verbroken; of en in hoever deze aan niet gehuwde ouders die met hun kinderen in een familierechtelijke betrekking staan, en aan van echt gescheiden ouders toekomt, hangt ervan af of kan worden aangenomen dat er in deze gevallen tussen de ouders een verhouding bestaat die een gezamenlijke uitoefening van die macht mogelijk maakt, en of deze in het belang is van het kind, een zeker niet gemakkelijk te onderzoeken en te beantwoorden vraag.

De door de Hoge Raad aldus geïntroduceerde, voor ons recht geheel nieuwe opvatting, vraagt natuurlijk om een uitwerking die in het tot dusver geldende recht niet is te vinden. De Hoge Raad heeft deze in de hier besproken beschikkingen welke gedeeltelijk door de procureur-generaal met deze bedoeling zijn uitgelokt, gegeven in een groot aantal in die beschikkingen neergelegde aanwijzingen die zowel de materiële als de processuele aspecten van de zaak betreffen en in wezen het karakter hebben van een nieuwe wetgeving, die richtinggevend kan blijven werken totdat een werkelijke wetswijziging op dit gebied tot stand zal zijn gekomen.

Het zijn vooral deze aanwijzingen die het verwijt hebben opgeroepen dat de rechter aldus heeft gehandeld in strijd met het bepaalde in artikel 12 van de Wet houdende Algemene bepalingen der wetgeving van het Koninkrijk volgens hetwelk geen rechter bij wege van algemene verordening, dispositie of reglement uitspraak mag doen in zaken welke aan zijn beslissing zijn onderworpen. Het verwijt ligt voor de hand, maar overtuigt mij niet.

Mijns inziens doet artikel 12 van deze uit het jaar 1829 stammende wet niet anders dan het in herinnering brengen dat bepaalde bevoegdheden van wetgevende aard, hier als 'algemene verordening, dispositie of reglement' gekwalificeerd, die de rechter mogelijk in het verleden heeft gehad, hem thans niet

meer toekomen; het artikel had dan ook beter van een niet kunnen dan van een niet mogen gesproken. Het ontbreken van bevoegdheden die verder gaan dan de beslissing op het aan de rechter voorgelegde concrete geval, kan echter niet wegnemen dat er van zo'n beslissing, vooral indien deze afkomstig is van de hoogste rechterlijke instantie, altijd een uitstraling naar andere gevallen van soortgelijke aard moet uitgaan; dit volgt reeds onvermijdelijk uit het generaliserende karakter dat aan de motivering van een rechterlijke beslissing eigen is en moet zijn. De bepaling van wat in het gegeven geval het recht inhoudt, geldt noodzakelijk ook voor volgende gevallen en houdt daarvoor een richtsnoer in, dat kan voorkomen dat in de toekomst soortgelijke geschillen zullen rijzen of verschillend zullen worden beslist. Dit geldt ook, indien de wet een leemte inhoudt die door de rechter moet worden aangevuld en het was dan ook terecht dat de Hoge Raad in een arrest van 31 oktober 1962, NJ 1963, 58, op een klacht wegens de schending van artikel 12 van de Wet AB besliste dat 'welke betekenis ook moge worden toegekend aan het voorschrift van art. 12 Wet AB, waarop in het onderdeel wordt gedoeld, dat voorschrift in elk geval den rechter niet verbiedt om, indien de wet naar zijn oordeel t.a.v. een vraag als welke de rechtbank hier te beslissen had, geen antwoord inhoudt, die vraag te beslissen in zodanigen geest als waarin zij naar zijn oordeel de meeste kans heeft in volgende gevallen waarin zij zich zal voordoen, te worden beslist'. Hoewel dergelijke beslissingen door haar algemeen karakter bepaalde elementen met de wetgeving in materiële zin gemeen hebben, blijven zij rechtspraakrecht en verschillen zij in de gevolgen die het recht daaraan verbindt, in belangrijke mate van de wettelijke voorschriften die van de echte wetgever afkomstig zijn.

Zoals straks nog in ander verband zal worden opgemerkt, zijn er gevallen waarin, ook indien een wettelijke regeling leemten vertoont, de correctie daarvan beter aan de echte wetgever kan worden overgelaten, omdat de uitwerking daarvan voor keuzen stelt van zo principiële aard of van zodanige politieke betekenis dat die keuzen door de wetgever moeten wor-

den gemaakt; enige voorbeelden waarin de rechter meende dat dit het geval was, zullen daarbij worden gegeven.<sup>79</sup>

De critici van de hier besproken beslissingen menen dat de Hoge Raad in deze zaken eveneens aldus had moeten handelen. Men vergete echter niet dat, indien aldus was gehandeld, een situatie die naar het inzicht van de Hoge Raad nu eenmaal onverenigbaar was met voor Nederland bindende verdragsbepalingen, nog jaren lang zou zijn gecontinueerd. Bovendien stelde na de principiële beslissing die de Hoge Raad had te nemen, de als gevolg daarvan noodzakelijk geworden uitwerking mijns inziens geen problemen aan de orde die door hun principieel of politiek karakter per se aan de wetgever hadden behoren te worden overgelaten.

Naar mijn mening heeft de Hoge Raad, nadat hij nu eenmaal tot het inzicht was gekomen dat, wat de ouderlijke macht betreft, de tot dusver geldende wettelijke regeling in bepaalde gevallen onverenigbaar was met de artikelen 8 en 14 EVRM, een inzicht waarover natuurlijk verschil van mening denkbaar is, moeilijk anders kunnen handelen dan hij heeft gedaan.

Het EVRM is aldus gaan behoren tot de factoren die de toch al voortschrijdende accentverlegging tussen wetgeving en rechtspraak in een nieuwe versnelling hebben gebracht.

---

79. Zie hierover p. 98, 99.

## 6. Korte excursie naar rechtsgebieden buiten het burgerlijk recht; algemene beginselen van behoorlijk bestuur

Wie van de hierboven gegeven beschouwingen heeft kennis genomen zal hebben gemerkt dat daarin tot dusver alleen over privaatrecht is gesproken. Dat is geen toeval. De verschuivingen in de verhouding tussen het drietal typen van rechtsvinding waarop in die beschouwingen de aandacht werd gevestigd, zijn aan de hand van aan het privaatrecht ontleende voorbeelden het gemakkelijkste aan te tonen. Dat hangt samen met de aard van dat recht en de daarop betrekking hebbende wetgeving die minder dwingend recht bevat en aan de rechter vanouds een grotere marge van vrijheid placht te geven dan in het publiek recht gemeenlijk het geval is geweest.<sup>80</sup>

Zoals wij zagen, kunnen voor die verschuivingen in hoofdzaak twee oorzaken worden aangewezen: een vrijer omgaan van de rechter met de hem tot richtsnoer strekkende wettekst en daarnaast de toeneming in tal en gewicht van de in de rechtspraak toe te passen vage normen als redelijkheid, billijkheid en behoorlijkheid.

Hoewel het vrijer omgaan met de wettekst stellig niet tot de rechtspraak in burgerlijke zaken is beperkt, en ook daarbuiten treffende voorbeelden zijn te vinden van gevallen waarin duidelijke bewoordingen en zelfs de systematiek van de wet het tegenover een klaarblijkelijke, maar in de tekst niet tot uitdrukking gebrachte strekking moesten afleggen<sup>81</sup>, laat ik dit aspect van ons onderwerp hier verder rusten.<sup>82</sup> Ik beperk mij

---

80. Vgl. in dit verband Ch.J. Enschedé in de aan G.J. Scholten aangeboden bundel *Non sine causa*, p. 55.

81. Vgl. bijv. HR 29 febr. 1972, NJ 1972, 347, betreffende de vraag wat in de Opiumwet onder 'hennep' moet worden verstaan.

82. Ik verwijs hiervoor naar de bundel opstellen onder de titel Rechts-



tot enige opmerkingen over de toenemende invloed van vage rechtsnormen, die zich, dunkt mij, in de op het publieke recht betrekking hebbende rechtspraak in niet minder opmerkelijke mate voordoet dan in de op het burgerlijk recht georiënteerde rechtspraak het geval is. Ik denk daarbij in het bijzonder aan het bestuursrecht.

De wijziging van de structuur van onze samenleving waarin de collectieve belangenverzorging binnen overheidsverband een steeds grotere rol speelt, heeft uiteraard een enorme uitbreiding van de omvang van dit onderdeel van het recht tot gevolg gehad; kenmerkend voor de daarop betrekking hebbende wetgeving is dat steeds groter en steeds meer discretionair omschreven bevoegdheden werden toegekend aan administratieve organen, doorgaans slechts beperkt door het min of meer concreet omschreven doel waarvoor die bevoegdheden werden gegeven, en door bepaalde vormvoorschriften die bij de uitoefening van die bevoegdheden in acht moeten worden genomen. Verwonderlijk is dat natuurlijk niet, want de wijze waarop het algemeen belang in zijn verschillende aspecten door de overheid moet worden behartigd, is niet gemakkelijk in concreet omschreven rechtsnormen te vatten.

Als tegenwicht tegen deze ontwikkeling heeft een toenemende behoefte aan rechtsbescherming tegenover de overheid daarbij geleid tot een verruiming van de mogelijkheden administratieve beschikkingen en andere overheidshandelingen aan een rechterlijke controle te onderwerpen. Daarbij rees dan telkens weer de vraag naar welke maatstaven zo'n toetsing kan plaatsvinden in de vele gevallen waarin het optreden van de overheid slechts op discretionair omschreven bevoegdheden berust.

Wordt het gebruik dat van dergelijke bevoegdheden wordt gemaakt in volle omvang aan rechterlijke controle onderworpen, dan wordt de rechter een doublure van het openbaar be-

→

vinging, aangeboden aan J.M. Pieters, Deventer 1970; voorts in het bijzonder voor het belastingrecht: Ch.P.A. Geppaart, Fiscale rechtsvinding, Amsterdam 1965; voor het staatsrecht: D.H. Meuwissen, Rechtsvinding en staatsrecht, Zwolle 1971; en voor het strafrecht de reeds genoemde bijdrage van Enschedé aan de aan G.J. Scholten aangeboden bundel *Non sine causa*.

stuur; beperkt die controle zich tot de vraag of met het gebruik van die bevoegdheden werd beoogd het daartoe in de wet omschreven doel te dienen en of daarbij de voorgeschreven vormen in acht zijn genomen, dan heeft een rechterlijke controle in het algemeen weinig te betekenen.

In ons land is de oplossing van dit dilemma voor een belangrijk deel bepaald door het in 1950 in het rapport van de Commissie-De Monchy inzake verhoogde rechtsbescherming tegenover de overheid geïntroduceerde begrip van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

In verscheidene wetten, waarvan de Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen (Wet Arob) en de Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie (Wet Arbo) de belangrijkste zijn, figureert sindsdien de 'strijd met enig in het algemeen rechtsbewustzijn levend beginsel van behoorlijk bestuur', – naast de strijd met een algemeen verbindend voorschrift, het gebruiken van een bevoegdheid voor een ander doel dan dat waarvoor die bevoegdheid is gegeven en het bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot de desbetreffende beschikking of handeling hebben kunnen komen – onder de gronden waarop volgens artikel 8 Wet Arob en artikel 5 Wet Arbo bij de rechter (Afdeling rechtspraak van de Raad van State voor Arob, College van Beroep voor het bedrijfsleven voor Arbo) tegen het in die wetten omschreven optreden van de overheid kan worden opgekomen.

In de rechtspraak van de genoemde rechtscolleges spelen die beginselen een nog steeds in betekenis toenemende rol en in de studie van het administratieve recht vervullen zij een niet meer weg te denken plaats.<sup>83</sup>

Ook buiten de door deze wetten bestreden gebieden wordt van dit begrip in de jurisprudentie van andere rechtscolleges een steeds veelvuldiger gebruik gemaakt.

---

83. Van de uitgebreide literatuur over de algemene beginselen van behoorlijk bestuur noem ik hier alleen de monografie van J. In 't Veld, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, in de laatste druk bewerkt door N.S.J. Koeman, Zwolle 1985; en A.J.C. de Moor-van Vugt, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en buitenlandse equivalenten*, Zwolle 1987; alsmede het commentaar op artikel 8 Wet Arob in de Samsom-bundel *Administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen*.

De reeds van 1929, dus lang vóór de introductie in onze wetgeving van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, daterende Ambtenarenwet kende vóór 1984 als toetsingsgrond voor de ambtenarenrechter in artikel 58 nog slechts de strijd met algemeen verbindende voorschriften en het gebruik van bevoegdheden voor een ander doel dan die waarvoor deze zijn gegeven. Sinds echter de Centrale Raad van Beroep, zoals in zijn uitspraak van 2 oktober 1951, AB 1952, p. 130, uitdrukkelijk besliste, dat onder de term 'algemeen verbindende voorschriften' ook algemene rechtsbeginselen moeten worden gerekend heeft deze met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur vergelijkbare vage norm ook in deze tak van administratieve rechtspraak een vaste plaats gekregen.<sup>84</sup> Inmiddels zijn de beroepsgronden voor de Ambtenarenwet bij de wet van 26 september 1984 gelijkgeschakeld met de in de Wet Arob genoemde gronden; daarbij zijn echter, teneinde een aansluiting te krijgen bij de bestaande jurisprudentie, de algemene rechtsbeginselen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur toegevoegd.

Met betrekking tot de rechtspraak van de burgerlijke rechter op het gebied van de onrechtmatige overheidsdaad valt hetzelfde te zeggen. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur spelen in gedingen tussen particulieren en overheidslichamen daar thans een soortgelijke rol als die welke zij in die van de administratieve rechter vervullen.

Na de aanzet welke daartoe in de bekende Landsmeer-arresten van 4 januari 1963, NJ 1964, 203 en 204, nog wat aarzelend was gegeven, is dit thans uitdrukkelijk erkend in de arresten van 27 juni 1986, NJ 1987, 726, en van 27 maart 1987, NJ 1987, 727. Het eerste betrof een onrechtmatige overheidsdaad, hierin bestaande dat een gedurende geruime tijd voor tolken geldende tariefregeling plotseling en zonder enig overleg met de betrokkenen was gewijzigd, het tweede de uitvoering van een erfpachtovereenkomst die in strijd zou zijn geweest met het gelijkheidsbeginsel.

Zoals Scheltema in zijn noot onder die arresten opmerkt, staat hiermee vast dat 'ook in privaatrechtelijke verhoudingen,

---

84. Vgl. J.H. van der Meide, Ontwikkelingen van toetsingsnormen in de ambtenarenrechtspraak, NJB 1980, p. 1053 e.v.

zowel in de sfeer van de overeenkomst als in die van de onrechtmatige daad deze beginselen het overheidsoptreden normeren en dus invulling geven aan open privaatrechtelijke normen als goede trouw of redelijkheid en billijkheid'.<sup>85</sup>

In zekere zin vormt deze rechtspraak ook een anticipatie op artikel 3.1.1.15 NBW, volgens hetwelk een bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk recht heeft, niet mag worden uitgeoefend in strijd met geschreven en ongeschreven normen van publiek recht.

Interessant is in dit opzicht de ontwikkeling van de jurisprudentie van hetzelfde college inzake het belastingrecht. Deze geeft een merkwaardig voorbeeld van de wijze waarop in het publieke recht de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waarbij in het bijzonder aan het gelijkheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel moet worden gedacht, op weg zijn zich een soortgelijke plaats te veroveren als de redelijkheid en billijkheid in het burgerlijk recht.

Het gaat daarbij in de belastingrechtspraak in hoofdzaak om de vraag of en in hoeverre de belastingplichtige er op moet kunnen vertrouwen<sup>86</sup> dat de belastingadministratie bij de aanslagregeling handelt overeenkomstig de verwachtingen dienaangaande gewekt door bepaalde uitlatingen van de voor de belastingdienst verantwoordelijke overheidsorganen, als kunnen zijn vervat in de voor die dienst bestemde, maar ook voor het publiek uit publikaties kenbare ministeriële aanschrijvingen en resoluties. Na een lange reeks van arresten waarin de belastingkamer van de Hoge Raad zich op het standpunt had gesteld dat de taak van de belastingrechter bij de beoordeling van de juistheid van een belastingaanslag was beperkt tot de vraag of daarbij de desbetreffende wettelijke voorschriften juist waren uitgelegd en toegepast, liet het arrest van 7 januari 1970, BNB 1970, 78, voor het eerst een nieuw geluid horen. De Hoge Raad erkende daarin dat voor het ingrijpen van de belastingrechter

---

85. Vgl. ook A. de Moor-van Vugt en M. Kobussen, De Hoge Raad verlaat de Landsmeer-doctrine, in *De Gemeentestem* 1987, p. 297, en N. Verhey, Onrechtmatige daad en beginselen van behoorlijk bestuur: de Hoge Raad toetst eindelijk rechtstreeks, in *NJB* 1987, p. 1309 e.v.

86. Vgl. M. Scheltema in *Enkele gedachten over het vertrouwensbeginsel in het publiekrecht*, *RM Themis* 1984, p. 535.



ook plaats kon zijn, indien de wijze waarop de inspecteur zijn bevoegdheden hanteert, anderszins – d.w.z. anders dan door verkeerde toepassing van de wet – in strijd is met het recht, doordat daarbij niet is gehandeld in overeenstemming met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur welke daarbij in acht moeten worden genomen. Aanvankelijk bleef deze erkenning van de rol die de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het belastingrecht konden spelen, beperkt tot de in dat recht betrekkelijk zeldzaam voorkomende gevallen waarin de wetgever aan de belastingadministratie een zekere beleidsvrijheid toestaat. Waar zo'n beleidsvrijheid ontbreekt, bleef, zoals in het arrest van 14 oktober 1970, BNB 1971, 3, werd beslist, het wettelijk voorschrift boven de algemene beginselen van behoorlijk bestuur prevaleren.

Het arrest van 12 april 1978, NJ 1979, 533, opende in dit opzicht wederom een nieuwe ontwikkeling; ook met betrekking tot de toepassing van in beginsel bindende wettelijke voorschriften kan, ingeval de belastingplichtige op grond van bepaalde uitlatingen vanwege de belastingdienst mocht vertrouwen dat deze op een bepaalde wijze zouden worden toegepast, beroep op het in de algemene beginselen van behoorlijk bestuur geïmpliceerde vertrouwensbeginsel worden gedaan, zelfs indien die in uitzicht gestelde toepassing niet met de wettelijke voorschriften in overeenstemming was. Naar het mij voorkomt, gaat het hier om een ontwikkeling, vergelijkbaar met die welke zich ook in het burgerlijk recht in de verhouding tussen wettelijke voorschriften en de normen van de goede trouw, de redelijkheid en de billijkheid afspeelt; ik denk daarbij aan de beperkende werking van de goede trouw ten opzichte van aanspraken die aan de wet of aan een overeenkomst kunnen worden ontleend en aan de denkbeelden die ten grondslag liggen aan de laatste redactie van het tweede lid van artikel 6.1.1.2 van het nieuwe BW.<sup>87</sup>

---

87. Een bijzonder interessant overzicht van de verdere ontwikkeling van deze jurisprudentie vindt men in de conclusie van A-G Mok bij het arrest van de Hoge Raad van 23 juni 1982, NJ 1983, 415, waarin ook soortgelijke ontwikkelingen in andere onderdelen van het administratieve recht worden betrokken. Van de uitgebreide literatuur daaromtrent



Over de aldus door de hoogste belastingrechter erkende mogelijkheid dat algemene beginselen van behoorlijk bestuur er toe kunnen leiden dat door overheidsorganen in bepaalde omstandigheden anders moet worden gehandeld dan uit de strikte toepassing van wettelijke voorschriften volgt, wordt overigens niet door alle rechterlijke instanties op dezelfde wijze gedacht.

Zo werd ten aanzien van de verhouding tussen wettelijke voorschriften en algemene beginselen van behoorlijk bestuur door de burgerlijke kamer van de Hoge Raad in zijn arrest van 23 maart 1979, NJ 1979, 534, een ander standpunt dan door de belastingkamer van dit college ingenomen. Het ging in deze zaak om een studente, die op grond van de haar van bevoegde zijde verstrekte inlichtingen had verwacht en haars inziens ook had mogen verwachten dat haar na een bepaald examen een bepaalde academische graad zou worden verleend, doch in die verwachting werd teleurgesteld, omdat achteraf was gebleken dat die haar verstrekte inlichtingen berustten op een onjuiste uitlegging van het Academisch Statuut; zich beroepende op het vertrouwensbeginsel vorderde zij dat de rechter aan de desbetreffende faculteit zou bevelen haar die graad toch te verlenen. De Hoge Raad achtte de vordering niet voor toewijzing vatbaar. Ook indien de faculteit zich zo heeft gedragen dat de eiseres kon en mocht vertrouwen dat haar ter verkrijging van de gewenste graad een vrijstelling van verdere examens zou worden verleend, dan zou dat toch niet kunnen leiden tot de toewijzing van de door haar gevorderde voorziening omdat van de faculteit niet kon worden gevergd te handelen in strijd met hetgeen de toepasselijke voorschriften van het Academisch Statuut, juist uitgelegd, te dien aanzien inhielden.

Een soortgelijk standpunt ligt ten grondslag aan twee beslissingen van de Afdeling rechtspraak van de Raad van State van 31 oktober 1977, AB 1978, 92, en van 27 januari 1978, AB 1978, 412, die beide betrekking hadden op een beroep tegen de weigering van de verlening van een bouwvergunning. Het ging hier om bouwvergunningen die volgens de desbetreffende bepalingen van de Woningwet niet mochten worden verleend. De be-

---

→ noem ik slechts de bijdrage van Ch. P.A. Geppaart in het aan het vertrouwensbeginsel gewijde themanummer van RM Themis van 1984, p. 467 e.v.

langhebbende in de eerste zaak beriep er zich echter op dat anderen in gelijke omstandigheden zo'n bouwvergunning wél hadden gekregen, zodat de weigering te zijnen opzichte in strijd was met het van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur deel uitmakende gelijkheidsbeginsel; de belanghebbende in de tweede zaak stelde dat hem de verlening van de bouwvergunning was toegezegd, zodat de weigering in strijd was met het vertrouwensbeginsel. In beide gevallen werd het beroep afgewezen, omdat, ook indien hetgeen de belanghebbers hadden gesteld feitelijk juist was, zulks nog niet had kunnen meebrengen dat de bouwvergunningen in strijd met de wet hadden behoren te worden verleend.

Gaat het hier om twee verschillende standpunten ten aanzien van één en dezelfde vraag? Zijn in het bijzonder de beide geciteerde arresten van de belastingkamer en van de burgerlijke kamer van de Hoge Raad met elkaar in strijd?<sup>88</sup> Ik meen dat de situaties waarop beide arresten betrekking hebben te verschillend zijn om dit te kunnen zeggen.

In de belastingzaak, waarin tegenover een bij de aanslagregeling gevolgde wetsinterpretatie beroep werd gedaan op een ministeriële resolutie op grond waarvan de belastingplichtige een andere wetsuitlegging had mogen verwachten, ging het om de vraag of het vertrouwensbeginsel kan meebrengen dat de overheid er onder bepaalde omstandigheden van moet afzien als belastingheffer gebruik te maken van de haar naar een strikte toepassing van de wet toekomende rechten; in de zaak van de teleurgestelde studente was, evenals in de door de Afdeling rechtspraak van de Raad van State besliste gevallen, aan de orde of de overheid in de in die gevallen gestelde omstandigheden op grond van de ingeroepen algemene beginselen van behoorlijk bestuur een academische graad, resp. een bouwvergunning

---

88. Aldus M. Scheltema in zijn bijzonder lezenswaardige annotatie van beide arresten in de NJ. Hij komt hierop terug in zijn reeds eerder genoemde bijdrage in het aan het vertrouwensbeginsel gewijde themanummer van RM Themis van 1984, p. 548. Men vergelijk ook deze materie voorts J.H. van Kreveld, *Beleidsregels in het recht*, Deventer 1983, p. 69 e.v., en het preadvies van C.J.N. Versteegen van 1985 voor de VAR over het gelijkheidsbeginsel in het administratief recht, p. 66 e.v.

mocht verlenen, hoewel de toepasselijke wettelijke voorschriften zich daartegen verzetten.

Het komt mij voor dat deze zaken niet in hetzelfde vlak liggen. Het lijkt gemakkelijker aanvaardbaar dat van de overheid onder bepaalde omstandigheden kan worden gevraagd afstand te doen van hetgeen haar volgens de wettelijke voorschriften aan belastinggelden toekomt, dan dat zij in strijd met wettelijke voorschriften een academische graad of een vergunning verleent. Weliswaar geldt ook voor de overheid als belastingheffer dat haar rechten tevens plichten zijn, maar de belastingwetgever heeft aan de minister de bevoegdheid gegeven voor bijzondere gevallen, zoals ter tegemoetkoming aan onbillikheden van overwegende aard, nadere regelen te geven; daarop wordt in het desbetreffende arrest uitdrukkelijk gewezen.

Het gaat hier om vragen die nog niet voldoende tot klaarheid zijn gebracht en waarvan waarschijnlijk zal blijken dat zij ook niet voor één en dezelfde beantwoording vatbaar zijn.

In het algemeen zal men van de overheid verwachten dat aan een correcte toepassing van wettelijke voorschriften de voorrang wordt gegeven boven overwegingen die in bepaalde gevallen een andere gedragslijn wenselijk zouden kunnen maken. Zo ergens, dan behoort bij haar het legaliteitsbeginsel voorop te staan.

Niettemin kán een afwijking van dat beginsel gerechtvaardigd zijn indien door zo'n toepassing het vertrouwensbeginsel, het gelijkheidsbeginsel of andere beginselen van behoorlijk bestuur zouden worden geschonden. De jurisprudentie van de belastingkamer van de Hoge Raad geeft daarvan de meest treffende voorbeelden.

Dat, niettegenstaande het hierboven aangehaalde arrest betreffende de teleurgestelde studente, thans ook de burgerlijke kamer van dit college de mogelijkheid van een afwijking van het legaliteitsbeginsel ten gunste van een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur onder bepaalde omstandigheden erkent, blijkt m.i. uit het Arucar/Topcar-arrest van 3 oktober 1986, NJ 1987, 911, al leidde die erkenning in die zaak ook niet tot het door de eisers gewenste resultaat.

Echter zullen in veel gevallen bij de toepassing van algemeen werkende wettelijke voorschriften, naast de belangen van hen die zich daarover met grond kunnen beklagen, omdat daardoor

het vertrouwensbeginsel of enig ander algemeen beginsel van behoorlijk bestuur was geschonden, het algemeen belang en/of de belangen van anderen in zodanige mate zijn betrokken, dat aan de toepassing van het legaliteitsbeginsel de voorrang moet worden gegeven. Wordt daardoor schade geleden door iemand die op grond van bepaalde informaties of toezeggingen wellicht op een andere behandeling had mogen vertrouwen, dan zal, naar het mij voorkomt, in het algemeen de toekenning van schadevergoeding de voorkeur verdienen boven een oplossing waarbij men de toepassing van het desbetreffende wettelijke voorschrift voor het vertrouwensbeginsel laat wijken.<sup>89</sup>

Inmiddels heeft zich met betrekking tot algemene rechtsbeginselen in het publieke recht een nieuwe ontwikkeling voltrokken die de invloed daarvan opnieuw een uitbreiding heeft doen ondergaan.

Was ten aanzien van wettelijke voorschriften de rol van die beginselen tot dusver beperkt tot de wijze waarop daaraan, in het bijzonder door administratieve beschikkingen, uitvoering was gegeven, thans kan op die beginselen ook met betrekking tot de uitvaardiging van die voorschriften beroep worden gedaan.

Het is een ontwikkeling die zich voorshands alleen in het kader van burgerlijke rechtspraak heeft afgespeeld. De administratieve rechtspraak geeft daartoe geen mogelijkheden, omdat in de daarop betrekking hebbende wetten een beroep tegen algemeen werkende voorschriften in het algemeen uitdrukkelijk is uitgesloten.<sup>90</sup>

Dat de uitvaardiging van wettelijke voorschriften die in strijd zijn met regels van hoger recht, een onrechtmatige daad kan

---

89. Vgl. in dit verband de slotoverweging van het – vóór het zgn. doorbraak-arrest van 1978 – gewezen arrest van de belastingkamer van de Hoge Raad van 14 oktober 1970, BNB 1970, 3. Vgl. ook mijn – eveneens door het doorbraak-arrest ingehaalde – opstel *Spel van verwachtingen in privaot- en publiekrecht*, in *Opstellen aangeboden aan prof. mr. L.J. Hijmans van den Bergh*, Deventer 1971, ook opgenomen mijn *Verspreide geschriften*, 's-Gravenhage 1986, p. 166 e.v.

90. Vgl. art. 2, tweede lid onder a Wet Arob, art. 2 Wet Arbo en art. 58, vierde lid, Ambtenarenwet.

betekenen, weten wij sinds het bekende pocketboek-arrest van 24 januari 1969, NJ 1969, 316; daarbij werd een ministeriële verordening – het Vestigingsbesluit boekverkopersbedrijf 1958 – wegens strijd met het toenmalige artikel 7 van de Grondwet onverbindend verklaard en de uitvaardiging daarvan gekwalificeerd als een onrechtmatige daad die tot schadevergoeding aan de daardoor gedupeerde boekverkopers verplichtte. Dat geldt thans voor alle wetgeving in materiële zin, behoudens het grondwettelijk voorschrift dat de wet in formele zin aan rechterlijke beoordeling onttrekt.

Onzeker bleef of het in deze jurisprudentie bij toetsing van lagere aan hogere wetgeving zou blijven, dan wel ook ongeschreven recht, als in algemene rechtsbeginselen vervat, ten aanzien van de beoordeling van de rechtmatigheid van een wettelijk voorschrift in aanmerking zou kunnen komen. Deze vraag heeft een bevestigende beantwoording gekregen in het zgn. landbouwvliegers-arrest van 16 mei 1986, NJ 1987, 251.

Het ging daarbij om twee organisaties van landbouwvaartbedrijven en landbouwvliegers, die de buitenwerkingstelling vorderden van een aantal bepalingen van een algemene maatregel van bestuur betreffende het uitwerpen van landbouwbestrijdingsmiddelen door vliegtuigen en van een daarop gebaseerd ministerieel uitvoeringsbesluit betreffende de afstanden die bij het uitwerpen van landbouwbestrijdingsmiddelen uit vliegtuigen in acht moeten worden gehouden. De belangorganisaties hadden daarbij gesteld dat de aldus getroffen regelingen getuigden van willekeur in dier voege dat het desbetreffende overheidsorgaan, in aanmerking genomen de belangen die ten tijde van het tot stand komen daarvan bekend waren of behoorden te zijn, in redelijkheid niet tot de desbetreffende voorschriften had kunnen komen.

Nadat in deze zaak de President van de Haagse Rechtbank in kort geding het desbetreffende uitvoeringsbesluit buiten werking had gesteld en het hof dat vonnis had bekrachtigd, stelde de Staat een cassatieberoep in, waarbij aan de Hoge Raad de principiële vraag werd voorgelegd of 'naar Nederlands recht algemeen verbindende voorschriften (wetten in materiële zin) door de rechter kunnen worden getoetst aan algemene rechtsbeginselen'. Het hof had die vraag bevestigend beantwoord en de Hoge Raad achtte dat antwoord 'in zoverre juist dat geen

rechtsregel eraan in de weg staat dat de rechter een zodanig, niet door de formele wetgever gegeven voorschrift onverbindend en in verband daarmee de vaststelling en uitvoering daarvan onrechtmatig kan oordelen op grond dat sprake is van willekeur in die voege dat het desbetreffende overheidsorgaan, in aanmerking genomen de belangen die aan dit orgaan ten tijde van de totstandbrenging van het voormelde uitvoeringsbesluit bekend waren of behoorden te zijn, in redelijkheid niet tot het desbetreffende voorschrift is kunnen komen'.

De Hoge Raad legde aldus als maatstaf voor de beoordeling van de rechtmatigheid van niet door de formele wetgever gegeven wettelijke voorschriften dezelfde maatstaf aan als die welke o.m. in artikel 8 van de Wet Arob is gegeven voor de beoordeling van de rechtmatigheid van overheidsbeschikkingen.<sup>91</sup>

De hantering van die beoordelingsmaatstaf leidde de Hoge Raad evenwel tot een andere conclusie dan die van het hof, hetgeen tot gevolg had dat de belangenorganisaties ten slotte in het ongelijk werden gesteld.

Het heeft geen zin hier op de daarbij gebezigde argumenten in te gaan. In wezen komt het verschil met het hof neer op de veel grotere terughoudendheid die de Hoge Raad zich bij de beoordeling en afweging van de technische inzichten en de belangen die bij deze zaak een rol speelden, heeft opgelegd en die het college daarbij ook in algemene zin voor zaken als deze aan de rechter aanbeveelt. Ik kom daarop bij de bespreking van de problematiek van de marginale toetsing terug.

Merkwaardig is dat in de laatste jaren de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ook in het strafprocesrecht lijken te zijn doorgedrongen. Ik denk hierbij aan het bekende arrest van 29 mei 1978, NJ 1978, 358 in de zaak Menten, waarbij de mogelijkheid wordt erkend dat het recht tot strafvervolging verloren kan gaan, indien de verdachte aan bepaalde uitingen van de minister van Justitie het vertrouwen heeft mogen ontlenuen dat van dat recht geen gebruik zou worden gemaakt.<sup>92</sup>

91. Vgl. over deze materie ook de preadviezen van P.J.J. van Buuren en J.E.M. Polak voor de jaarvergadering van de Nederlandse Juristenvereniging 1987 over Onrechtmatige wetgeving.

92. Welke perspectieven dit kan bieden, wordt duidelijk bij kennisne-



Wat het strafrecht zelf betreft<sup>93</sup> spelen bij de wettelijke delictsomschrijvingen vage normen – terecht – een slechts geringe rol; aanmerkelijk groter is die rol ten aanzien van hetgeen in wet en jurisprudentie als strafuitsluitingsgronden wordt aanvaard.

Ik denk in dit opzicht in het bijzonder aan de brandende problematiek van de euthanasie. Artikel 293 van het Wetboek van Strafrecht, volgens hetwelk hij die een ander op zijn uitdrukkelijk en ernstig verlangen van het leven berooft, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren, is op zichzelf geen vage bepaling waarvan de toepassing afhankelijk is van de wijze waarop de rechter deze meent te moeten invullen. Het wordt in zijn werking echter doorkruist door artikel 40, volgens hetwelk niet strafbaar is hij die een feit begaat 'waartoe hij door overmacht wordt gedrongen'. De toepassing die aan deze bepaling moet worden gegeven, is weer geheel van de rechterlijke beoordeling afhankelijk. Leidinggevend is daarbij thans het arrest van de Hoge Raad van 27 november 1984, NJ 1985, 106, en hetgeen daarin wordt overwogen omtrent het bestaan van een noodtoestand die hetgeen in artikel 293 is verboden kan rechtvaardigen. Ook hier moet worden gezegd dat de wetgever door de combinatie van een betrekkelijk duidelijke met een uitermate vage bepaling de oplossing van het probleem grotendeels heeft overgelaten aan de rechter, die hier zelf zijn weg moet trachten te vinden. Leiden de thans in overweging zijnde wetsvoorstellen tot een nieuwe wetgeving op dit gebied, dan lijkt het niet waarschijnlijk dat daarin veel zal veranderen.

Ten slotte verdient het wat de rechtsvinding op het gebied van het strafrecht betreft, opmerking dat ten aanzien van de wellicht belangrijkste en moeilijkste taak die hier aan de rechter is toevertrouwd – de straftoemeting – de rechterlijke vrijheid reeds sinds 1886 groter is geweest dan op welk ander gebied van de rechtsvinding ook.

---

→ ming van de beschouwingen van Enschedé in zijn bijdrage aan de Scholten-bundel *Non sine causa*, p. 68.

93. Vgl. wat het strafrecht betreft, de bijdrage van J.C.M. Leijten aan het themanummer van *RM Themis* 1984 over het vertrouwensbeginsel, p. 501 e.v.



## 7. Suggesties voor een verklaring van de beschreven ontwikkeling

Men kan zich afvragen door welke factoren de rechtsontwikkeling waarop hier de aandacht wordt gevestigd, en in het bijzonder de 'Flucht in die Generalklausel' is veroorzaakt. Die vraag houdt een zo nauw verband met de politieke, economische, sociale en culturele ontwikkeling van onze samenleving in deze eeuw en ook met de wijze waarop deze door de mens van deze tijd wordt beleefd, dat een poging die vraag op wetenschappelijk verantwoorde wijze te beantwoorden het kader van hetgeen dit geschrift kan bieden verre te buiten zou gaan.

Op drie factoren die daarbij, meen ik, in ieder geval mede bepalend zijn geweest, wil ik hier echter zeer in het kort de aandacht vestigen.

De eerste en meest voor de hand liggende schijnt mij te zijn gelegen in het zich steeds verder complicerende en differentiërende patroon van onze samenleving.

Het recht reageert op en werkt in op de vele vormen van contact en conflict die zich in de samenleving tussen mensen onderling en tussen mensen en instellingen voordoen. Wil een rechtsworm hierop adequaat kunnen reageren, dan zal daaraan een bepaalde voorstelling van die mogelijkheden ten grondslag moeten liggen. Is reeds 'gouverner prévoir', dan is dit met 'légiférer' in nog veel sterker mate het geval. De eisen waaraan het voorstellingsvermogen, de fantasie, zou men willen zeggen, van de wetgever moet voldoen, kunnen moeilijk hoog genoeg worden aangeslagen.

Ook reeds in een tijd, waarin het patroon van de samenleving eenvoudiger was en overzichtelijker, heeft men – zoals Portalis in zijn bij de aanbidding van het ontwerp voor de Code civil gehouden redevoering opmerkte – geweten van mogelijkhe-

den 'qu'on s'efforcerait inutilement de prévoir ou qu'une prévoyance précipitée ne pourrait définir sans danger'.<sup>94</sup>

Meent de wetgever zich van een gebied, waarop zijn voorstellingsvermogen noodzakelijk te kort schiet, niettemin niet geheel terug te kunnen trekken, dan is de enige legislatieve mogelijkheid die hij tot zijn beschikking heeft, het stellen van een vage norm of de toekenning van een discretionaire bevoegdheid aan het orgaan dat, naar hij vertrouwt, ook in moeilijk voorzienbare situaties voor het individuele geval de juiste oplossing zal weten te vinden. Het ligt, dunkt mij, voor de hand te veronderstellen, dat de toeneming van de omvang van wettelijke voorschriften met vage inhoud in onze tijd verband houdt met de omstandigheid dat de samenleving ingewikkelder en gecompliceerder is geworden en daarmee het aantal contact- en conflictmogelijkheden 'qu'on s'efforcerait inutilement de prévoir' groter is dan ooit te voren.

Als tweede, de werking van de eerste nog versterkende, factor zou ik willen wijzen op de ontwikkelingen die meebrachten dat de staat van onze tijd steeds meer het beeld vertoont van hetgeen men als gevolg van een minder juiste vertaling van 'welfare state' soms de welvaartsstaat noemt, doch die men juister als de sociale verzorgingsstaat kan omschrijven. Dat betekent dat de taken die door de staat worden aangevat, voortdurend toenemen, steeds meer moet worden geregeld, steeds meer en verder gaande mogelijkheden van overheidsingrijpen moeten worden geschapen op gebieden die voor een concreet normerende wetgeving eigenlijk niet vatbaar zijn. Hoewel deze tendens zich uiteraard in het bijzonder op het gebied van het administratief recht doet gevoelen en daar aanleiding geeft tot de grote toeneming van de discretionaire bevoegdheden van het bestuur, waarop hierboven reeds de aandacht werd gevestigd, ondergaat daarvan ook het burgerlijk recht en de burgerlijke rechtspraak de invloed.

Men denke aan de taak die de rechter heeft op het gebied van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, de pachtverhouding, de huurbescherming en het ondernemingsrecht en aan de

---

94. Vgl. ook p. 17.

aard van de normen aan de hand waarvan deze taak soms moet worden uitgevoerd.<sup>95</sup>

De ontwikkeling waarop hier de aandacht wordt gevestigd, is uiteraard niet tot ons land beperkt. 'Der Richter wird zum Schlichter in unseren komplizierten Wirtschaftsverhältnissen', schreef in 1960 Werner, toen President van het Duitse Bundesverwaltungsgericht. 'Ihm fällt die Aufgabe zu einen Interessenausgleich vor zu nehmen. Dabei ist der juristische Anknüpfungspunkt für diesen Tätigkeitsbereich der Gerichte entweder eine vom Gesetzgeber zur Verfügung gestellte materiellrechtliche Generalklausel oder der unmittelbare Vollzug der Verfassung ohne Zwischenschaltung des Gesetzgebers.'<sup>96</sup>

De hierboven aan de arbeidsovereenkomst, de huur- en pachtverhouding ontleende voorbeelden en de aangehaalde uittaling van Werner hebben betrekking op gebieden van rechterlijk ingrijpen die met de doeleinden van de sociale verzorgingsstaat ten nauwste verband houden. Is het echter vermetel te veronderstellen dat, waar men op deze ons leven in toemende mate bepalende gebieden aan discretionaire bevoegdheden en vage normen in zekere zin gewend raakt, de neiging bestaat ook daarbuiten tot deze vorm van wetgeving steeds gemakkelijker zijn toevlucht te nemen?

Zou die veronderstelling juist zijn, dan zou ook daarin een gedeeltelijke verklaring zijn te vinden voor de belangrijke plaats die de vage normen en discretionaire bevoegdheden vooral in het zesde boek van het nieuwe Burgerlijk Wetboek zullen innemen.

Misschien kan men zelfs een nog wat nauwer verband tussen de aard van deze voorschriften en de doeleinden van de welvaartsstaat aanwijzen. Door in bepaalde situaties de vage normen en de discretionaire bevoegdheid boven de concrete regel te verkiezen, kiest de wetgever voor de nuance en de casuïstiek, die voor elk individueel geval de billijkheid en de rechtvaardigheid zo goed mogelijk benaderen, maar rechtsonzekerheid scheppen en tegen de eenvormigheid die de zekerheid en de

---

95. Vgl. M.G. Rood, Vage normen in het sociaal recht, in de aan A. van Oven aangeboden bundel opstellen Gratia Commercii, p. 225 e.v.

96. Dr. Fritz Werner, Bemerkungen zur Funktion der Gerichte in der gewaltenteilenden Demokratie, in Juristen-Jahrbuch 1. Band, 1960, p. 77.

voorspelbaarheid van hetgeen de rechter zal beslissen bevordert, maar in concreto tot onbillijkheden kan leiden; hij kiest voor de 'Einzelfallgerechtigheit' en tegen de 'Normgerechtigheit'. Niet zelden houdt die keuze van de wetgever tevens in een keuze voor de partij die in de gegeven situatie in de zwakke en tegen de partij die in de sterke positie staat. De toekenning van een bevoegdheid aan de rechter tot matiging van een contractuele boete of van schadevergoeding en tot ingrijpen in de overeenkomst bij onvoorzienbare wijziging der omstandigheden maken dit, dunkt mij, duidelijk.

Ook in de rechtspraak valt soms een soortgelijke tendens te bespeuren, in het bijzonder ten aanzien van personen die door een bepaalde handicap of de omstandigheden waarin zij verkeren, meer dan anderen het gevaar lopen in het maatschappelijk verkeer onder de voet te worden gelopen.<sup>97</sup>

Ik meen dat hiermede tevens de aandacht valt op een derde factor, die ongetwijfeld in nauwe samenhang met de beide vorige op de beschreven ontwikkeling van grote invloed is geweest. Dat is de mentaliteit die de mens van deze tijd in het algemeen kenmerkt; gewend aan veel onzekerheid zowel op materieel als ook en vooral op geestelijk gebied, aanvaardt hij ook in het

---

97. Vgl. ook J. van Schellen, die in zijn *Wat doet de Hoge Raad?*, kanttekeningen bij de koers van de moderne cassatierechtspraak, Deventer 1980, als één van de beide hoofdbeginselen die dit beleid over de jaren 1976-1979 bepaalde, ziet de 'bescherming van de zwakke partij (zowel in het procesrecht als in het alimentatierecht, als in het consumentenrecht, als in het arbeidsrecht, alsook op het terrein van de onrechtmatige daad)'. In zijn Leidse oratie *Wat leert de Hoge Raad*, Deventer 1983, vervolgt Van Schellen dit onderzoek voor de jaren 1980-1983, waarin hij althans voor de rechtspraak t.a.v. sociale verhoudingen (in tegenstelling tot die betreffende de commercie) tot een soortgelijke conclusie komt. Volgens Rood in zijn reeds meermalen genoemde bijdrage *Vage normen in het sociaal recht*, in de *Van Oven-bundel*, p. 250 e.v., is althans voor het arbeidsrecht voor een algemene conclusie in die zin echter geen plaats. Ook mijns inziens gaat het te ver uit de rechtspraak een algemene tendens voor de bescherming van de 'zwakke partij' af te leiden. Vgl. op dit punt ook de opmerkingen van Freek Bruinsma in *Cassatierechtspraak in civiele zaken*, een rechtssociologisch verslag, Zwolle 1988, p. 19.

recht de zekerheid niet meer als een belang waarvoor elk ander belang te wijken heeft; veelal opgevoed in het besef dat veel van hetgeen de oudere generatie tot zekerheid strekte, slechts relatieve betekenis heeft, heeft hij het geloof in de vaste, onwrikbare regel verloren.<sup>98</sup> De jurist volgt hem daarbij – zij het op een afstand. Die afstand zal de jurist moeten bewaren; want wat betekent recht zonder norm? Dat neemt echter niet weg dat ook een jurist van onze tijd eerder dan zijn voorgangers geneigd zal zijn het jus constituendum aldus te redigeren of het jus constitutum aldus te interpreteren dat in bijzondere omstandigheden de ‘Einzelfallgerechtigkeit’ boven de ‘Normgerechtigkeit’ kan prevaleren.

---

98. Vgl. over het relativiserende denken in de rechtswetenschap Pitlo, *Evolutie in het privaatrecht*, p. 78, alsmede p. 93-95, waarin de ontwikkeling van dit relativiserende denken wordt belicht aan de hand van andere verschijnselen die kenmerkend zijn voor perioden waarin aan de mens het geloof in de overgeleverde waarden ontzinkt.

## 8. Enige bedenkingen tegen de beschreven ontwikkeling

De ontwikkeling heeft ons aldus wel heel ver uit de buurt gebracht van Montesquieu's 'république', waar de rechters alleen maar spreekbuizen zijn van de wet; wij wanen ons soms al op de grens van 'la Turquie', de 'état despotique', waar naar Montesquieu's voorstelling geen wetten golden, doch de rechter 'lui-même sa règle' was. Uiteraard heeft de geschetste – misschien onontkoombare – ontwikkeling haar bezwaren en het lijkt daarom niet ongepast voor overschrijding van de Turkse grens in dit verband een waarschuwingsbord te plaatsen. Ik noem hier vier voor de hand liggende bedenkingen.

De eerste bedenking betreft de aan elke vorm van vrije rechtspraak verbonden gevaren van willekeur en rechtsonzekerheid, voortvloeiende uit de onvoorspelbaarheid van hetgeen de niet aan vaste en voor ieder kenbare normen gebonden rechter zal beslissen.<sup>99</sup>

Een tweede bedenking betreft de omstandigheid dat de rechter bij zijn optreden als wetgever-plaatsvervanger niet beschikt over de outillage die de echte wetgever bij de voorbereiding

---

99. Vgl. Ph.A.N. Houwing, *Zekerheid omtrent het recht*, 1947; G. de Grooth, *Enige beschouwingen over de conflicten tussen rechtszekerheid en levend recht*, Leiden 1947; Preadviezen van F.J.M. Van Nispen tot Sevenaer en P.S. Noyon voor de Nederlandse Advocatenvereniging 1951. Daartegenover: H. Bregstein, *De betrekkelijke waarde van de wet*, 1952, Verzameld werk I, Zwolle 1960, p. 1 e.v. Een meer recente waarschuwing tegen deze gevaren vindt men in de bijdrage van L.D. Pels Rijcken in de Scholten-bundel *Non sine causa*. Die bijdrage draagt de in dit verband tekenende titel: *Rechtszekerheid, assepoester van de rechtsvindingstheorieën*. Vgl. ook in de aan Pels Rijcken zelf opgedragen opstellenbundel, H. Drion, *Het rechtszekerheidsargument*.

van een wetsontwerp ter beschikking pleegt te hebben, en daardoor vaak de brede instelling mist die nodig is om de grote verscheidenheid van aspecten van bepaalde maatschappelijke problemen te overzien. Dat geldt op het ene rechtsgebied natuurlijk sterker dan op het andere, maar kan grenzen stellen aan hetgeen voor de rechter op dit gebied mogelijk is. Bovendien gaat het bij de beoordeling van die verschillende aspecten vaak om het maken van keuzen die door hun principieel en politiek karakter moeilijk buiten de volksvertegenwoordiging kunnen worden gemaakt.<sup>100</sup>

Een typisch voorbeeld van een geval waarin de rechter zichzelf om die reden ongeschikt achtte tot de aanvulling van hetgeen als een wettelijke lacune kon worden beschouwd, vindt men in het arrest van de Hoge Raad van 13 december 1973, NJ 1975, 130, waarin bij gebreke aan een wettelijke regeling een verzoek tot inschrijving van een geslachtsverandering (transseksisme) in de geboorteakte werd afgewezen. In het bijzonder in de conclusie van P-G Langemeijer wordt aangewezen welke vragen de problematiek van het transseksisme oproept en waarom deze niet door de rechter, maar door de wetgever tot oplossing moeten worden gebracht.<sup>101</sup>

Intussen is op dit gebied de wetgever inderdaad opgetreden en is door de artikelen 1:29a tot 29d BW de mogelijkheid geschapen om in gevallen van transseksisme tot de inschrijving van geslachtswijziging te komen.

Een ander voorbeeld van een geval waarin de rechter zich van een ingrijpen in de bestaande wetgeving onthield en de zaak aan de wetgever meende te moeten overlaten, vindt men in het arrest van de Hoge Raad van 12 oktober 1984, NJ 1985, 230, waarbij het beklag ex artikel 43 van de Vreemdelingenwet van een man die op grond van zijn huwelijk met een Nederland-

---

100. Vgl. Jimmy M. Polak en Maurice V. Polak, *Faux pas ou pas de deux? Recent developments in the relationship between the legislature and the judiciary in the Netherlands*, in *Netherlands International Law Review* 1986, p. 371 e.v.; in het bijzonder t.a.v. de 'pros and cons', p. 404 e.v.

101. Dat men daarover ook anders kan denken, blijkt uit de bijdrage van F.W. Grosheide in *Transsexualiteit*, boekenreeks NJB, Zwolle 1976, p. 56 e.v.

se vrouw aanspraak meende te hebben op de verkrijging van de Nederlandse nationaliteit, werd afgewezen; de man beriep zich daarbij op de discriminatie gelegen in het feit dat volgens de destijds geldende wetgeving de vrouwelijke vreemdeling door haar huwelijk met een Nederlandse man wél de Nederlandse nationaliteit kon krijgen, maar een mannelijke vreemdeling door zijn huwelijk met een Nederlandse vrouw daardoor geen aanspraak op het Nederlanderschap krijgt. De Hoge Raad verwierp het op het discriminatieverbod van artikel 26 van het Internationale Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten gegronde beklag, omdat het verschil in behandeling tussen vrouwen en mannen op dit punt ook op andere wijze kan worden opgelost dan door ook de mannelijke vreemdeling bij zijn huwelijk met een Nederlandse vrouw de Nederlandse nationaliteit te doen verkrijgen en hierbij keuzen moeten worden gemaakt die aan de wetgever moeten worden overgelaten en die niet vallen binnen de rechtsvormende taak van de rechter.

De wetgever heeft inmiddels aan de discriminatie waarover de man zich beklaagde, een einde gemaakt door met ingang van 1 januari 1985 ook ten aanzien van de vrouw aan het recht op de verkrijging van de Nederlandse nationaliteit door haar huwelijk met een Nederlandse man, een einde te maken.

De derde bedenking ligt meer op staatsrechtelijk terrein; zij ziet op de plaats die de rechter in ons staatsbestel inneemt, en op de bezwaren uit dat oogpunt verbonden aan een ontwikkeling welke de rechter steeds meer brengt in de positie dat hij het objectieve recht niet slechts toepast, maar zelf ook vaststelt.

Justice Holmes, de om zijn vaak wat drastische uitspraken bekende Amerikaanse rechter, waarschuwde reeds in 1926 in een blijkbaar aan de beeldspraak van de 'bouches qui prononcent les paroles de la loi' ontleende formulering tegen de 'tendency to think of judges as if they were independent mouthpieces of the Infinite and not simply directors of a force that comes from the source that gives them their authority'.<sup>102</sup>

Voorals in Duitsland heeft deze min of meer staatsrechtelijke kant van ons probleem veel aandacht gehad. In zijn Bemerkingen

---

102. In een brief aan Laski, aangehaald in Francis Biddle, Justice Holmes, Natural law, and the Supreme Court, p. 40.



gen zur Funktion der Gerichte in der Gewaltenteilenden Demokratie weist Werner op een crisis van de trias politica, ontstaan doordat het evenwicht tussen de staatsmachten in die zin zou zijn doorbroken dat het zwaartepunt langzamerhand van de wetgevende naar de rechterlijke macht zou worden verlegd.<sup>103</sup> De 'Gesetzgebungsstaat' zou in onze tijd het gevaar lopen en reeds op weg zijn zich te ontwikkelen tot een 'Richterstaat'.

Is voor Werner vooral de ontwikkeling van het moderne 'Verwaltungsrecht' uitgangspunt van zijn beschouwingen, een andere auteur, de bekende Göttinger hoogleraar Wieacker, die zich ook met het probleem van de 'aussergesetzliche Rechtsordnung' heeft beziggehouden, komt, uitgaande van bepaalde ontwikkelingen in het burgerlijk recht tot dezelfde conclusie.<sup>104</sup> Volgens hem heeft zich in Duitsland uit de klassieke burgerlijke rechtsstaat – de tussenperiode van het Hitlerregime wordt weggedacht – een sociale rechtsstaat ontwikkeld, waarvan het kenmerk is dat t.a.v. de nieuwe verzorgende taken die de staat op zich heeft genomen, het hoofdaccent niet op de 'Verwaltung' is komen te liggen, maar het laatste woord is gebleven aan de rechter, 'auch er nun aber nicht mehr zur Streitentscheidung, sondern zur fürsorglichen Gestaltung von Lebensverhältnissen und zur Wohlordnung sozialer und wirtschaftlicher Zustände'<sup>105</sup>; bij de vervulling van die taak zijn hem echter de voor hem traditionele vaste wettelijke normen ontvallen: 'Fast überall zeigen denn auch hier Generalklausel von nicht zu überbietender Schwammigkeit die Abdankung des Gesetzgebers zugunsten eines sozialgestaltenden Richters an.'

Nu moet aan dit alles dadelijk worden toegevoegd, dat de Duitse situatie niet geheel met de onze kan worden vergeleken. Een begrijpelijke reactie op de rechteloosheid in het nationaal-socialistische tijdperk heeft daar naast de burgerlijke en straf-

---

103. Juristen-Jahrbuch I. Band, 1960, p. 68 e.v. Vgl. over dit onderwerp eveneens van dezelfde schrijver de in 1954 voor de Berliner Juristische Gesellschaft gehouden rede *Das Problem des Richterstaates*.

104. Dr. Franz Wieacker, *Gesetz und Richterkunst, Zum Problem der aussergesetzlichen Rechtsordnung*, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Schriftenreihe, Heft 34, Karlsruhe 1957.

105. T.a.p., p. 4.

rechtspraak een naar de indruk van de buitenstaander wel wat heel zwaar opgezette Verfassungsgerichtsbarkeit, Verwaltungsgerichtsbarkeit, Arbeitsgerichtsbarkeit, Sozialgerichtsbarkeit en Finanzgerichtsbarkeit doen ontstaan, of voor zover reeds bestaande, verder ontwikkeld, waardoor in Duitsland de gebieden, waarop in velerlei vorm van rechtspraak het laatste en beslissende woord is aan de rechter, wellicht nog omvangrijker zijn dan bij ons. Al zou het daarom overdreven zijn ook in Nederland de rechtsontwikkeling te duiden als een ontwikkeling van de 'Gesetzgebungsstaat' naar de 'Richterstaat', de 'Abdankung des Gesetzgebers zugunsten eines sozialgestaltenden Richters' – en ook wel ten gunste van anders dan 'sozial gestaltende' rechters – is een verschijnsel dat ook voor ons recht de traditionele ordening der machten in het geding brengt.

Weliswaar beantwoordt de ordening van het geldende Nederlandse staatsrecht als geheel stellig niet aan het beeld dat de leer der machtscheiding oproept, maar ten aanzien van de rechterlijke macht kan van een gescheiden macht, van een specifieke functie opgedragen aan een van de andere staatsmachten onafhankelijk orgaan, toch wel degelijk worden gesproken. De rechter heeft naar Nederlands staatsrecht een politiek neutraal en volledig onafhankelijke positie; hij is ten aanzien van de wijze waarop hij zijn functie vervult, aan geen enkel ander orgaan van de staat, ook niet aan de volksvertegenwoordiging, verantwoording schuldig. Die onafhankelijkheid is nodig als waarborg voor de aan de rechterlijke functie inherente volstreekte onpartijdigheid, maar zou aan de andere kant aan de rechter een te grote macht verlenen, indien hij daarbij ook nog de vrijheid had werkelijk 'lui-même sa règle' te zijn. De volstrekt onafhankelijke en daarom uitzonderlijke positie, welke de rechter in ons staatsbestel inneemt, kan hem worden toevertrouwd, juist omdat hij in de staat de in beginsel objectieve rechtsorde vertegenwoordigt, zijn taak in beginsel niet naar eigen inzicht, politiek, sociaal of economisch bepaalde voorkeur uitoefent, maar overeenkomstig de in beginsel objectief bepaalde maatstaven van het recht. Volstrekt onafhankelijke rechters die op het terrein van hun werkzaamheid tevens als wetgevers optreden, met overheidsmacht uitgeruste arbiters, die als goede mannen naar billijkheid oordelen, zijn daarom

figuren, die in de met onze staatsvorm verbonden ordening der machten moeilijk kunnen worden aanvaard.

Tegen de vrije rechtsvinding is nog een vierde bezwaar aan te voeren, dat met het laatstgenoemde ten nauwste samenhangt. Van de rechter wordt juist als politiek onafhankelijk en strikt onpartijdig orgaan dat geen ander belang dan dat van de handhaving van de geldende rechtsorde heeft te behartigen, verwacht dat hij bij de vorming van zijn oordeel niet alleen zijn eigen belangen, maar ook zijn politiek, sociaal en economisch bepaalde voorkeur zover mogelijk zal trachten uit te schakelen.

Het is juist deze eis die de aard van de rechterlijke rechtsvinding van die van anderen onderscheidt: want al is de rechtsvinding niet het monopolie van de rechter, het is wél zo dat – afgezien van de wetenschappelijke rechtsbeoefening die op het recht in abstracto is gericht – slechts de taak van de rechter meebrengt dat hij het recht te vinden heeft buiten het kader van de behartiging van enig ander hem toevertrouwd belang. Rechtsvinding in concreto behoort mede tot de taak van vele en in velerlei werkzaamheid betrokken juristen, zoals advocaten, bedrijfsjuristen, bestuursjuristen; zij allen kunnen en moeten zelfs bij hun zoeken naar de rechtens juiste oplossing van een door hen te beantwoorden rechtsvraag binnen het kader van de rechtens mogelijke oplossingen zich laten richten door de belangen waarvan de behartiging hun krachtens hun taak en opdracht is toevertrouwd: het belang van de cliënt, het belang van het bedrijf, het specifieke aspect van het algemeen belang, dat door de openbare dienst, waarvoor zij werken, wordt behartigd. Slechts de rechter kan in dergelijke belangen bij zijn zoeken naar de rechtens juiste oplossing van het door hem te beslissen geval geen richting vinden, omdat hij nu eenmaal geen enkel bijzonder belang of speciaal aspect van het algemeen belang te dienen heeft. Ook om die reden is hij als rechtsvinder meer dan anderen aangewezen op objectieve maatstaven en komt hij in verlegenheid wanneer deze te vaag, onzeker en onbepaald zijn.

Die verlegenheid spreekt in bijzonder sterke mate, indien de hem voorgelegde gevallen vragen betreffen die politiek omstreden zijn of die raken aan belangentegenstellingen welke tussen bepaalde bevolkingsgroepen bestaan.

Als voorbeeld bij uitstek kan hier de jurisprudentie betreffende de werkstaking dienen. Afgezien van de goedkeuring van het Europees Sociaal Handvest (ESH), waardoor sinds mei 1980 hetgeen in de artikelen 6, lid 4, en 31 met betrekking tot collectieve acties is bepaald ook in Nederland geldt, heeft de Nederlandse wetgever op dit bijzonder omstreden gebied geen enkele bijdrage geleverd.

Vóór de ratificatie van het ESH werd de rechtsvorming te dien aanzien volledig bepaald door de jurisprudentie, in het bijzonder die van de presidenten van de rechtbanken, recht doende in kort geding. Het ging daarbij meestal om vorderingen van werkgevers tegenover vakbonden, gegrond op het onrechtmatig uitlokken van werkstaking, waarbij de rechter nauwelijks over andere aanknopingspunten beschikte dan over de vage normen die in de begrippen wanprestatie en onrechtmatige daad zijn geïmpliceerd.

Aanvankelijk was daarbij leidinggevend het op 15 januari 1960, NJ 1960, 84, door de Hoge Raad gewezen Panhonlibco-arrest, volgens hetwelk het uitlokken van een werkstaking in het algemeen werd beschouwd als het uitlokken van wanprestatie en, behoudens een in het arrest vrij nauw omschreven rechtvaardigingsgrond, als onrechtmatig moest worden aangemerkt. Dit arrest werd door de feitelijke instanties echter niet meer gevolgd sinds het Amsterdamse Gerechtshof in zijn arrest van 3 april 1972, NJ 1972, 132, met een beroep op de inmiddels veranderde rechtsopvattingen besliste dat een stakingsoproep in het algemeen niet onrechtmatig was, behoudens de mogelijkheid dat bepaalde bijkomende omstandigheden tot een ander oordeel moesten leiden. Merkwaardig is dat de zeer overvloedige jurisprudentie die zich verder langs deze lijn ontwikkelde, nimmer meer aan het oordeel van de Hoge Raad is onderworpen. Overziet men die rechtspraak, dan valt op dat de bijkomende omstandigheden die een stakingsoproep onrechtmatig kunnen maken, in het algemeen vragen betreffende de bij een arbeidsconflict door partijen in acht te nemen spelregels betreffen. Dergelijke vragen zijn voor een rechterlijke beoordeling beter vatbaar dan die betreffende het al dan niet gerechtvaardigd zijn van het stakingsdoel, hetgeen in het algemeen het partijkiezen in een sociaal-economisch conflict betekent.

Het is eerst in de arresten van 30 mei 1986, NJ 1986, 688, en

van 7 november 1986, NJ 1987, 226, dat de Hoge Raad opnieuw de gelegenheid heeft gekregen zich over de rechtmatigheid of onrechtmatigheid van een stakingsoproep uit te laten. Daarbij beschikte de Hoge Raad voor het eerst over een uit het geschreven recht afkomstig richtsnoer, zijnde de artikelen 6, lid 4, en 31 van het ESH.

Het eerstgenoemde artikel houdt een algemene erkenning in van het recht van werknemers en werkgevers op collectief optreden in gevallen van belangengeschillen, met inbegrip van het stakingsrecht. Artikel 31 voorziet in de mogelijkheid van bepaalde beperkingen van de in het verdrag erkende rechten. Deze artikelen zullen bij hun toepassing stellig interpretatie behoeven, maar zij stellen aanzienlijk meer voor dan de vage en onbepaalde normen die voordien de enige aanknopingspunten voor de rechter vormden.<sup>106</sup>

---

106. Vgl. over dit onderwerp in het bijzonder de beschouwingen van Ch.J. Enschedé, Van Gerven, J. van der Hoeven en J.C.M. Leyten in RM Themis 1974, 5/6, dat aan de grenzen van de rechterlijke functie is gewijd. Voorts de preadviezen van M.G. Rood, H.L. Wedeven, J.C.M. Leyten en C.J.M. Schuyt over de plaats van de rechterlijke macht in de Nederlandse samenleving voor de Nederlandse Juristenvereniging van 1975, waarvan dat van Rood in het bijzonder is gewijd aan de vraag of de rechter een taak in zogeheten politieke zaken heeft. Vgl. voor de rol van de marginale toetsing in stakingsgedingen in het bijzonder Wedeven, p. 87 e.v. Vgl. voorts ten aanzien van de arresten van 1986, M.G. Rood, Over collectieve werknemersacties of: de Hoge Raad terug van weggevoest, NJB 1987, p. 301.

## 9. Streven naar objectivering bij de toepassing van vage rechtsnormen

Besef voor de bedenkingen waarop hierboven werd gewezen, kan en moet voor de wetgever een aansporing zijn de normen die hij stelt, waar mogelijk, te concretiseren en tot vage normomschrijvingen niet te spoedig zijn toevlucht te nemen; het valt echter te voorzien dat de omstandigheden die van de toewijzing van die vage normomschrijvingen de oorzaak waren, ook in de toekomst in dezelfde richting werkzaam zullen blijven.

Het zal daarom niet alleen en misschien niet in de eerste plaats aan de wetgever zijn om op de uitdaging welke in deze ontwikkeling is gelegen, het passende antwoord te vinden, maar dit antwoord zal in hoofdzaak van de rechter zelf moeten komen. Deze zal, ook waar de wetgever hem in de steek laat en slechts vage normen als redelijkheid, billijkheid en goede trouw hem tot richtsnoer strekken, zich niet mogen gedragen als ware hij 'sa propre règle', maar voor zijn beslissing zo veel mogelijk objectieve aanknopingspunten moeten zoeken, opdat, zoals Scholten juist met het oog op de situatie van artikel 1401 BW heeft opgemerkt, zijn uitspraak niet slechts 'zijn eigen rechtsgevoel bevredigt, maar tegelijk tegenover het rechtsbewustzijn van de kring waarvoor zij bestemd is, verantwoord is'.<sup>107</sup> Juist waar zijn autonomie het grootste schijnt, zal hij zich daarom de grootst mogelijke moeite moeten geven zijn beslissing te richten naar de objectieve normen, beginselen en rechtsovertuigingen, geldend in de rechtsgemeenschap waarin hij leeft en werkt en waaraan hij zijn autoriteit ontleent. Hij zal er, met andere woorden, naar moeten streven dat ook dáár zijn oordeel de 'trans-subjectieve inslag' heeft, die aan zijn functie in die rechtsgemeenschap eigen is.<sup>108</sup>

107. Verzamelde geschriften, p. 21.

108. Vgl. I. Kisch in zijn bespreking van Scholtens Verzamelde Geschriften; RM Themis 1952, p. 532.

Het is om dezelfde reden dat soms ook wetgevers blijk geven van het verlangen om tegenover de door hen aan rechters gelaten vrijheid althans in woorden een objectief tegenwicht te stellen.

Zo deed reeds Portalis, toen hij bij de aanbieding van het ontwerp van de Code civil de vraag besprak hoe wettelijke leemten moeten worden aangevuld en daarbij de rechter verwees naar gegevens die, althans naar hun omschrijving, een objectieve inhoud schijnen te hebben: 'A défaut d'un texte précis, à chaque matière un usage ancien, constant et bien établi, une opinion ou une maxime reçue tiennent lieu de loi'.

Zo deed de Zwitserse wetgever toen hij in artikel 1 Burgerlijk Wetboek aan de bekende passus waarin de rechter bij het stilzwijgen van de wet wordt opgedragen te beslissen naar de regel die hij zelf als wetgever zou opstellen, toevoegde: 'Er folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung'.

Ook in de aanvankelijk door Meijers voor het ontwerp NBW ontworpen Inleidende titel ontmoet men dezelfde gedachten-gang. In artikel 5, lid 2, wordt de rechter, wanneer de wet niet rechtstreeks in het gegeven geval voorziet, in de eerste plaats verwezen naar de rechtsbeginselen die aan wetsvoorschriften ten grondslag liggen. Bij gebreke van een toepasselijke wet wordt volgens artikel 4 het recht in de eerste plaats door de gewoonte en bij gebreke ook daarvan door de billijkheid bepaald, maar ook die billijkheid wordt zo objectief mogelijk omschreven. Immers moet volgens artikel 7 (dat thans als artikel 3.1.1.13 NBW zal worden opgenomen onder de algemene bepalingen van het vermogensrecht) bij het vaststellen van hetgeen de billijkheid vordert, naast de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het geval zijn betrokken, rekening worden gehouden met 'algemeen erkende rechtsbeginselen (en) met de in het Nederlandse volk levende rechtsovertuigingen.'

Die inleidende titel zal niet als wet worden ingevoerd, maar dit neemt niet weg dat de daarvoor ontworpen bepalingen om het gezag van de ontwerper uit een rechtstheoretisch oogpunt hun waarde voor ons blijven behouden.<sup>109</sup>

---

109. Een kritische bespreking van deze titel gaf I. Kisch in zijn bekende artikel Het eerste zevental, in RM Themis 1975, p. 137 e.v.

Het nieuwe verbintenissenrecht biedt eveneens een voorbeeld van een bepaling waarin de wetgever door de verwijzing naar een objectief lijkend gegeven een vage norm tracht te objectiveren. In artikel 6.3.1.1 wordt een omschrijving van de onrechtmatige daad gegeven die ten nauwste aansluit aan die van het bekende arrest van 1919. Aan de in dat arrest geformuleerde verwijzing naar hetgeen in het maatschappelijk verkeer bejaamt, zijn echter thans de woorden 'volgens ongeschreven recht' toegevoegd. Ook hier dus weer de uitdrukking van de gedachte dat wat als betamelijk of onbetamelijk moet worden beschouwd niet afhankelijk is van het subjectieve inzicht van de rechter, doch de rechter daarbij aansluiting moet trachten te zoeken bij een objectief gegeven dat hier als 'ongeschreven recht' wordt aangeduid. Het is een gedachte die ons herinnert aan hetgeen, naar hierboven werd vermeld, ook door Scholten naar aanleiding van artikel 1401 BW werd opgemerkt.

Ook in de administratieve wetgeving is een voorbeeld van een soortgelijke gedachtengang te vinden. Toen immers de algemene beginselen van behoorlijk bestuur als criterium voor de rechterlijke toetsing van administratieve beschikkingen hun intrede deden in onze wetgeving, dat was bij de voorbereiding van de Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie, werd in de volksvertegenwoordiging eveneens behoefte gevoeld aan deze bij uitstek vage norm een objectief accent toe te voegen: bij amendement werd de aanvankelijk in het ontwerp voorgestelde omschrijving 'beginsel van behoorlijk bestuur' aangevuld tot 'in het algemeen rechtsbewustzijn levend beginsel van behoorlijk bestuur'. De bedoeling van dit amendement, dat werd aangenomen, was uit te drukken dat wat een beginsel van behoorlijk bestuur was, niet aan het subjectieve oordeel van de rechter mocht worden overgelaten. Een waarborg voor de inachtneming van deze verwijzing naar het objectieve gezichtspunt dat men aldus trachtte te omschrijven, werd gezocht in het eveneens bij amendement ingevoegde artikel 63 van genoemde wet, dat de rechter verplicht om, wanneer hij een dergelijk beginsel geschonden acht, dit beginsel uitdrukkelijk in zijn uitspraak aan te wijzen. Dit alles om de rechters in te scherpen dat zij, om in de hierboven aangehaalde woorden van Holmes te spreken geen 'independent mouthpieces of the Infinite' zijn, maar, 'directors of a force that comes from the source that gives them their authority'.



## 10. 'Algemeen erkende rechtsbeginselen' en 'in het Nederlandse volk levende rechtsovertuigingen'; topica

Intussen zal het duidelijk zijn dat het voor de wetgever en voor de theorie gemakkelijker is dergelijke eisen aan de rechter te stellen, gemakkelijker ook termen als billijkheid en beginselen van behoorlijk bestuur te omschrijven als ware het mogelijk deze aan buiten het rechtsbesef van de rechter gelegen objectieve kenbronnen te ontleen, dan dat het in de praktijk van de rechtsvinding is dit alles waar te maken.

Hield de leer van de rechtsvinding zich tot dusver in hoofdzaak bezig met de vragen van de wetsinterpretatie in de meer traditionele betekenis van dit woord, uitlegging van de wet naar haar bewoordingen, wetsgeschiedenis, rechtsgeschiedenis, systeem, ratio, restrictieve of extensieve interpretatie, rechtsverfijning en analogie, de ontwikkeling, die ik in het voorgaande trachtte aan te geven, maakt het nodig om, naast en misschien meer nog dan aan deze vragen, aandacht te schenken aan de vraag langs welke weg en langs welke methode het recht moet worden gevonden op het in omvang steeds toenemende gebied waar oriëntatie op de wet de rechter niet of nauwelijks verder helpt. Zoals wij zagen verwijst artikel 7 van het oorspronkelijk ontwerp van de Inleidende titel van het nieuwe BW, thans artikel 3.1.1.13 NBW, ons door een nadere bepaling van hetgeen een verwijzing naar de 'billijkheid' betekent naar 'algemeen erkende rechtsbeginselen' en naar 'de in het Nederlandse volk levende rechtsovertuigingen'. Maar hoe komen wij deze op het spoor?

Gedeeltelijk, naar het mij voorkomt, door onderzoek naar de leidende gedachten die ten grondslag liggen aan de gegeven rechtsorde, zoals deze in wetgeving en jurisprudentie is gepositieerd, gedeeltelijk uit hetgeen zich daarin of daarnaast uit ons

rechtsbesef of zedelijke overtuiging met een onmiddellijke evidentie aan ons opdringt.<sup>110</sup>

Als voorbeeld van de opsporing van een rechtsbeginsel dat aan de positieve rechtsorde kan worden ontleend, noemen zowel Scholten<sup>111</sup> als Langemeijer<sup>112</sup> in dit verband de bekende dissertatie van J.H. Thiel, *De bescherming van de goede trouw van derden*, waarin uit de regeling van de wisselverbintenis en de artikelen 1910 en 2014 BW als een algemeen ook voor toepassing buiten die regelingen geëigend beginsel werd afgeleid, dat wie op grond van een naar buiten blijvende regeling van een rechtsverhouding tussen bepaalde personen aanneemt dat deze is, zoals zij schijnt te zijn, in zijn vertrouwen op die schijn tegenover die personen wordt beschermd. Na invoering van het nieuwe BW zal dit beginsel, als in artikel 3.2.3a omschreven, ook wettelijke erkenning krijgen.

Een recent voorbeeld uit de rechtspraak van een aan de wetgeving ontleend rechtsbeginsel vindt men in het arrest van 1 maart 1985, NJ 1986, 173, betreffende de vraag of aan een notaris, gehoord als getuige bij een verhoor op de voet van artikel 223b van de Faillissementswet een verschoningsrecht toekomt. Deze vraag wordt bevestigend beantwoord, hoewel onder degenen die volgens het derde lid van dat artikel een verscho-

---

110. Vgl. over rechtsbeginselen in het privaatrecht onder meer: Scholten, *Algemeen Deel*, p. 80 e.v.; Scholten, *Verz. Geschriften I*, p. 395 e.v.; J. Wiarda, *Aard en betekenis van rechtsbeginselen, inzonderheid de beginselen van goede trouw en billijkheid in ons positieve recht*, Zwolle 1947; J. A. Jansen op de Haar, *Zijn in het civielrecht rechtsbeginselen kenbaar?* RM Themis 1962, p. 474 e.v.; dr. Josef Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen 1956, p. 133 e.v.; en van dezelfde schrijver, *Interessenjurisprudenz heute*, *Juristen-Jahrbuch I. Band*, 1960, p. 111 e.v.; dr. Franz Wieacker, *Gesetz und Richterkunst*, Karlsruhe 1957, p. 12 e.v.; H.J. van Eikema Hommes, *De betekenis van de Algemene Rechtsbeginselen voor de Rechtspraktijk*, Calvinistische Juristenvereniging 1967; en NJB 1968, p. 1089 e.v. en 1130 e.v. Voorts G.J. Scholten, D.F. Scheltens en H.J. van Eikema Hommes, *Rechtsbeginselen*, Zwolle 1980; J.J.H. Bruggink, *Op zoek naar het recht, Rechtsvinding in rechtstheoretisch perspectief*, Groningen 1987, p. 119 e.v.

111. *Algemeen Deel*, p. 87.

112. *Juridische dogmatiek*, Amsterdam 1962, p. 18.

ningsrecht hebben, alleen de echtgenoot, gewezen echtgenoot, kinderen en verdere nakomelingen, ouders en grootouders van de schuldenaar worden genoemd en voorts geen der andere wettelijke bepalingen die op het verschoningsrecht betrekking hebben, hier van toepassing waren.

Het bestaan van een verschoningsrecht werd hier niettemin aangenomen op grond van een uit die wettelijke bepalingen afgeleid rechtsbeginsel, volgens hetwelk bij vertrouwenspersonen als die waartoe de notaris behoort, 'het maatschappelijk belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt, moet wijken voor het maatschappelijk belang dat een ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het besprokene tot hen om bijstand en advies moet kunnen wenden'.

Niet altijd echter zal het mogelijk zijn om aan de beginselen welke duidelijk aan bepaalde wettelijke voorschriften ten grondslag liggen, gelding ook buiten die voorschriften toe te kennen.

Onmiskienbaar is dat onze wetgeving een aantal voorschriften bevat, waaraan de gedachte ten grondslag ligt dat wie ten koste van een ander zonder grond verrijkt is, tot restitutie is verplicht; niettemin heeft, zoals reeds in ander verband werd vermeld, de Hoge Raad in zijn arrest van 30 januari 1959, NJ 1959, 548, in de zaak Quint/Te Poel de restitutieplicht van de zonder grond verrijkte tegenover de verarmde niet als een algemeen ook buiten de in de wet uitdrukkelijk geregelde gevallen geldend rechtsbeginsel willen aanvaarden.<sup>113</sup>

De vraag die in bovenstaand arrest werd beslist, was een betwiste en is ook een betwiste gebleven. Een ander voorbeeld zal minder twijfel wekken; naast de schuldaansprakelijkheid kent onze wetgeving een aantal gevallen waarin de verplichting tot schadevergoeding niet op schuld, maar op risicoaansprakelijkheid berust. Duidelijk is dat, al ligt aan al deze regelingen als beginsel ten grondslag dat wie bepaalde gevaren stelt, voor de daaruit voor anderen voortvloeiende schade het risico moet dragen, dit beginsel geenszins bedoeld en geëigend is om zon-

---

113. Vgl. G.E. Langemeijer, *De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht*, 5e druk, Zwolle 1985, p. 104.

der meer ook buiten de in de wet geregelde gevallen te worden toegepast.<sup>114</sup>

Deze voorbeelden stellen in het licht dat de kracht waarmee rechtsbeginselen zich doen gelden, een zeer verschillende kan zijn; soms hebben zij een bijkans absolute gelding, maar meestal is hun gelding slechts relatief en komen zij voor toepassing buiten het gebied waarop de wetgever er zich duidelijk door liet inspireren, niet of slechts in beperkte mate in aanmerking.

De reden hiervan is dat rechtsbeginselen nu eenmaal geen weloverdacht systeem vormen, zeer vaak ook in verschillende richting wijzen, in bepaalde gevallen onderling zelfs onverenigbaar zijn, tot een kruispunt van wegen voeren, waarop de ene of de andere richting moet worden gekozen.

Als een aan de wetgeving ontleend voorbeeld van zulke verschillende, elk in een andere richting wijzende rechtsbeginselen, kan gelden de thans nog geldende regeling van artikel 2014 BW, waarin de wetgever – als men hem tenminste het resultaat waartoe de rechtspraak kwam, mag toeschrijven – voor de keuze stond tussen het rechtsbeginsel dat iemand aan een ander niet meer recht kan overdragen dan hemzelf toekomt en het beginsel dat de goede trouw van derden die afgaan op de schijn welke ten aanzien van een roerende zaak in het bezit gelegen is, bescherming verdient; tussen deze beginselen werd in het in het eerste lid geregelde geval voor het tweede, en in het in het tweede lid geregelde geval voor het eerste beginsel gekozen. Die – verschillend uitgevallen – keuze werd weer bepaald door een derde beginsel, inhoudende dat redelijk is dat men – in dit geval de oorspronkelijke eigenaar van een verduisterde roerende zaak – tegenover derden het risico draagt van de betrouwbaarheid van degeen aan wie men zijn goed toevertrouwt; en men kan tenslotte zeggen dat het een belangenafweging was, waarbij het verkeersbelang het grootste gewicht in de schaal legde, die bij de keuze tussen voornoemde rechtsbeginselen de doorslag gaf.<sup>115</sup>

---

114. Langemeijer, t.a.p., p. 70 e.v. Vgl. ook HR 22 jan. 1979, NJ 1979, 535, waarin het bestaan van een regel in deze zin voor het Nederlandse recht werd afgewezen.

115. In het ontwerp voor het nieuwe BW (artikel 3.4.2.3a) is op de grondslag van een andere afweging een nieuwe regeling van deze materie voor-



In de oorspronkelijke door Meijers voor het NBW ontworpen inleiding, waaraan — al zal deze niet als wet worden ingevoerd — het gezag van de ontwerper blijft verbonden, wordt op twee plaatsen over rechtsbeginselen gesproken.

Volgens het tweede lid van artikel 5 geldt de toepassing van rechtsbeginselen die aan wetsvoorschriften ten grondslag liggen, als 'toepassing van die voorschriften', terwijl volgens artikel 7, dat als artikel 3.1.1.13 in het NBW zal overgaan, voor de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen met algemene rechtsbeginselen moet worden 'rekening gehouden'.

De in artikel 5 genoemde rechtsbeginselen worden dus in hun werking met de wet gelijkgesteld; hun toepassing geldt als wetstoepassing.

De in artikel 7 genoemde rechtsbeginselen hebben een zwakere werking, die in de daarvoor gekozen terminologie aldus tot uitdrukking wordt gebracht dat er bij de vaststelling van wat de billijkheid eist, mee moet worden 'rekening gehouden'.

Van een 'toepassing' van aan wettelijke voorschriften ontleende rechtsbeginselen, die in bovenstaande zin als toepassing van die voorschriften kan gelden, is dunkt mij sprake, indien uit een wettelijk voorschrift of uit een geheel van wettelijke voorschriften, bepaalde rechtsbeginselen zo duidelijk naar voren komen, dat daaraan ook voor gevallen die niet rechtstreeks onder die voorschriften vallen, maar met hetgeen daaronder wél valt relevante eigenschappen gemeen hebben, de beslissende betekenis van een wettelijk voorschrift moet worden toegekend. Op p. 109 en 110 werden daarvan voorbeelden gegeven.

Naast deze als dwingend te beschouwen rechtsbeginselen zijn er andere waarmee in de zin van artikel 7 (3.1.1.13 NBW) voor de vaststelling van wat de billijkheid eist alleen maar moet worden 'rekening gehouden'.

---

→ gesteld, waarin de belangen van de verkrijger te goeder trouw nog verder worden beschermd. Vgl. hierover Langemeijer in zijn *De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht*, vijfde druk, p. 51 e.v. De ten slotte door de Tweede Kamer aanvaarde tekst, die van het ontwerp afwijkt, berust op een opnieuw gewijzigde afweging van de verschillende bij deze materie betrokken belangen.

Dat betekent dat zij voor de rechter niet de dwingende betekenis van een wettelijk voorschrift hebben, maar wél behoren tot de gegevens die voor de beoordeling van wat de redelijkheid en billijkheid eisen als richtingwijzers tot zijn beschikking staan; hij moet daarmee rekening houden, omdat zulke beginselen rechtswaarden vertegenwoordigen die in de rechtsgemeenschap waarvan de rechter exponent is, gelding hebben, zij het dat die gelding geen absolute maar slechts een relatieve is.

Zij vormen richtlijnen, wegwijzers die kunnen worden gevolgd, voor zover geen redenen bestaan om daarvan af te wijken; zulke redenen kunnen bestaan in de persoonlijke of maatschappelijke omstandigheden die bij het geval zijn betrokken en zich tegen de toepassing van het desbetreffende beginsel in dat geval verzetten; mogelijk is echter ook dat er bij de zaak verschillende rechtsbeginselen in het spel zijn, die elk in een andere richting wijzen; de rechter zal dan moeten kiezen; die keuze zal worden bepaald door de hogere of lagere waarde die zijn rechtsgevoel aan die beginselen toekent, maar ook hierbij kunnen de bij de zaak betrokken persoonlijke of maatschappelijke belangen ten slotte de doorslag geven.

Sprak reeds Portalis ten aanzien van het wettelijk richtsnoer van 'la combinaison de plusieurs textes qui conduisent à la décision, bien plus qu'ils ne la renferment', dit enkel maar 'conduire', dit enkel maar geleiden naar de richting waarin de oplossing moet worden gezocht, spreekt voor rechtsbeginselen in nog veel sterker mate dan voor de wet; waarbij dan nog komt dat hier de 'combinaison' tot veel groter moeilijkheden leidt, daar rechtsbeginselen nu eenmaal niet naar een bepaald systeem geconstrueerd zijn.

Nauw verwant met hetgeen gemeenlijk onder rechtsbeginselen wordt verstaan, zijn de in de laatste tijd vooral in de Duitse rechtsvindingsliteratuur naar voren gekomen zogenaamde topica.<sup>116</sup> Het door deze term uitgedrukte begrip is aan de klas-

---

116. Vgl. onder meer Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, München 1963. Josef Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt am Main 1972, p. 154 e.v., W. van Gerven en J.C.M. Leijten, *Theorie en praktijk van de rechtsvinding*, tweede druk, 1981, p. 65 e.v.

sieke oudheid ontleend – een van de werken van Aristoteles is er aan gewijd – en het speelde een rol in een vooral voor het praktische leven aangeprezen redeneerkunst, waarbij werd uitgegaan van en voortgebouwd op hetgeen in het algemeen op grond van de traditie en van gezaghebbende meningen voor juist werd gehouden; een redeneerkunst die een ander karakter had dan de echte wijsbegeerte, ook een minder verheven karakter had dan deze, maar praktisch van grote betekenis was en de basis vormde voor het in de oudheid zo belangrijke bedrijf van sofisten en retoren, waaraan dat van de juristen altijd nauw verwant is geweest. Op de rechtswetenschap toegepast kunnen de topica mijns inziens het beste worden omschreven als juridische gemeenplaatsen, vuistregels die doorgaans opgaan en daarom als grondslag voor verdere redeneringen kunnen worden gebruikt. Men legde er in de oudheid hele catalogi van aan, waarvan vaak ook de door ons bijwijlen nog geciteerde Latijnse zinnen afkomstig zijn.

Met de retoren en sofisten zijn ook de topica in de vergetelheid geraakt; en wat in het bijzonder de rechtswetenschap betreft, pasten zij ook steeds minder in de ontwikkeling van die wetenschap van een wat casuïstisch bedrijf naar een logisch systematische discipline.

Het is natuurlijk geen toeval dat in onze tijd met zijn vernieuwde aandacht voor casuïstiek en buitenwettelijk recht, voor 'Einzelfallgerechtigheit', voor 'probleemdenken' in de plaats van 'systeemdenken' de herinnering aan de oude topica opnieuw is gewekt. Hun aantrekkingskracht ligt, dunkt mij, vooral in de omstandigheid dat zij zowel een objectieve als een subjectieve inslag en nooit meer dan relatieve betekenis hebben. Objectief, omdat zij berusten op hetgeen in een bepaalde tijd door allen, althans de meesten of de 'verstandigsten', voor waar wordt aangezien en dus een zekere consensus vooronderstellen; subjectief omdat er nooit een absolute geldigheid aan kan worden toegeschreven en de rechter er dus naar eigen inzicht uitzonderingen op kan maken.

Dat hebben zij dan gemeen met wat in artikel 3.1.1.13 NBW met 'algemene rechtsbeginselen' en met 'de in het Nederlandse volk levende rechtsovertuigingen' wordt aangeduid.

## II. Marginale toetsing

Al kan – zo een vage rechtsnorm als de billijkheid voor een gegeven geval moet worden geconcretiseerd – aan rechtsbeginselen of algemene rechtsovertuigingen soms wel een bepaalde richting worden ontleend, heel veel vastigheid geven zij de rechter doorgaans niet.

In zijn toelichting op artikel 7 van de Inleidende titel, thans overgenomen in artikel 3.1.1.13 NBW, waarin naar deze aanknopingspunten wordt verwezen, wordt dit ook door Meijers erkend. Hij wijst daarin op de kracht en op de zwakheid van de billijkheid als rechtsbron; kracht omdat 'zij beoogt de gerechtigheid op meer onmiddellijke wijze te benaderen dan het wettrecht'; zwakheid omdat zij dikwijls niet in staat is dit beter te doen dan de wet, aangezien 'een algemene rechtsovertuiging ontbreekt en de belangen die bij de rechtsregels zijn betrokken, geheel verschillend door de belanghebbenden worden gewaardeerd'. In zodanige gevallen 'schept een verwijzing naar de billijkheid veelal onzekerheid'; anders is dit, aldus Meijers, slechts gesteld in gevallen 'waarin iets in hoge mate onbillijk is'; want 'wat in hoge mate onbillijk wordt geoordeeld, beschouwt ieder redelijk oordelend mens als onbillijk'.

Een soortgelijke gedachte vinden wij bij Langemeijer waar hij ons in zijn Inleiding tot de studie van de Wijsbegeerte des rechts leert dat 'in tal van gevallen waarin wij moeten bekennen dat wij niet met stelligheid kunnen aantonen wat aan volstreekte rechtvaardigheid zou beantwoorden, wij onrecht van enige zwaarte met geponde overtuiging kunnen herkennen'.<sup>117</sup>

---

117. p. 233; evenzo: De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht, 5e druk, Zwolle 1985, p. 116, en Bij nader inzien, Zwolle 1979, p. 70.





Moet dit ons tot de conclusie leiden dat normen als redelijkheid en billijkheid alleen dan voor toepassing in aanmerking komen, indien het antwoord op de vraag wat zij in een gegeven geval betekenen, door ieder redelijk oordelend mens op dezelfde wijze zou worden gegeven? En betekent dit dan dat bij een rechtsstrijd omtrent de vraag wat in een gegeven geval door de billijkheid, de redelijkheid, de goede trouw, de betamelijkheid wordt gevorderd, een eisende of verwerende partij die er zich op beroept dat het standpunt of het gedrag van zijn wederpartij daaraan niet beantwoordt, slechts dan in het gelijk zou mogen worden gesteld, indien dat standpunt of dat gedrag in hoge mate onbillijk, onredelijk, onverenigbaar met de goede trouw of onbetamelijk was en daarom door ieder redelijk denkend mens als zodanig zou worden herkend?

Die vraag moet mijns inziens in het algemeen ontkennend worden beantwoord. Waar de wet voor de beoordeling van bepaalde gedragingen naar normen als deze verwijst of de rechter bij het zwijgen van de wet op dergelijke normen is aangewezen, wordt van hem in de regel een zelfstandige en volledige toetsing van zo'n gedraging aan de hand van die normen verwacht. Hij kan zich daarbij niet beperken tot de vraag of in het desbetreffende geval van een zó kennelijk onredelijke gedraging kan worden gesproken, dat ieder die als onredelijk moet herkennen, maar moet op grond van zijn eigen oordeel over de redelijkheid of onredelijkheid daarvan zijn beslissing geven.

De jurisprudentie kent dan ook verschillende gevallen waarin een rechterlijke beslissing in cassatie werd vernietigd, omdat de rechter zich bij de beoordeling van de redelijkheid van een bepaalde gedraging een té grote reserve had opgelegd.

Ik herinner aan het reeds in ander verband ter sprake gekomen arrest van 20 december 1985, NJ 1987, 54, waarbij de Hoge Raad met betrekking tot artikel 1:36 BW, na aanpassing daarvan aan artikel 12 EVRM, besliste dat de rechter zich voor

---

→ Vgl. ook J.H. Nieuwenhuis, Legitimatie en heuristiek van het rechterlijk oordeel, RM Themis 1976, p. 509: 'Het geweten en de rechtsovertuiging hebben een polaire structuur; krasse vormen van onbetamelijkheid, onzekerheid en onbillijkheid wijzen wij zonder aarzeling aan, evenals situaties die zeker niet onbetamelijk zijn.'

de beoordeling van de redelijkheid van een ouderlijke weigering van de toestemming tot het huwelijk van een minderjarig kind, niet behoorde te beperken tot de vraag of de ouders op redelijke gronden 'hebben kunnen komen' tot hun weigering, maar zelf behoort te onderzoeken of die weigering, alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen, redelijk is te achten. De beslissing van de rechtbank werd vernietigd, omdat deze zich 'beperkingen had opgelegd die niet stroken met de taak die de rechter in een geval als het onderhavige heeft te vervullen'.

Het is in wezen dezelfde vraag die aan de orde kwam in een arrest van 24 april 1987, NJ 1987, 792, betreffende de redelijkheid van een doktersrekening, die de patiënt had geweigerd te betalen omdat hij die te hoog achtte.

In dit geval had de feitelijke rechter zich wél in een volledig onderzoek naar de redelijkheid van de rekening begeven, terwijl het de eisende arts was die zich op het standpunt stelde dat de rechter zich in een dergelijk geval behoort te beperken tot de vraag of de arts tot het in rekening gebrachte 'met inachtneming van de redelijkheid had kunnen komen'. De Hoge Raad verwierp de op deze opvatting gegronde cassatieklacht en oordeelde dat 'de rechter in een geval als het onderhavige waarin de redelijkheid van de door de arts in rekening gebrachte en ten processe gevorderde bedragen door de patiënt wordt betwist, zich de vraag heeft te stellen wat, alle omstandigheden in aanmerking genomen, een redelijke beloning is voor de bewezen diensten'.

Niettemin bestaan op hetgeen in dit opzicht in het algemeen geacht moet worden tot de taak van de rechter te behoren belangrijke uitzonderingen waarin een 'judicial restraint', als in bovenstaande gevallen door de Hoge Raad afgewezen, juist wél in acht moet worden genomen.

Op zo'n uitzondering wijzen reeds dadelijk de voorbeelden waarnaar Meijers op de hierboven aangehaalde plaats bij zijn opmerking dat zekerheid ten aanzien van de inhoud van de billijkheid slechts bestaat voor wat 'in hoge mate onbillijk is' verwees. Die verwijzing betreft artikel 3 van de door hem voorgestelde Inleidende titel, volgens hetwelk een regelende wet of gewoonte niet wordt toegepast wanneer die toepassing in het

gegeven geval 'in hoge mate onbillijk zou zijn' en artikel 6, volgens hetwelk een gewoonte 'die in hoge mate onbillijk is' geen rechtskracht heeft.

Die Inleidende titel zal niet in de nieuwe wetgeving worden opgenomen, maar met het zesde boek, waarover reeds eerder is gesproken, is dit wèl het geval. Wij zagen reeds dat ook daarin een groot aantal bepalingen voorkomen waarin naar redelijkheid en billijkheid wordt verwezen, maar tevens dat er onder die bepalingen verscheidene zijn waarin daaraan een op verschillende wijze omschreven aanwijzing wordt toegevoegd, die aan de rechter bij de toepassing van die normen een meer dan gewone voorzichtigheid voorschrijft. Aldus de bepaling van het tweede lid van artikel 6.1.1.2, volgens welke een krachtens wet, gewoonte of rechtshandeling geldende regel voor de maatstaven van de billijkheid of de redelijkheid moet wijken, indien de toepassing van die regel naar die maatstaven 'onaanvaardbaar' zou zijn; artikel 6.1.8.18, dat de matiging van een contractuele boete mogelijk maakt 'indien de billijkheid dat "klaarblijkelijk" eist'; artikel 6.1.9.12a, dat, indien in de daar omschreven omstandigheden de toekenning van een volledige schadeloosstelling 'tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden', de rechter de bevoegdheid geeft deze te matigen. Het zijn allemaal voorbeelden van gevallen, waarin aan de verwijzing naar redelijkheid en billijkheid een restrictie wordt verbonden waarin op verschillende wijzen tot uitdrukking wordt gebracht dat deze slechts is gegeven met het oog op gevallen waarin het niet in acht nemen van die maatstaven tot in hoge mate onbillijke gevolgen zou leiden.

Wettelijke omschrijvingen waarin van de rechter bij de toepassing van de maatstaven van de billijkheid een meer dan gewone reserve wordt gevraagd, zijn ook in het thans reeds geldende recht niet onbekend. Ik wijs op de artikelen 1639s en 1639t BW, die het mogelijk maken dat het ontslag uit een dienstbetrekking, al zijn daarbij de wettelijke vereisten in acht genomen, niettemin aanleiding kan geven tot schadevergoeding of zelfs tot herstel in de dienstbetrekking indien dat ontslag 'kennelijk onredelijk' was.

De jurisprudentie leert dat soms ook zonder dat de wet daartoe een aanwijzing geeft, de rechter bij de toepassing van de maatstaven van redelijkheid, billijkheid of betamelijkheid zich

zelf een soortgelijke reserve oplegt. Daarvoor heeft in ons land de term 'marginale toetsing' burgerrecht gekregen.

Bekendheid heeft deze, het eerst door H.D. van Wijk voor een reeds veel ouder verschijnsel geïntroduceerde, term<sup>118</sup> vooral gekregen in verband met de jurisprudentie van de burgerlijke rechter over de onrechtmatige overheidsdaad. In het kader van deze beschouwingen kan daarop alleen terloops en oppervlakkig worden ingegaan. Men weet dat vóór de thans door de Wet Arob geboden aanvullende rechtsbescherming, die het de burger mogelijk maakt op de in die wet omschreven gronden van overheidsbeschikkingen in beroep te komen bij de Afdeling rechtspraak van de Raad van State, de burgerlijke rechter in de voorheen in ons recht in dit opzicht bestaande leemten heeft trachten te voorzien door een ruime toepassing van zowel artikel 2 Wet RO als van artikel 1401 BW. Hij kwam daarbij niet zelden te staan voor de vraag, of en in hoeverre overheidsbeschikkingen gegeven op grond van de in het administratieve recht doorgaans bijzonder ruim omschreven discretionaire bevoegdheden ter beoordeling van de rechtmatigheid van die beschikkingen behalve aan wettelijke voorschriften ook aan de redelijkheid konden worden getoetst. De jurisprudentie op dit punt is bijzonder genuanceerd, maar rechtvaardigt de conclusie, dat de rechter zich aan een dergelijke beoordeling niet onttrekt, doch zich daarbij in het algemeen wél de reserve van de marginale toetsing oplegt. Een klassiek geworden formulering heeft deze gekregen in het Doetinchemse woonruimtevoorderingsarrest van 14 januari 1949, NJ 1949, 558, waarvan de uitkomst was, dat wat betreft de redelijkheid van

---

118. Voortgaande terugtred, inaugurele rede VU, Alphen a/d Rijn 1959, p. 3. Vgl. over de problematiek van de marginale toetsing voorts: de reeks opstellen van P. Borst in WPNR 4735-4737 en 5024-5027; W.C.L. van der Grinten in zijn bijdrage aan de Beekhuis-bundel, *Op de grenzen van komend recht*, Deventer-Zwolle 1969, p. 109 e.v.; L. Prakke, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en marginale toetsing*, Ars Aequi 1966, p. 278, ook opgenomen in zijn dissertatie *Toetsing in het publiek recht*, Assen 1972, p. 1 e.v.; H.L. Wedeven in zijn preadvies voor de Nederlandse Juristenvereniging 1975, p. 84 e.v.; In 't Veld-Koeman, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, p. 63 e.v.; W. van Gerven, *Beginnselen van behoorlijk handelen*, Zwolle 1983, p. 9 e.v.

de aan zo'n vordering ten grondslag liggende belangenafweging voor tussenkomst van de burgerlijke rechter slechts aanleiding kon bestaan, indien 'de vorderende autoriteit bij afweging van de in aanmerking komende belangen in redelijkheid niet tot een vordering had kunnen komen'. Zoals reeds eerder werd opgemerkt is deze formulering in verschillende wetten, waaronder de Wet Arob en de Wet Arbo, overgenomen onder de gronden waarop thans bij de administratieve rechter tegen overheidsbeschikkingen kan worden opgekomen.

Wij vinden haar eveneens terug in de recente jurisprudentie van de burgerlijke rechter betreffende de eventuele onrechtmatigheid van de vaststelling en uitvoering van algemeen verbindende voorschriften, wegens strijd met algemene rechtsbeginselen.

In het desbetreffende arrest van de Hoge Raad van 16 mei 1986, NJ 1987, 251, is de terughoudendheid die daarbij volgens de Hoge Raad door de rechter in acht behoort te worden genomen, bijzonder scherp geformuleerd. Weliswaar staat er geen rechtsregel aan in de weg 'dat de rechter een zodanig, niet door de formele wetgever gegeven voorschrift onverbindend en in verband daarmee de vaststelling en uitvoering daarvan onrechtmatig kan oordelen', maar 'de rechter heeft daarbij niet tot taak om de waarde of het maatschappelijk gewicht dat aan de betrokken belangen moet worden toevertrouwd, naar eigen inzicht vast te stellen, terwijl zowel de aard van de wetgevende functie als de positie van de rechter in ons staatsbestel, zoals die mede in artikel 11 van de Wet algemene bepalingen tot uiting komt, mede brengen dat hij ook overigens bij deze toetsing terughoudendheid moet betrachten'.

Soortgelijke formuleringen komen wij eveneens tegen in enige oudere arresten betreffende gedingen die de geldigheid van besluiten van vennootschapsorganen tot inzet hadden. Dat besluiten van de organen van rechtspersonen aan de voorschriften van de wet en van de statuten moeten beantwoorden spreekt vanzelf. Kunnen zij ook op grond van strijd met de goede trouw, de redelijkheid of de billijkheid worden aangevochten? Deze vraag is in de jurisprudentie in beginsel bevestigend beantwoord; waar het ook op dit gebied veelal gaat om gevallen waarover ook onder redelijk denkende mensen verschillend kan worden gedacht, legt ook hier de rechter zich in het alge-

meen de beperking van een slechts marginale toetsing op. Als voorbeeld noem ik een arrest van de Hoge Raad van 21 mei 1943, NJ 1943, 484, dat een geval betrof waarbij een aandeelhouder van een naamloze vennootschap opkwam tegen de wijze waarop de vergadering van aandeelhouders de winst, waarvan het dividend afhankelijk was, had vastgesteld. De Hoge Raad achtte tussenkomst van de rechter slechts mogelijk, indien de vennootschap bij de winstvaststelling een gedragslijn zou hebben gevolgd 'welke onder de gegeven omstandigheden geen redelijk denkende vennootschap ten opzichte van haar winstgerechtigden kan volgen'.<sup>119</sup>

Op een vergelijkbare wijze is de gedachte van de marginale toetsing uitgedrukt in artikel 26 van de Wet op de ondernemingsraden; volgens dit artikel kan van het besluit van een ondernemer dat in afwijking van het advies van de ondernemingsraad was genomen, door de ondernemingsraad bij de Ondernemingskamer van het Amsterdamse Gerechtshof worden opgekomen; ook hier heeft echter de rechter alleen te beoordelen of de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen tot zijn besluit had kunnen komen.<sup>120</sup>

Ook op een ander gebied van het ondernemingsrecht, het enquêterecht, speelt de marginale toetsing een rol. Onder de bevoegdheden die op grond van de artikelen 344 e.v. Boek 2 BW op dit gebied aan de Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam toekomen, zijn de meest ingrijpende en scherpe genoemd in artikel 356, waaronder de schorsing of vernietiging van een besluit van bestuurders, van commissarissen, van de algemene vergadering of van enig ander orgaan van de rechtspersoon. Volgens artikel 356 kunnen die voorzieningen alleen worden getroffen, indien uit het ingestelde onderzoek 'van wanbeleid is gebleken'. Vergelijkt men deze term met de in artikel 354 genoemde termen 'onjuist beleid' en 'onbevredigende gang van zaken', dan wordt duidelijk dat van 'wanbeleid' slechts sprake is, indien, zoals de Ondernemingskamer bij ar-

---

119. Vgl. voor een soortgelijk geval HR 11 jan. 1963, NJ 1964, 433.

120. Vgl. het artikel van S.M. Bartman en H.F.N. Dorrestein, Marginale toetsing en de vrijheid van de ondernemer, NJB 1985, 669, naar aanleiding van het arrest van de Hoge Raad van 7 juli 1982, NJ 1983, 35, dat op art. 26 van de Wet op de ondernemingsraden betrekking had.

rest van 21 juni 1979, NJ 1980, 71, besliste, gehandeld is 'in strijd met elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap', hetgeen betekent dat ook hier het rechterlijk ingrijpen tot de gevallen van een kennelijk slecht en onredelijk beleid is beperkt en dat ook hier de rechterlijke beoordeling een marginaal karakter draagt.

Dat reeds lang vóór de ontwikkeling van de jurisprudentie en van de wetgeving waarop hier de aandacht is gevestigd, de figuur van hetgeen thans als marginale toetsing wordt gekwalificeerd bekend was, blijkt uit de reeds oude rechtspraak betreffende het bindend advies. Komen partijen overeen de oplossing van een haar verdeeld houdend geschil, anders dan langs de formele weg van de arbitrage, toe te vertrouwen aan een derde, dan zijn zij krachtens die overeenkomst aan de beslissing van die derde gebonden. De in het ongelijk gestelde partij kan in beginsel de zaak niet opnieuw aan de rechter voorleggen en er zich daarbij op beroepen dat de gegeven beslissing onjuist was. Slechts tegen evident onredelijke bindende adviezen kan de tussenkost van de rechter worden ingeroepen; mogelijk is immers dat, zoals dat in het arrest van de Hoge Raad van 29 januari 1931, NJ 1931, 1317, werd omschreven, 'het advies hetzij uit hoofde van zijn inhoud, hetzij uit hoofde van de wijze waarop het tot stand is gekomen, zozeer ingaat tegen hetgeen redelijk en billijk is, dat de wederpartij in strijd met de goede trouw handelt door haar (d.w.z. de in het ongelijk gestelde partij) daaraan gebonden te willen houden'.

De tot dusver behandelde gevallen hebben dit gemeen dat het daarbij steeds ging om een rechterlijke toetsing van beslissingen door anderen krachtens eigen bevoegdheid genomen, zoals beslissingen van overheidsorganen of van vennootschapsorganen en bindende adviezen; voor al die beslissingen geldt dat zij door de beslissende instanties werden gegeven op grond van een hun door wet, statuten of overeenkomst opgedragen taak bij de vervulling waarvan hun, in het bijzonder met betrekking tot de afweging van de daarbij betrokken belangen, in beginsel een eigen beoordelingsvrijheid toekomt; marginale toetsing betekent dat de rechter die vrijheid ontziet en zijn tussenkost beperkt tot de gevallen waarin het evident is dat van die vrijheid een zodanig gebruik is gemaakt, dat deze geen eerbiediging verdient.

Toch zijn de geschillen waarin voor de rechter aanleiding bestaat zich ten aanzien van de daarbij betrokken maatstaven van redelijkheid, billijkheid, goede trouw, betamelijkheid e.d. de reserve van de marginale toetsing op te leggen, niet tot gevallen van deze soort beperkt.

Als overgang tot een aantal andere gevallen waarin zich hetzelfde verschijnsel voordoet, vestig ik in de eerste plaats de aandacht op de jurisprudentie betreffende de zogenaamde partijbeslissingen; men verstaat daaronder de gevallen waarbij in een overeenkomst aan een van de partijen de bevoegdheid wordt gegeven ten aanzien van bepaalde voorlopig ongeregeld gelaten onderwerpen de inhoud zelfstandig en eenzijdig vast te stellen of de tijdens de loop van de overeenkomst rijzende geschillen eenzijdig en zelfstandig te beslissen. Dergelijke beslissingen lijken op bindende adviezen; het verschil is dat het hier niet een buitenstaander, maar één der partijen zelf is die, gebruik makende van haar contractuele rechten, de haar opgedragen beslissing neemt.

Ook hier geldt dat zo'n partijbeslissing in het algemeen niet voor de rechter kan worden aangevochten, maar tevens dat zich ook hier gevallen kunnen voordoen, waarin de partij die de beslissing had genomen, door haar wederpartij aan die beslissing te houden in strijd kan handelen met de goede trouw, omdat zij, zoals de Hoge Raad dat in zijn arrest van 29 november 1957, NJ 1958, 52, omschreef, 'gelet op alle omstandigheden van het geval in redelijkheid niet tot de door haar genomen beslissing had kunnen komen'; het is een criterium dat weer geheel vergelijkbaar is met de maatstaven waarnaar in de jurisprudentie betreffende de onrechtmatige overheidsdaad de redelijkheid van discretionaire overheidsbeschikkingen wordt gemeten.

Gezellen waarbij van contractuele bevoegdheden gebruik wordt gemaakt op een wijze waarvan moet worden gezegd dat men daartoe, gelet op alle omstandigheden van het geval in redelijkheid niet had kunnen komen, kan men zowel in het licht van de beperkende werking van de goede trouw als in dat van de leer van het misbruik van recht<sup>121</sup> beschouwen.

---

121. Zie daaromtrent W. van Gerven, Variaties op het thema misbruik, in WPNR 5504 (herdenkingsnummer Meijers) en vervolgens Beginselen van behoorlijk handelen, p. 12 en 13.



Volgens artikel 3.1.1.14 NBW kan een bevoegdheid onder meer worden misbruikt door haar uit te oefenen met geen ander doel dan om een ander te schaden of met een ander doel dan waarvoor zij is verleend of ingeval men, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot de uitoefening had kunnen komen. De beide eerste criteria (gebruik om te schaden, en gebruik voor een ander doel dan waarvoor de bevoegdheid was verleend) waren in overeenstemming met het reeds tevoren geldende recht; het laatste criterium (strijd met een redelijke afweging van de daarbij betrokken belangen) betekende in het licht van de jurisprudentie van de Hoge Raad die tot dusver van dit criterium niet had willen weten, een verruiming; tegenover die verruiming staat dat aan de beoordeling van hetgeen bij die belangenafweging als redelijk kan worden beschouwd de restrictie van de marginale toetsing is verbonden. Alleen een evident onredelijke belangenafweging mag de rechter tot de conclusie leiden dat iemand van een hem toekomend recht misbruik heeft gemaakt.

Ook deze aan artikel 8 van de Inleidende titel ontleende bepaling van ons toekomstig recht heeft op de verdere ontwikkeling van de jurisprudentie zijn invloed niet gemist. Bij arrest van 17 april 1970, NJ 1971, 89, aanvaardde de Hoge Raad t.a.v. het misbruik van recht de ruime, steeds door Meijers verdedigde<sup>122</sup> en door hem in het hierboven aangehaalde artikel neergelegde leer. Het arrest betrof een geval waarin een eigenaar tegen zijn buurman een vordering had ingesteld tot amotie van een garage bij de bouw waarvan die buurman de eigendoms-grens had overschreden. Aan de erkenning dat in een dergelijk geval zo'n vordering in beginsel was toegelaten, werd door de Hoge Raad toegevoegd dat de amotie vorderende eigenaar zich 'aan misbruik van recht zou hebben schuldig gemaakt, indien het nadeel dat K. (de buurman) door de amotie zou lijden zowel op zich zelf beschouwd als in zijn verhouding tot het belang dat De J. met haar vordering nastreeft zo groot zou zijn dat, alle

---

122. Vgl. Misbruik van recht en wetsontduiking, gastcolleges in 1937 in Leuven gehouden. Verz. opstellen I, p. 62 e.v.; voorts de noot onder arrest HR 31 dec. 1937, NJ 1938, 517.

verdere omstandigheden in aanmerking genomen, De J. naar redelijkheid niet tot de uitoefening van haar recht had kunnen komen'.

Men kan dit arrest beschouwen als een voorbeeld van de invloed die het komende recht op het tegenwoordige recht kan uitoefenen, dus van anticiperende interpretatie. Men kan het echter ook beschouwen als uitdrukking van een in onze tijd steeds verder doordringend besef dat, zoals alweer Meijers dat in zijn toelichting op de Inleidende titel omschreef, 'een recht-hebbende ook bij de uitoefening van zijn burgerrechtelijke bevoegdheden het belang van zijn naasten en van de maatschappij niet geheel uit het oog mag verliezen'.

Voorheen als vrijwel absoluut beschouwde subjectieve burgerlijke rechten zijn in onze tijd door de wetgever vaak beperkt op een wijze die aanzienlijk verder gaat dan enkel voortvloeit uit het besef dat men bij de uitoefening van zijn rechten 'het belang van zijn naasten en de maatschappij niet geheel uit het oog mag verliezen'. Soms is daarbij aan het belang van die 'naasten' en van de 'maatschappij' een zodanige voorrang gegeven dat van die rechten weinig is overgebleven<sup>123</sup>, men denke aan het nieuwe huurrecht.<sup>124</sup>

Voor zover de wetgever dergelijke voorzieningen niet heeft getroffen en burgerlijke rechten en bevoegdheden in beginsel nog staan ter vrije beschikking van de daartoe gerechtigde of bevoegde, is het aan de rechter om, zo deze bij de uitoefening van die rechten of bevoegdheden op evident onredelijke wijze te werk is gegaan, hen er op bescheiden wijze aan te herinneren dat zo'n beschikkingsvrijheid nooit zo ver kan gaan dat de gerechtigde of bevoegde daarbij 'het belang van zijn naasten en dat van de maatschappij' geheel uit het oog zou mogen verliezen. Dat is wat ten aanzien van de uitoefening van rechten en bevoegdheden bij een marginale toetsing van de daarbij betrachtte redelijkheid geschiedt.

Zoals het in beginsel ieder vrij staat van zijn rechten en bevoegdheden het gebruik te maken dat hem goeddukt, zo is het

---

123. Vgl. de redactionele kanttekening van T. Koopmans in RM Themis 1980, p. 2 en 3.

124. Vgl. A. Bockwinkel in NJB 1979, p. 877 e.v.

ook met de overige kansen die een bijzondere situatie waarin iemand verkeert, hem kan bieden; in beginsel —, want, afgezien van wettelijke beperkingen, kunnen ook hier de redelijkheid en de billijkheid een beperkende rol spelen. Men denke slechts aan de jurisprudentie betreffende misbruik van omstandigheden en hetgeen daaromtrent zal gelden — in wezen trouwens thans reeds geldt — zodra artikel 3.2.10 van het nieuwe BW zal zijn ingevoerd. Het gaat daarbij in het algemeen om de invloed die van een dergelijk misbruik op de geldigheid van overeenkomsten en andere rechtshandelingen kan uitgaan. Zo'n misbruik kan echter ook een onrechtmatige daad betekenen en ook daarbij kan de marginale toetsing een rol spelen.

Ik denk hier in het bijzonder aan het zogenaamde BUMA-arrest van 24 mei 1968, NJ 1968, 252, waarbij het ging om de grenzen van het gebruik dat men van een feitelijke machtspositie mag maken. De zaak betrof een door BUMA getroffen regeling die erop was gericht om de verhuurders van zaalruimten waar muziekwerken, voor de uitvoering waarvan BUMA toestemming had te geven, plachten te worden uitgevoerd, in te schakelen voor de inning van de aan BUMA verschuldigde muziekauteursrechten. Die regeling kwam hierop neer dat, indien een zaalverhuurder zich bereid verklaarde aan die regeling mee te werken, voor de uitvoering van de desbetreffende muziekwerken in een van hem gehuurde zaal een lager recht werd gegeven dan voor de uitvoering van die werken in een zaal waarvan de verhuurder niet aan die regeling meewerkte. De in de onderhavige zaak tegen BUMA optredende zaalverhuurders achtten zich door die regeling in een voor hen nadelige dwangpositie gebracht en verweten BUMA door de uitvaardiging daarvan een onrechtmatige daad te hebben gepleegd. BUMA verdedigde de regeling omdat deze voor haar efficiënt en praktisch was en naar haar zeggen ook voor de zaalverhuurders geen nadeel, zelfs voordeel meebracht. Het hof had de zaalverhuurders in het gelijk gesteld, kortweg omdat BUMA gebruik makende van haar monopoliepositie ter wille van eigen voordeel door de litigieuze regeling op de zaalverhuurders een ongeoorloofde pressie had uitgeoefend. De Hoge Raad oordeelde anders. Hij stelde voorop dat niet het gebruik, doch het misbruik van een machtspositie het gedrag van de monopoliehouder onrechtmatig doet zijn. Van zo'n misbruik zou sprake kun-

nen zijn 'indien de medewerking die in de zaalverhuurdersregeling door BUMA van de zaalverhuurders wordt gevraagd, voor dezen zó bezwaarlijk en nadelig was dat BUMA, rekening houdende met alle bij de door haar ontworpen regeling betrokken belangen, naar redelijkheid niet had kunnen komen tot een regeling welke de zaalverhuurders in een positie bracht waarin zij door hun huurders tot zulk een voor hen bezwaarlijke en nadelige medewerking konden worden genoopt'. De zaak werd naar het hof teruggewezen voor een nader onderzoek.

Zaken als deze vertonen enige gelijkenis met die betreffende rechtsmisbruik. Zoals men in het algemeen van subjectieve rechten en bevoegdheden, behoudens wettelijke beperkingen, het gebruik mag maken dat men wil, kan men dit ook doen van een machtspositie waarin men in feite verkeert. Maar in beide gevallen mag men daarbij de belangen van anderen en ook het algemeen belang niet uit het oog verliezen. Dat eist in elk geval belangenafweging, in dit geval afweging van eigenbelang tegenover andermans belang. De daarbij betachte redelijkheid kan door de rechter worden getoetst; maar alleen marginaal, hetgeen betekent dat alleen bij een evident onredelijk gebruik van de rechtspositie of de feitelijke positie waarin men verkeert, voor een rechterlijk ingrijpen plaats is.

Dat voor de beperking van de in beginsel voor ieder bestaande vrijheid gebruik te maken van zijn rechten of van de feitelijke positie waarin hij verkeert, voor zover de wet daaraan geen grenzen stelt, een duidelijke indicatie moet bestaan, wordt op een geheel andere, maar mijns inziens op een soortgelijke gedachtengang steunende wijze uitgedrukt in een arrest van de Hoge Raad van 24 september 1976, NJ 1978, 135, de zogenaamde Erdal-zaak. Het ging daarin om de vraag of het bij een overname van een naamloze vennootschap aan een bestuurder tegenover de andere aandeelhouders vrij staat te bevorderen dat voor de door hem persoonlijk of zijn familie gehouden aandelen een hogere prijs per aandeel wordt betaald dan de prijs per aandeel die de bieder gemiddeld voor alle uitstaande aandelen gezamenlijk wil betalen. Het hof had in deze zaak aangenomen dat zulks in beginsel niet geoorloofd was, ook niet indien het aandelenpakket waarvoor per aandeel meer wordt betaald, een meerderheidsbelang vertegenwoordigt, waardoor zo'n pakket een hogere waarde kan hebben dan een zelfde aan-

tal afzonderlijke aandelen. De Hoge Raad oordeelde anders dan het hof. Een zo algemene regel als die waarop het hof zijn beslissing had gegrond, vindt geen grondslag in enig bij of krachtens de wet gegeven voorschrift, 'terwijl ook niet gesproken kan worden van het bestaan van een duidelijke rechtsopvatting dienaangaande, die het aannemen van een niet in de wet verankerde gedragsregel van zo ingrijpende aard zou kunnen rechtvaardigen'. Tegenover een ook hier in beginsel aangenomen vrijheid wordt dus voor een deze beperkende gedragsregel die uit het ongeschreven recht zou kunnen voortvloeien, 'een duidelijke rechtsopvatting' gevraagd, waarbij de nadruk op 'duidelijke' moet vallen.

De gevallen waarin de rechter zich in het bijzonder bij de toetsing van een door hem te beoordelen gedrag of houding aan vage normen als redelijkheid en billijkheid de met de marginale toetsing aangeduide reserve oplegt, zijn niet gemakkelijk onder een algemene noemer samen te vatten.

Duidelijk is dat – al zal de rechter bij de toepassing van een vage, door hem zelf in te vullen norm, altijd een extra behoedzaamheid in acht nemen – voor de 'judicial restraint' die met deze term wordt uitgedrukt altijd een bijzondere reden moet bestaan. Marginale toetsing betekent dat aan een justitiabele, wiens houding of gedrag aan normen als redelijkheid, billijkheid of betamelijkheid moet worden getoetst, zolang onredelijkheid, onbillijkheid of onbetamelijkheid er niet dik bovenop liggen, 'the benefit of the doubt' wordt gegund. Dit betekent dat hij bij de bepaling van zijn gedrag of houding over 'een speciale vrijheid' kan beschikken, waarvoor, zoals Borst (één der eersten die aan het verschijnsel van de marginale toetsing een studie heeft gewijd) het uitdrukte, 'een speciale rechtsgrond' moet bestaan.

Wanneer aan de organen van de overheid en van rechtspersonen met betrekking tot de vervulling van hun bestuurstaak binnen het kader van hun wettelijke of statutaire bevoegdheden een zekere slechts marginaal te toetsen beleidsvrijheid wordt gegund, dan ligt daarvoor het bestaan van zo'n speciale rechtsgrond duidelijk voor de hand. Dit is in het bijzonder het geval waar dat bestuursbeleid bestaat – en dat is van elk bestuursbeleid het belangrijkste aspect – in de afweging van belangen, algemene belangen van allerlei aard tegenover elkaar

of tegenover bijzondere belangen, of van bijzondere belangen onderling. Bij die afweging moet stellig de redelijkheid worden betracht. Het zou echter een onaanvaardbare vermenging van rechterlijke en bestuurlijke bevoegdheden betekenen, indien die redelijkheid door de rechter anders dan marginaal zou worden getoetst. De jurisprudentie van de burgerlijke rechter waarin deze zich uitdrukkelijk tot een marginale toetsing beperkte, heeft in het algemeen ook juist op dit aspect van het bestuursbeleid van de organen van overheid en rechtspersonen betrekking. Andere aan een behoorlijk bestuursbeleid inherente aspecten worden vaak niet marginaal of minder marginaal beoordeeld.<sup>125</sup>

Het lijkt mij dan ook geen toeval dat bij de omschrijving van de gronden waarop volgens de Wet Arob en de Wet Arbo tegen de door die wetten bestreken overheidsgedragingen bij de administratieve rechter kan worden opgekomen, de wetgever zich juist met betrekking tot de toetsing van de bij de belangenafweging te betrachten redelijkheid zich in artikel 8, 1e lid onder c Wet Arob en in artikel 5 onder c Wet Arbo heeft aangesloten bij de terminologie die in de jurisprudentie van de burgerlijke rechter voor de marginale toetsing gebruikelijk is geworden.

Ook ten aanzien van het bindend advies bestaat voor de beperkte op dit gebied aan de rechter toebedeelde taak een mijns inziens sterke, misschien zelfs wel de sterkste rechtsgrond. Partijen hebben zich nu eenmaal verbonden zich te houden aan hetgeen de door haar aangewezen adviseurs zouden beslissen en het is daarmee onverenigbaar dat die beslissingen vervolgens opnieuw door de rechter zouden kunnen worden getoetst. Voor uitzondering op deze regel bestaat alleen dan een goede grond, indien de in het bindend advies gegeven beslissing in zó

---

125. Vgl. de arresten van de HR van 28 juni 1951, NJ 1951, 528, en 30 okt. 1964, NJ 1965, 107. Het eerste geval betrof een gemeente die zich bij haar woonruimtevoorderingsbeleid niet had gehouden aan hetgeen men fair play zou kunnen noemen. Het tweede geval had betrekking op een naamloze vennootschap waarvan de algemene vergadering een voor een groep aandeelhouders nadelig besluit had genomen, zonder dat deze groep daarbij vertegenwoordigd was, en zonder dat de desbetreffende aandeelhouders, al was aan de wettelijke en statutaire oproepingsvereisten voldaan, een extra waarschuwing hadden ontvangen.

hoge mate ingaat tegen hetgeen redelijk en billijk is, dat het in strijd met de goede trouw zou zijn de in het ongelijk gestelde partij daaraan te houden; in de marginale toetsing komt hier het uitzonderlijk karakter van de tussenkost van de rechter tot uitdrukking.

De overige gevallen van marginale toetsing die in het hierboven gegeven overzicht voorkomen, liggen op of grenzen aan het terrein van het rechtsmisbruik. Het gaat ook hier om uitzonderingsgevallen waarin redelijkheid en billijkheid als corrigerende factoren zijn ingeschakeld ingeval van rechten en bevoegdheden een gebruik wordt gemaakt dat tot onaanvaardbare gevolgen zou leiden.

Zolang alleen een rechtsuitoefening waarmee beoogd werd een ander te benadelen, als rechtsmisbruik werd erkend, speelde de marginale toetsing daarbij geen rol. De uitbreiding van dit begrip tot de gevallen waarin andermans belang op een onaanvaardbare wijze aan het eigenbelang wordt opgeofferd, bracht mee dat ook hier de figuur van de marginale toetsing werd ingeschakeld. Wél werd aan de vrijheid eigen rechten en bevoegdheden naar eigen inzicht en voorkeur uit te oefenen, door de verplichting ook daarbij de belangen van de naaste en van de samenleving als geheel niet te vergeten, een nieuwe grens gesteld, doch het bestaan van die vrijheid in beginsel bleef in het marginale karakter van de toetsing van de bij de belangenafweging te betrachten redelijkheid erkenning vinden. De wijze waarop in artikel 3.1.1.14 NBW en in de daarop geïnspireerde jurisprudentie het rechtsmisbruik is geformuleerd, vindt hierin mijns inziens haar verklaring.

In een wat gemitigeerde vorm vinden wij, dunkt mij, dezelfde gedachte terug, waar in het zesde boek van het nieuwe BW in artikel 6.1.1.2 het uitzonderingskarakter van de mogelijkheid dat de toepassing van krachtens 'wet, gewoonte of rechtshandeling' geldende regels door de maatstaven van redelijkheid en billijkheid wordt gecorrigeerd, uitdrukking vindt in de beperking van die mogelijkheid tot de gevallen waarin de toepassing van die regels in de gegeven omstandigheden naar die maatstaven 'onaanvaardbaar' zou zijn.

Voor de marginale toetsing blijken in wetgeving en jurisprudentie veel verschillende, ook meer of minder scherpe, formuleringen te bestaan. Zij wordt ook op veel verschillende wijzen,

scherp of minder scherp, in toepassing gebracht. Zij heeft altijd tot doel om in de daarvoor in aanmerking komende gevallen de rechter bij de toepassing van vage, onbepaalde normen als redelijkheid en billijkheid, goede trouw of betamelijkheid een extra mate van voorzichtigheid te doen betrachten ten einde de daaraan verbonden onzekerheid terug te dringen. In de voorafgaande beschouwingen werd getracht daarvan een overzicht te geven.

Opmerking verdient ten slotte dat het verschijnsel van de judicial restraint, zoals die in de marginale toetsing tot uitdrukking komt, natuurlijk niet tot Nederland is beperkt en ook elders in vergelijkbare situaties wordt aangetroffen.

Ik wijs hier in het bijzonder op de rechtspraak van het Europese Hof voor de rechten van de mens, waarin het een belangrijke rol speelt.

Dit is in het bijzonder het geval met betrekking tot de beoordeling van de beperkingsgronden die in de tweede leden van de artikelen 8 tot 11 EVRM zijn toegevoegd aan de in de eerste leden van die artikelen toegekende vrijheidsrechten. Beperking van die rechten moet beantwoorden aan de stringente eisen welke in de tweede leden van die artikelen worden omschreven. Daartoe behoort naast de doeleinden waarvoor de nationale wet zulke beperkingen mag stellen, steeds ook de eis dat deze als 'necessary in a democratic society' moeten kunnen worden beschouwd.

Het is in het bijzonder ten aanzien van de beoordeling van deze 'necessity' dat een aan de nationale autoriteiten over te laten 'margin of appreciation' in acht pleegt te worden genomen.<sup>126</sup>

---

126. Ik verwijs hiervoor naar het commentaar op de EVRM van P. van Dijk en G.J.H. van Hoof, 2e druk, Nijmegen 1982, p. 492 e.v., en voorts naar mijn opstel *Extensieve en restrictieve verdragstoepassing door het Europese Hof voor de rechten van de mens*, in *Opstellen aangeboden aan prof. mr. Ch.J. Enschedé*, Zwolle 1981, p. 380 e.v. (*Verspreide geschriften*, p. 345 e.v.) en naar mijn oratie bij de aanvaarding van de Tinbergen-leerstoel aan de Erasmusuniversiteit te Rotterdam, 's-Gravenhage 1986, p. 14 e.v.



## 12. De vergelijkingsmethode

Zoals wij zagen, wordt in een aantal gevallen waarin een door de rechter op de grondslag van vage normen als redelijkheid en billijkheid te beoordelen gedrag alleen voor een marginale toetsing aan de desbetreffende norm in aanmerking komt, de onzekerheid die in het algemeen aan het oordelen op de grondslag van dergelijke normen eigen is, weggenomen, althans verminderd. Een dat gedrag of die houding veroordelende beslissing wordt in zo'n geval immers alleen gegeven, indien dat gedrag of die houding in hoge mate en dus algemeen herkenbaar onbillijk of onredelijk was.

Marginale toetsing is in de vage-normenproblematiek echter geen algemene regel en het blijft dus de vraag hoe de rechter in de gevallen waarin voor de reserve welke met die term wordt uitgedrukt, geen reden bestaat, op dit ondoorzichtige gebied – waarin een evident juiste oplossing zich slechts zelden aandient, rechtsbeginselen in verschillende richting kunnen wijzen en een algemene rechtsovertuiging veelal ontbreekt – zijn weg zal moeten vinden.

Een antwoord op die vraag waardoor hetgeen uit de aard der zaak onzeker is, in zekerheid verkeert, is natuurlijk niet te geven. Wél kan naar mijn mening een methode worden aangewezen die de onzekerheid vermindert en die kan leiden tot een wijze van beoordeling die meer is dan een intuïtieve greep en die de objectieve, zo men wil 'transsubjectieve' inslag van de rechtsvinding op dit gebied versterkt.

Ik zou die methode de vergelijkingsmethode, of – om een aan de muziek ontleende term te gebruiken – het variëren op een gegeven thema willen noemen.<sup>127</sup> Zij betekent dat ingeval

---

127. Over de vergelijkingsmethode onder meer J. ter Heide, Rechtsvin-

de rechter voor zijn beslissing alleen op normen als redelijkheid en billijkheid of zorgvuldigheid e.d. is aangewezen, en hem voor het te berechten geval vooralsnog geen duidelijke toetsingsmaatstaf invalt, hij moet trachten zich naast het gegeven geval één of liefst meerdere gevarieerde, maar toch nog vergelijkbare gevallen voor de geest te stellen waarin de beslissing niet twijfelachtig, althans minder twijfelachtig zou zijn. Gaat het bijvoorbeeld om de vraag of een bepaalde handelwijze al dan niet in strijd is met de in het maatschappelijk leven betaamende zorgvuldigheid, en is de wijze waarop die vraag moet worden beantwoord niet dadelijk evident, dan zal de rechter moeten trachten eerst een variant te vinden waarin die handeling zeker niet, en daarna een variant die zeker wel als onbehoorlijk zou moeten worden beschouwd. Vergelijking met de beide fictieve gevallen zal dan, door het zoeken naar de relevante verschillen, tot een verantwoorde beslissing van het gegeven geval kunnen leiden, althans die beslissing kunnen vergemakkelijken.

Als voorbeeld noem ik het geval van 'Hyster Karry Krane', beslist bij het arrest van de Hoge Raad van 26 juni 1953, NJ 1954, 90, waarin het ging om de vraag in hoever de navolging van industriële produkten waarvoor geen octrooibescherming geldt, rechtmatig is.

De Hyster Company, een Amerikaanse vennootschap, welke een mobiele hijskraan had ontworpen en vervaardigd en hier te lande in de handel bracht, beklagde zich erover dat een Nederlandse vennootschap die hijskraan vrijwel volkomen had

---

→ ding, preadvies voor de Ver. voor de Wijsbegeerte van het recht 1965, p. 31 e.v.; H.C.F. Schoordijk, Typologiseren en Moduleren in de rechtsvinding, in de aan J.M. Pieters opgedragen bundel Rechtsvinding, Deventer 1970, p. 231; W. van Gerven, Het beleid van de rechter, Antwerpen-Zwolle 1973, p. 77 e.v.; H.F.M. Crombag e.s., Een theorie van rechterlijke beslissingen, Groningen 1977, p. 116 e.v.; J. Rombach, WPNR 5249; J.H. Nieuwenhuis, RM Themis 1976, p. 587; G.J. Wiarda, Rechtskundig Weekblad, 7e jaargang 1973, p. 179 e.v. R.I.P. Kottenhagen, Van precedent tot precedent, Arnhem 1986, p. 268; J.J.H. Bruggink, Op zoek naar het recht, Groningen 1987, p. 62; en voor de Duitse literatuur o.a. J. Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1972, p. 152 e.v.

nagebootst en, door deze in de handel te brengen, onrechtmatig voordeel trok van de inspanning die Hyster zich voor het ontwerpen en construeren van haar kraan had getroost en van de door Hyster met haar produkt verworven goede reputatie. Waar in het onderhavige geval vaststond dat van inbreuk op enig octrooi of auteursrecht geen sprake was — recht op modellenbescherming bestond destijds nog niet —, beschikte de rechter voor de vraag of een dergelijke, terecht of ten onrechte als 'slaafs' gekwalificeerde navolging geoorloofd was, over geen andere maatstaven dan de in artikel 1401 BW geïmpliceerde normen van de in het maatschappelijk verkeer tegenover eens anders persoon of goed betamende zorgvuldigheid.

In zijn beslissing ging de Hoge Raad uit van het beginsel dat het in het algemeen aan een ieder moet vrij staan om aan zijn produkten een zo groot mogelijke deugdelijkheid en bruikbaarheid te geven voor zover hij daarbij geen inbreuk maakt op de rechten die anderen ter bescherming van hun produkten aan Octrooiwet of Auteurswet ontlenu; op de grondslag van dit beginsel werden vervolgens drie verschillende situaties die zich in een dergelijk geval kunnen voordoen, beoordeeld: in de eerste plaats de situatie waarin de nabootsing alleen betrekking heeft op eigenschappen die bestemd en geschikt zijn om de deugdelijkheid en bruikbaarheid van het produkt te bevorderen, terwijl door die nabootsing overigens geen verwarring bij het kopend publiek kan ontstaan; in de tweede plaats dezelfde situatie waarbij ten gevolge van een nabootsing tussen het eigen produkt en dat van de concurrent wél verwarring kan ontstaan; en in de derde plaats de situatie waarin de nabootsing verder gaat dan voor de deugdelijkheid en bruikbaarheid van het produkt noodzakelijk is en elementen betreft ten aanzien waarvan de nabootser evengoed een andere weg had kunnen inslaan, terwijl hij door dit na te laten verwarring sticht.

Van de genoemde situaties kan men zeggen, dat, wanneer men uitgaat van het door de Hoge Raad voorop gestelde beginsel dat het in het algemeen aan een ieder moet vrij staan om aan zijn produkten een zo groot mogelijke deugdelijkheid en bruikbaarheid te geven, tegen de eerst veronderstelde situatie weinig is in te brengen, terwijl de derde een evident onbehoorlijk gedrag veronderstelt: nl. het zonder enig in redelijkheid te respecteren belang profiteren van de inspanning van de concurr-

rent en daarbij te zijnen nadele verwarring stichten bij het publiek. De in de tweede plaats genoemde situatie, waarin als gevolg van de nabootsing eveneens verwarringsgevaar aanwezig is, doch die nabootsing een overigens als redelijk te beschouwen belang dient, is minder evident en kan daardoor meer twijfel wekken. Men kan zich, om tot een beslissing te komen, oriënteren zowel op de naastgelegen evident rechtmatige, als op de naastgelegen evident onrechtmatige situatie; men kan met andere woorden zeggen: ook hier gaat de nabootsing niet verder dan nodig is om aan het produkt een zo groot mogelijke deugdelijkheid en bruikbaarheid te geven, hetgeen een ieder in beginsel moet vrij staan; maar eveneens is vol te houden: ook hier wordt zowel geprofiteerd als verwarring gesticht. De Hoge Raad koos voor de eerste oplossing en legde aldus de grens tussen de rechtmatige en de onrechtmatige nabootsing tussen de hierboven in de tweede en derde plaats genoemde situaties.<sup>128</sup>

Het geval van de 'Hyster Karry Krane' is een voorbeeld van een uitspraak uit de motivering waarvan valt af te leiden dat de rechter om tot zijn beslissing te komen volgens de hierboven aanbevolen vergelijkingsmethode te werk is gegaan. Veel talrijker blijven de gevallen waarin weliswaar kan worden aangenomen dat hij dit ook heeft gedaan, doch de gang van zijn redenering niet met zoveel woorden in de motivering van zijn uitspraak tot uitdrukking is gebracht.

In het reeds meermalen genoemde kwantitatieve rechtspraakonderzoek bij de Hoge Raad en de gerechtshoven van H. J. Snijders<sup>129</sup>, deelt deze mede dat in de door hem onderzochte periode slechts een betrekkelijk gering aantal gevallen werd aangetroffen waarbij uit de motivering van het desbetreffende arrest blijkt dat het gegeven geval met althans een ander imaginair geval is vergeleken en dat die gevallen niet eens erg duidelijk zijn. Hij tekent daarbij echter terecht aan dat zijn cij-

---

128. Men vergelijkte voor een beschouwing over de bij dit geval betrokken rechtsbeginselen en belangen onder meer C.H.C. Bodenhausen, *NJB* 1954, p. 366 en 383 e.v., en D.W.F. Verkade, *Ongeoorloofde mededinging*, 2e herziene druk, Zwolle 1986, p. 74 e.v., alsmede de losbladige Kluwer-bundel *Onrechtmatige daad VI* (Drion-Martens) onder 'aanhaken'.

129. p. 87 e.v.

fers over de heuristische waarde (d.w.z. de waarde voor de vorming van het oordeel vóórdat dit op schrift werd gesteld) van de vergelijkingsmethode niets zeggen.<sup>130</sup>

Op grond van eigen ervaring meen ik te kunnen stellen dat vooral op het gebied van de vage normen – maar zeker niet alleen daar – vergelijking van het gegeven geval met imaginairre buurtgevallen, waarin hetzij op grond van een duidelijk wettelijk voorschrift, hetzij op grond van reeds bestaande jurisprudentie, hetzij op grond van de evidentie de oplossing duidelijk is, een veel gebruikte methode is om voor het twijfelgeval de in het licht van de vergelijkingsgevallen best verantwoorde beslissing te vinden. Waar is dat de gang van zo'n redenering in de niet zelden beknopt gehouden motivering van de uitspraak vaak niet is terug te vinden.

Een geval waarin dit wél is gedaan, is te vinden in het bekende arrest van de Hoge Raad van 7 mei 1976, NJ 1977, 55, betreffende de vraag of ingevolge artikel 1638 BW bij de werkstaking waarbij slechts een gedeelte van het in de onderneming werkende personeel is betrokken, de werkgever ten aanzien van de werkwillige arbeiders die als gevolg van de actie van de stakende arbeiders hun werk niet kunnen voortzetten, tot doorbetaling van het loon is verplicht.

De in artikel 1638d BW neergelegde vage norm (verplichting tot doorbetaling bij een de werkgever 'persoonlijk betreffende, toevallige verhindering') werd in het arrest aldus uitgelegd dat bij een werkstaking waarbij ook werkwilligen worden verhinderd hun arbeid te verrichten, de verplichting tot doorbetaling van het loon aan hen afhankelijk is van de vraag of de werkverhinderende omstandigheid 'meer in de risicosfeer van de werkgever of diens bedrijf dan in die van de arbeider' ligt; die uitlegging maakte de wettelijke norm niet veel minder vaag.

De Hoge Raad zocht de oplossing door het gegeven geval met twee andere typen stakingen te vergelijken, te weten enerzijds de werkstaking in georganiseerd verband, uitgevoerd om met betrekking tot lonen en andere arbeidsvoorwaarden kracht bij te zetten aan de eisen van de arbeiders, anderzijds inciden-

---

130. Aldus ook J.H. Nieuwenhuis, RM Themis 1976, p. 514, volgens wie de kracht van de vergelijkingsmethode allereerst is gelegen op het vlak van de heuristiek.

tele protestacties welke door een of door enkele arbeiders buiten het kader van welke organisatie ook en zonder instemming van de andere arbeiders worden uitgevoerd. Acties van de eerste soort liggen naar het oordeel van de Hoge Raad meer in de risicosfeer van de arbeiders als groep dan in die van de werkgever. Bij acties van de tweede groep is het andersom. De twee typen kunnen worden gedacht als de polen tussen welke andere stakingsacties kunnen zijn gelegen; van iedere actie afzonderlijk zal moeten blijken of zij in verband met de toepassing van artikel 1638d BW meer gelijkjt op de eerstbedoelde staking of meer op de laatstbedoelde protestacties.

Het Haagse Gerechtshof dat na vernietiging van de uitspraak waartegen in deze zaak het cassatieberoep was gericht, was belast met de verdere behandeling van de zaak, stond dus voor de taak om te beoordelen waar de onderhavige staking in de bedoelde reeks was gesitueerd. Het hof kwam daarbij tot de conclusie dat de onderhavige staking het karakter had van een protestactie waarbij slechts een beperkt aantal werknemers was betrokken en die niet door enige vakbond werd gesteund. De actie had dus een grotere gelijkenis met het tweede door de Hoge Raad beschreven type en lag daarom meer in de risicosfeer van de werkgever dan in die van de arbeiders als groep, hetgeen betekende dat aan de werkwilligen het loon moest worden doorbetaald. Ook van de beslissing van het Haagse Gerechtshof werd cassatieberoep ingesteld: dit werd bij arrest van 25 januari 1980, NJ 1980, 282, verworpen.

Ook de beide arresten waarin de Hoge Raad zich laatstelijk over de rechtmatigheid van stakingsacties heeft uitgelaten, die van 30 mei 1986, NJ 1986, 688, en van 7 november 1986, NJ 1987, 226, kunnen als voorbeelden van het gebruik van de vergelijkingsmethode gelden.

Beide arresten berusten, voor zover hier van belang, op de uitlegging van het ook voor het Nederlandse recht verbindende artikel 6 van het Europees Sociaal Handvest (ESH) dat de 'onbelemmerde uitoefening van het recht op collectief onderhandelen' bedoelt te waarborgen en daarbij in zijn vierde lid erkent 'het recht van werknemers en werkgevers op collectief optreden in geval van belangengeschillen met inbegrip van het stakingsrecht'.

Als merkwaardige bijzonderheid kan hierbij worden vermeld dat, anders dan in het geval van de staking waarop het eerstvermelde arrest betrekking heeft (Nederlandse Spoorwegen), de stakingsactie waarop het laatstgenoemde arrest slaat (Hoogovens), voorviel op een tijdstip waarop het ESH voor Nederland nog niet in werking was getreden, doch de desbetreffende goedkeuringswet al wél was aanvaard. Dit leidde de Hoge Raad tot de conclusie dat die actie moest worden getoetst aan 'ongeschreven Nederlands recht, dat dezelfde inhoud heeft als de genoemde bepaling van het ESH'; een voorbeeld dus van een geval waarin de inhoud van ongeschreven recht wordt gevonden door anticipatie op een nog niet in werking getreden bepaling van geschreven recht.

Het ging in deze beide gevallen om collectieve protestacties, die zich weliswaar keerden tegen de werkgever, maar in wezen gericht waren tegen de overheid en bedoeld waren deze onder druk te zetten ten einde de toepassing te verhinderen van bepaalde in de arbeidsvoorwaarden ingrijpende overheidsmaatregelen, die volgens de actievoerders onverenigbaar waren met de in de ESH gegarandeerde 'onbelemmerde uitoefening van het recht op collectief onderhandelen'. Valt een dergelijke stakingsactie onder het in het vierde lid van artikel 6 ESH erkende stakingsrecht?

De Hoge Raad beantwoordde deze vraag na een uitvoerige motivering ten slotte bevestigend. Daarbij worden naast de acties waarom het in casu ging, ter vergelijking twee andere soorten van stakingsacties ter sprake gebracht; te weten aan de ene kant 'de algehele zich tegen de werkgever richtende werkstaking' als 'het normale type van collectieve acties van werknemers', waarvan valt aan te nemen dat men bij de redactie van artikel 6 ESH is uitgegaan, en aan de andere kant 'de zuiver politieke staking', waarbij het gaat om doeleinden die buiten het terrein vallen van het door artikel 6 gewaarborgde recht op 'de onbelemmerde uitoefening van recht op collectief onderhandelen'. Stakingsacties van de eerste soort moeten, afgezien van bijzondere omstandigheden, in het algemeen als rechtmatig worden beschouwd; die van de laatste soort vallen stellig buiten het bereik van artikel 6 lid 4 ESH, zodat de al dan niet rechtmatigheid daarvan alleen naar het interne recht van iedere staat kan worden beoordeeld.

De onderhavige stakingsacties verschilden weliswaar in verscheidene opzichten van wat de Hoge Raad 'het normale type van collectieve actie' noemt, maar strekten aan de andere kant, anders dan 'de zuiver politieke staking', uitsluitend ter verzekering van de onbelemmerde uitoefening van het recht op collectief onderhandelen. Het is om deze reden dat de Hoge Raad ten slotte in beginsel kiest voor de toepasselijkheid van artikel 6 lid 4 ESH; in beginsel, omdat bij deze stakingsacties door de daarvoor gekozen vorm nog andere aspecten waren betrokken die op de rechtmatigheid daarvan invloed kunnen hebben, doch hier niet verder ter zake doen.

De besproken arresten zijn voorbeelden van gevallen, waarbij de rechtsvinding in belangrijke mate op de toepassing van de vergelijkingsmethode berustte; die methode werd in de arresten van 1986 echter niet aangewend ter wille van de invulling van een vage norm, maar als grond voor de interpretatie van een verdragsbepaling die een betrekkelijk duidelijke norm bevat, zij het dat over de reikwijdte ervan in bepaalde gevallen, zoals hier, twijfel kan rijzen. Zij maken duidelijk dat de vergelijkingsmethode niet alleen bij de toepassing van onbepaalde vage normen als redelijkheid en billijkheid, maar ook bij de interpretatie van wettelijke voorschriften met een meer concrete inhoud goede diensten kan bewijzen. Men denke naast gevallen als hier aan de orde waren, in het bijzonder aan gevallen waarin het gaat om de vraag of en in hoever een zeker wettelijk voorschrift zich leent voor een analogische toepassing op andere dan de daarin met zoveel woorden omschreven gevallen; ook dan zal vaak niet alleen de vergelijking van het te beslissen geval met de in de wet genoemde gevallen, maar ook de vergelijking met andere meer of minder verwante hypothetische gevallen kunnen bijdragen tot de verkrijging van een helderder inzicht in de vraag hoever men met de analogische interpretatie van de wet kan gaan.<sup>131</sup>

---

131. Ik vestig hierop in het bijzonder de aandacht op grond van de juiste opmerking van Schoordijk in zijn bespreking van de tweede druk van dit boekje in *RM Themis* 1982, p. 160 e.v., dat het daarin over de vergelijkingsmethode gezegde de onjuiste indruk zou kunnen geven dat die methode uitsluitend bij de toepassing van vage normen zou kunnen worden gebruikt.



Niettemin is het juist bij de rechtsvinding op de grondslag van vage normen dat een vergelijkingsmethode als hier gepropageerd vaak de enige weg is waarlangs een beslissing kan worden verkregen die de eisen van de objectiviteit zo dicht mogelijk benadert.

Men kan ten aanzien van elke rechtsvinding zeggen dat de associatie van het gegeven geval met een of meer in de positieve rechtsorde geldende rechtsregels of rechtsbeginselen de eerste stap is. Die associatie brengt de in het positieve recht getrainde jurist het gemakkelijkst tot stand, indien een of meer in het positieve recht verankerde concrete rechtsregels zich voor een mogelijke oplossing bij hem aandienen, ook al zal die oplossing wellicht slechts worden verkregen nadat zo'n rechtsregel door interpretatiekunst voor die oplossing is klaargemaakt.

Ontbreken concrete positieve regels waarop de rechter zich kan oriënteren, is hij – recht doende op de grondslag van redelijkheid, billijkheid of betamelijkheid – aangewezen op hetgeen rechtsbeginselen hebben te bieden en op afweging van de maatschappelijke en persoonlijke belangen welke bij het geval betrokken zijn, dan kan vaak alleen de vergelijking met een zo groot mogelijke reeks van hypothetische aanverwante gevallen hem behoeden voor een te subjectieve en willekeurige keuze.

Het gaat daarbij om vergelijkingsgevallen waarvoor de oplossing evident is, hetzij omdat zij aanrakingspunten vertonen met gevallen die in de wet geregeld zijn, ofwel reeds eerder door de rechter waren beslist, hetzij omdat de algemeen erkende rechtsbeginselen en in het Nederlandse volk levende rechtsovertuigingen daar een duidelijke taal spreken. Zo'n duidelijke taal spreken ze in het te beslissen geval meestal niet, maar zoals, om met het Quint/Te Poel-arrest<sup>132</sup> te spreken, 'in gevallen die niet bepaaldelijk door de wet zijn geregeld, de oplossing moet worden aanvaard die in het stelsel van de wet past en aansluit bij de wél bij de wet geregelde gevallen', kan hier worden gezegd dat in gevallen waarin 'erkende rechtsbeginselen of in het Nederlandse volk levende rechtsovertuigingen' geen rechtstreeks antwoord geven dat zich met de kracht der evidentie aan ons opdringt, de oplossing moet worden aanvaard die past en aansluit bij vergelijkbare gevallen waarin zij dit wél doen.

---

132. HR 30 jan. 1959, NJ 1959, 548.

Op deze wijze kan, dunkt mij, de rechter ook daar, waar hij geen spreekbuis der wet en zelfs geen wetsvertolker is, maar zijn functie die van de naar billijkheid oordelende 'goede mannen' benadert, trachten zijn beslissing naar objectieve gezichtspunten te richten. Want wat zich bij de rechter als evident en dus kennelijk juist en rechtvaardig opdringt, zal in het algemeen de rechtsovertuiging van het volk, waarvan ook hij een exponent is, weerspiegelen. Door die evidentie te volgen, ontkomt hij, voor zover dat mogelijk is, aan de situatie van Montesquieu's Turkije, waar 'le juge est lui-même sa règle', d.w.z. slechts naar subjectief gekozen maatstaven en persoonlijke voorkeur zijn oordeel geeft.

Het zij herhaald dat die evidentie in het te berechten geval slechts zelden rechtstreeks spreekt. Over gevallen waarvoor de oplossing evident is, plegen geen processen te worden gevoerd. Het geval dat aanleiding gaf tot het bekende arrest van 1919 waardoor de normen van de in het maatschappelijk verkeer betamende zorgvuldigheid onder de sanctie van artikel 1401 BW werden gebracht, was in dit opzicht een uitzondering; maar het ging in dat arrest dan ook niet om de vraag of de handelingen waarover de eiser in cassatie zich beklaagde — omkoping van de bediende van een concurrent ten einde aan diens bedrijfsgegevens te komen — onbetamelijk waren; daarover kon moeilijk twijfel bestaan; het ging om de vraag of op grond van een onbetamelijk gedrag als dit op grond van artikel 1401 kon worden geageerd. Sinds het arrest de mogelijkheid daartoe opende, zal de vraag of een zo evident onbehoorlijk gedrag als onrechtmatig kan gelden, de rechter als rechtsvraag wel niet meer worden voorgelegd. Moet hij over betamelijkheid, redelijkheid en billijkheid oordelen, dan betreft het meestal grensgevallen, waarin het antwoord betamelijk of onbetamelijk, billijk of onbillijk, redelijk of onredelijk niet onmiddellijk voor de hand ligt.

Zo zijn in de concurrentiestrijd met betrekking tot het profijt dat valt te trekken van de kennis en de ervaring die een werknemer in een vorige betrekking bij een concurrent heeft opgedaan, vele tussenvormen mogelijk tussen het evident onbehoorlijke gedrag waarvan in het arrest van 1919 sprake was, en het in het algemeen zeker niet onrechtmatige gedrag van wie de vroegere werknemer van een concurrent in zijn dienst neemt en zo van de door deze bij die concurrent opgedane kennis en er-

varing profiteert; maar wat in een geval als dit in het algemeen niet onbehoorlijk is kan het worden door bijkomende omstandigheden, als daar zijn het met onoïrbare middelen wegekopen van het personeel van een concurrent, of het aan de vroegere werknemer van een concurrent ontlokken van mededelingen aangaande gegevens waarover deze op grond van zijn vroegere dienstbetrekking behoort te zwijgen.

Raadpleegt men in de Kluwer-bundel *Onrechtmatige daad* de afdeling VI over de onrechtmatige daad in het sociaal-economische verkeer, dan krijgt men, voor wat betreft de aangaande dit onderwerp (daar omschreven als *Agressie in de personeelssector*) verzamelde jurisprudentie, de indruk van een glijdende schaal, waarbij door de rechter in het tussengebied tussen hetgeen evident onbehoorlijk en evident zonder bezwaar is telkens nieuwe keuzen moeten worden gemaakt.<sup>133</sup>

Hetzelfde geldt voor de problematiek van het profiteren van de wanprestatie van een ander jegens diens medecontractant op het gebied van een export- en verkooporganisatie, in het bijzonder bij de ondermijning van verticale prijsbeheersingsovereenkomsten.

In al deze gevallen gaat het om keuzen die in de glijdende schaal tussen het evident onbehoorlijke en het evident niet onbehoorlijke moeten worden gemaakt, waarbij opmerking verdient dat het op dit gebied, evenals op het eerder genoemde meestal lang niet meer gaat om maagdelijk terrein, waarbij fictieve gevallen met elkaar worden vergeleken, doch om een uitgebreide jurisprudentie die op die glijdende schaal steeds nieuwe punten vastlegt; dat kan er toe medewerken dat voor het volgende geval de bij toepassing van de vergelijkingsmethode tussen de vergelijkingsgevallen bestaande afstand wordt verkleind.

Natuurlijk is in laatste instantie de wijze waarop het gegeven geval in de reeks der vergelijkingsgevallen moet worden ingepast van de persoonlijke appreciatie van de rechter afhankelijk, hetgeen betekent dat op dit gebied ook bij toepassing van de vergelijkingsmethode de autonome factor in de rechtsvinding een grote rol blijft spelen.

---

133. Vgl. ook D.W.R. Verkade, *Ongeoorloofde mededinging*, p. 172 e.v.

Maar dit geldt ook wanneer de rechter als wetsvertolker staat voor de keuze tussen het meer of minder extensief of restrictief interpreteren van een concrete wettelijke norm.

Zowel op het ene als op het andere gebied wordt de rechtsvinding zowel door heteronome als door autonome factoren bepaald.

Op het zich steeds uitbreidende terrein waar de rechter voor zijn beslissing op vage normen is aangewezen, kan de vergelijkingsmethode er toe bijdragen dat de autonome factor binnen aanvaardbare grenzen wordt teruggedrongen.

### 13. Besluit

'Bouches qui prononcent les paroles de la loi', wetsvertolkers, 'goede mannen' oordelend naar billijkheid, zij vertegenwoordigen typen van rechtsvinding die in wisselende verhouding in de rechtspraak van wel alle landen en tijden zijn voorgekomen en zullen voorkomen; is bij het eerste type de rechtsvinding bijkans geheel heteronoom bepaald, bij het laatste overwegen de autonome factoren; het tweede houdt tussen die beide het midden.

Wij constateerden voor het hier en nu een ontwikkeling waarin het eerste type steeds meer terrein aan het tweede verliest, het tweede type het derde gaat naderen en dat derde als gevolg van de wijzigingen die zich in onze tijd zowel op het gebied van de rechtspraak als op dat van de wetgeving voltrekken, een steeds belangrijker plaats inneemt en steeds meer de aandacht trekt.

Duidelijk is in ieder geval dat er, wat de rechtsvorming in ons land betreft, in de verhouding tussen wetgeving en rechtspraak grote veranderingen zijn opgetreden; tekenend is in dit verband dat de uitdrukking die de rechter in bepaalde gevallen als 'wetgever-plaatsvervanger' aanduidt, steeds meer opgeld doet.

In hun publikatie in de *Netherlands International Law Review*<sup>134</sup> hebben onder de titel 'Recent developments in the relationship between the legislature and the judiciary' J.M. en M.V. Polak daarop nogmaals in een ook voor buitenlandse belangstellenden vatbare vorm de aandacht gevestigd. Het zijn de

---

134. 1986, p. 371 e.v.; vgl. ook J.M. Polak in zijn inleiding tot de bundel *De rechter als dictator?*, in *Opstellen voor het RAIO-congres op 1 en 19 maart 1987 te Veldhoven, Lochem 1987*, p. 11 e.v.

'cases in which the Supreme Court of the Netherlands seemed to act as an "assistent legislator" rather than as a "bouche de la loi", die daarbij de aanleiding gaven om aan de titel van dit opstel de vraagstelling 'faux pas ou pas de deux?' toe te voegen. Na een uiteenzetting van wat in het algemeen tot de taak van de wetgever en wat in het algemeen tot de taak van de rechter behoort en welke bezwaren en voordelen, wat de rechtsvorming betreft, aan deze beide functies zijn verbonden, is hun conclusie dat 'even if an occasional move by either the legislator or the judiciary can be characterized as a "faux pas", the present relationship between the legislature and the judiciary is in general a harmonious "pas de deux".'

Ik meen dat deze conclusie, niettegenstaande de bedenkingen die tegen het wetgever-plaatsvervangerschap van de rechter zijn aan te voeren, in het algemeen kan worden aanvaard; bovendien brengen de omstandigheden die tot de thans in dit opzicht bestaande situatie hebben geleid, mijns inziens mee dat voorshands niet kan worden verwacht dat daarop zal worden teruggekomen.

Wèl stelt die situatie aan de beide bij de rechtsvorming betrokken partners de eis om in hun verhouding een passend evenwicht te bewaren. Voor de wetgever betekent dit een zorgvuldige keuze tussen enerzijds een concrete en gedetailleerde regeling, die voor de daarvoor vatbare onderwerpen aan de rechter een duidelijk richtsnoer geeft voor zijn beslissing en aldus de rechtszekerheid dient, en anderzijds voor onderwerpen die voor een dergelijke regeling niet vatbaar zijn, een verwijzing naar min of meer onbepaalde normen die door de rechter moeten worden ingevuld en voor hem de mogelijkheid scheppen voor ieder bijzonder geval de rechtvaardigheid zo goed mogelijk te benaderen.

Ik meen dat ons nieuwe Burgerlijk Wetboek van een in dit opzicht zorgvuldige keuze in het algemeen een goed voorbeeld geeft. Het versterkt de rechtszekerheid door veel van wat zich onder het oude, nog geldende recht als rechtersrecht had ontwikkeld, vast te leggen en in de wetgeving te incorporeren en voor veel andere gevallen waarin de rechtstoepassing onzeker was gebleven of nieuw recht moest worden geschapen, duidelijke regels te stellen; het laat ten aanzien van veel andere onder-

werpen die voor een concrete regelgeving onvatbaar zijn de rechtsvorming over aan de rechtspraak.<sup>135</sup>

Ook aan de rechter stelt het toenemend aantal gevallen waarin hij min of meer gedwongen de rol van wetgever-plaatsvervanger op zich moet nemen, nieuwe eisen.

Ten aanzien van de rechtsvinding zal daarbij naast de altijd actueel blijvende vragen van wetsinterpretatie, meer dan tot dusver het geval was mede de aandacht moeten worden gericht op de vraag hoe het recht moet worden gevonden indien de wetgever aan de rechter geen andere maatstaven ter beschikking heeft gesteld dan een verwijzing naar onbepaalde normen als redelijkheid en billijkheid of indien hij bij het stilzwijgen van de wet op dergelijke normen is aangewezen. In het vorige hoofdstuk is een poging gedaan daartoe een bijdrage te leveren.

Men kan zich de vraag stellen of zo'n poging aan de realiteit van de rechterlijke praktijk beantwoordt.

Die vraag zal zeker ontkennend worden beantwoord door de aanhangers van wat Drion<sup>136</sup> eens 'de realistische opvatting' van veel juristen noemde, te weten dat de rechter begint met intuïtief tot zijn beslissing te komen en eerst daarna de argumenten bedenkt die zijn beslissing kunnen steunen.

Drion bestrijdt die opvatting in een betoog dat mij realistisch voorkomt dan het zgn. realisme waarvan die opvatting uitgaat.

Hoewel het zeker wel zal voorkomen dat een rechter reeds na een oppervlakkige kennisneming van het door hem te beslissen geschil intuïtief zijn standpunt bepaalt en daar eerst bij de redactie van zijn beslissing de argumenten bij bedenkt, is, naar het mij voorkomt, een dergelijke gang van zaken eerder uitzondering dan regel en lijkt die mij ook allerminst aanbevelenswaardig.

In het algemeen is het immers zó dat de kennisneming van een geschil voor de rechter gepaard gaat met de overlegging

---

135. Vgl. hieromtrent ook p. 52-54 en W. Snijders in de RAIO-congresbundel *De rechter als dictator?*, p. 139 e.v.

136. Het regressieve redeneren van de rechter, *RM Themis* 1977, p. 551 e.v.; *Geschriften van H. Drion*, Deventer 1982, p. 406 e.v.

van een dossier, eventueel aangevuld met een mondelinge behandeling waarin partijen hun elkaar meestal widersprekende argumenten aan hem voorleggen en dat hij eerst na weging van die argumenten en van wat overigens als argumenten pro of contra bij hem kan opkomen tot zijn beslissing komt.

Bij die weging zal zeker naast de zuiver intellectuele redenering ook de intuïtieve sprong zijn rol spelen, maar die rol heeft niet het primaire en overheersende karakter dat de mijns inziens terecht door Drion bestreden opvatting daaraan toekent.<sup>137</sup>

Niettemin kan men zich de verdere vraag stellen of het t.a.v. de verhouding tussen intellectuele redenering en intuïtie bij rechterlijke beslissingen dan toch niet anders ligt in die gevallen waarin aan de rechter geen ander wettelijk richtsnoer ter beschikking staat dan de verwijzing naar redelijkheid en billijkheid.

Is dáár dan toch niet het gelijk aan de kant van de opvatting die aan de intuïtie de hoofdrol toekent? Het is deze vraag die het centrale thema vormde van een in 1963 in Wenen gehouden congres dat met betrekking tot het burgerlijk recht aan dit thema was gewijd.

In het onder de titel 'Ermessensfreiheit und Billigkeitsspielraum des Zivilrichters' verschenen verslag van deze bijeenkomst<sup>138</sup> is ook een referaat van de hand van G.E. Langemeijer opgenomen. Bij zijn bespreking van 'das Billigkeitsermessen des Zivilrichters in den Niederländen' brengt hij drie mogelijke wijzen van benadering van de rechtsvindingsproblematiek op dit gebied naar voren.

De eerste richting, waarvan de uitgangspunten vergelijkbaar zijn met die van de bekende publikaties van Esser en Wieacker, zoekt het vooral in normen die, al hebben ze geen wettelijke

---

137. Dit is zeker niet het geval bij beslissingen die door een rechtcollege worden genomen en na discussie in raadkamer worden vastgesteld. Vgl. over de gang van zaken bij de Hoge Raad de genuanceerde uiteenzetting van Freek Bruinsma in Cassatierechtspraak in civiele zaken, een rechts-sociologisch verslag, Zwolle 1988, p. 96 e.v.

138. Arbeiten zur Rechtsvergleichung, Schriftenreihe der Gesellschaft für Rechtsvergleichung, herausgegeben von Ernst von Caemmerer, Frankfurt am Main/Berlin 1964.



grondslag, niettemin in zover tot het positieve recht kunnen worden gerekend, dat zij berusten op de in een bepaald land op een bepaald tijdstip heersende rechtsovertuigingen, waarvan de rechtspraak de belangrijkste kenbron is.

De tweede meent de richtinggevende beginselen te kunnen afleiden uit natuurrechtelijke of daaraan verwante stelsels.

De derde vergenoegt zich met een verwijzing naar de persoonlijke overtuiging van de rechter, die, waar concrete wettelijke normen niet tot zijn beschikking staan, de oplossing zoekt in wat zijn geweten hem voorschrijft.

Langemeijers beschouwingen over de rechtsfilosofische achtergronden van deze drie verschillende benaderingen en de daaraan verbonden toepassingsmogelijkheden leiden hem tot de conclusie dat de derde richting de voorkeur verdient, vooral omdat deze als de meest realistische, met de werkelijkheid overeenstemmende moet worden beschouwd en niet verdoezelt wat bij de keuze van de eerste en de tweede richting onder de schijn van objectiviteit in werkelijkheid door de persoonlijke voorkeur van de rechter wordt bepaald. Hij voegt daar echter het uitdrukkelijk voorbehoud aan toe dat wanneer de rechter deze methode volgt en bij het nemen van zijn beslissing afgaat op wat zijn persoonlijke overtuiging hem ingeeft, hij daarnaast de beide andere door hem beschreven methoden als controle-instantie zal hebben in te schakelen.

Ook mij schijnt juist dat op dit gebied de persoonlijke overtuiging van de rechter een nog groter rol zal spelen dan bij het rechtsvindingsproces reeds in het algemeen het geval is; toch zou ik bij Langemeijers uiteenzettingen de kanttekening willen maken dat het naar mijn mening veelal de voorkeur zal verdienen om bij het geven van een billijkheidsoordeel de objectieve gezichtspunten waarover men de beschikking kan krijgen, niet alleen in te schakelen ter controle van de eerst door intuïtie verkregen persoonlijke overtuiging, doch deze tevens bij de aanvang van het denkproces als wegwijzers te benutten voor de bepaling van de richting waarin de oplossing moet worden gezocht.

Dat die wegwijzers ons steeds voor verdwalen zouden kunnen behoeden, zou ik niet graag willen beweren; ook kan niet worden ontkend dat de gevallen waarin de weg die zij wijzen, ons direct naar de plaats van bestemming leiden, zeldzaam zijn;

die plaats zal in meerdere of mindere mate vrijwel steeds althans mede door de persoonlijke voorkeur van de wandelaar worden bepaald; maar de wegwijzers kunnen helpen om het veld waarbinnen die voorkeur de uiteindelijke bestemming bepaalt, te beperken en dat is belangrijk, omdat de 'judex viator'<sup>139</sup> nu eenmaal geen gewone wandelaar is en hij van zijn plaats van aankomst en van de weg die hem daarheen leidde, verantwoording schuldig is.

Langemeijers uiteenzettingen sluiten aan bij de veel geciteerde en ook veel gekritiseerde uitspraak van Scholten dat elke rechtsbeslissing ten slotte op een gewetensbeslissing berust.<sup>140</sup> Men zal daarbij echter het woordje 'ten slotte' moeten onderstrepen. Een té gemakkelijke toevlucht tot de niet nader te verantwoorden persoonlijke overtuiging van de rechter beantwoordde stellig niet aan Scholtens opvattingen. Als persoonlijke herinnering – een geschreven vindplaats kan ik niet opgeven – bewaar ik het op een college over wetsinterpretatie uitgesproken woord dat de rechter het zich bij zijn oriëntatie op de objectieve gezichtspunten die bij de interpretatie van een wettekst kunnen worden betrokken, niet moeilijk genoeg kan maken.

Leiden die gezichtspunten ten aanzien van de rechtsvraag die moet worden beantwoord, niet tot een dwingende conclusie – en niemand zal ontkennen dat zij dit in veel gevallen niet doen – dan berust de uiteindelijke keuze van het doorslaggevende argument op een gedachtensprong die objectief en rationeel niet verder kan worden verantwoord en daarom als een gewetensbeslissing kan worden aangeduid. Het gaat er echter om die sprong niet groter te doen zijn dan onontkoombaar is.

Wat geldt voor de rechter als wetsvertolker, geldt ook voor de rechter die staat voor een beslissing waarbij geen andere maatstaf dan de redelijkheid, de billijkheid, de goede trouw of het maatschappelijk behoren beschikbaar is. Wanneer in de voorafgaande beschouwingen ten aanzien van deze rechtspraak een lans is gebroken voor een methode waarbij ook daar op de grondslag van objectieve gezichtspunten door middel van wat ik als de vergelijkingsmethode heb aangeduid naar de op-

---

139. J. ter Heide, *Judex Viator*, *Ars Aequi* 1967, p. 3 e.v.

140. *Algemeen Deel*, p. 178.

lossing van het gegeven geval wordt toegewerkt, zal daarbij toch altijd moeten worden bedacht, dat zonder intuïtieve sprong de uiteindelijke beslissing moeilijk denkbaar blijft; en tevens dat die sprong in de meeste gevallen groter zal moeten zijn dan reeds bij rechtsvinding op de grondslag van wetsinterpretatie het geval is. In beide gevallen geldt om nog eens de woorden van Scholten aan te halen dat 'rechtsvinding is altijd tegelijk èn intellectueel èn intuïtief zedelijk werk'. Het is beslissing van wat is en wat moet in één en juist daardoor zowel van een zedelijk als van een wetenschappelijk oordeel onderscheiden.<sup>141</sup> Dat het bij rechtspraak op de grondslag van de vage normen die in onze tijd een zo bijzonder grote rol zijn gaan spelen, wenselijk is het intellectuele element te versterken, wil niet zeggen dat het intuïtief zedelijke element daarbij zou kunnen worden gemist. Men zou, dunkt mij, ook niet moeten wensen dat het anders was; want het intuïtief zedelijke element is in de rechtspraak tevens het dynamische element dat de rechtsontwikkeling voortstuwt, en juist op een gebied waarop de wetgever daarbij in gebreke blijft, er toe kan bijdragen om ook het ongeschreven recht waarvan de kenbronnen zo moeilijk zijn na te speuren, te doen beantwoorden aan de maatschappelijke behoeften die door het recht moeten worden gediend en aan de rechtvaardigheid die wij daarbij moeten trachten te benaderen.

---

141. Algemeen Deel, p. 175.