

Tilburg University

Een pleidooi voor informatiever recht

Barendrecht, J.M.

Published in:
Nederlands tijdschrift voor burgerlijk recht

Publication date:
1995

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Barendrecht, J. M. (1995). Een pleidooi voor informatiever recht. *Nederlands tijdschrift voor burgerlijk recht*, 12(7), 165-170.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

EEN PLEIDOOI VOOR INFORMATIEVER BURGERLIJK RECHT

I. Inleiding

De redactie van dit blad vroeg mij een artikel te schrijven over mijn proefschrift.¹ Laat ik dit wespennest zonder weerga maar meteen binnenspringen. In een recensie in *Recht en kritiek* toont Van der Ploeg zich geïrriteerd.² Het boek toont volgens Van der Ploeg een te hoge oordeel-dichtheid, is hinderlijk dwingend geschreven en is te haastig in elkaar gezet. Dat is kritiek die ik mij aantrek. Wie zich iets aantrekt, probeert er vaak luchtig over te doen en zoekt de tegenaanval: mijn irritatie en inspiratie was dat het burgerlijk recht een te lage oordeel-dichtheid kent. Het is hinderlijk weinig dwingend geschreven. En er wordt te lang over het verder ontwikkelen van het recht gedaan.

Wat ik in het boek heb willen benadrukken, is dat het recht een aspect van kennis heeft. Het recht ordent niet alleen op rechtvaardige wijze, maar informeert de bij het recht betrokkenen ook over de manier waarop die ordening plaatsvindt. Juist door die informatieoverdracht kan het recht zijn bijdrage leveren aan de rechtvaardige oplossing van geschillen tussen burgers.

Die bijdrage leek mij, en dat was vooral gebaseerd op ervaring in de rechtspraak, niet zo heel groot. En dat leek weer te komen doordat de rechtsregels van het civiele recht, wettelijk of in de jurisprudentie gevormd, wel een aardig begripsmatig kader vormen waarmee het concrete geschil kan worden benaderd, maar de praktijkjurist, als het echt spannend wordt, laten zitten met begrippen als "redelijkheid", "gerechtvaardigheid", of "letten op alle omstandigheden van het geval": vage normen.

Veel regels monden uit in die vage normen of, voor wie deze soort normen een warmer hart toedraagt, open normen. Dat het rechtssysteem gedeeltelijk een open karakter heeft, is onvermijdelijk, alleen al omdat de woorden in een rechtsregel die naar feitelijke omstandigheden verwijzen een "open texture" hebben, zoals het woord "motorrijtuig" in art. 1 lid 1 sub 2 *Wegenverkeerswet*.³ Dit levert steeds grensgevallen op, die echter geleidelijk in aantal zullen verminderen naar mate de jurisprudentie over een begrip als motorrijtuig deze beslist. Daarnaast staan in rechtsregels vaak woorden als schuld, redelijk of gerechtvaardigd.⁴ Deze begrippen maken het mogelijk om gedrag niet vooraf, bij het stellen van de norm, maar achteraf, ten tijde van de toepassing, te kwalificeren. Dat is soms nodig, omdat onvoorspelbaar is welke gevallen onder de regel gebracht zullen moeten worden, of, en dat zouden wij vaker openlijk moeten toegeven, omdat de

¹Recht als model van rechtvaardigheid, *Beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming*, diss. KUB 1992

²*Recht en kritiek*, 1994, p. 284 e.v.

³Gesproken wordt dan van descriptieve vaagheid, waarover Rood, *Over vage normen in het sociaal recht*, *Gratia Commerci*, p. 288 e.v.; zie ook Klap, *Vage normen in het bestuursrecht*, diss, 1994, p. 257. Voor een overzicht van de Anglosaksische opvattingen, waaronder die van Hart en Dworkin, zie Bix, *Law, language and legal determinacy*, Clarendon Press, Oxford, 1993.

⁴Deze worden wel aangeduid als gemengde (schuld) resp. prescriptieve begrippen, zie Rood, t.a.p.

rechtsvormer echt niet weet hoe de goede regel zou moeten luiden. Maar het wordt problematisch als voor soorten geschillen die zich vaak voordoen geen regels zijn ontwikkeld, althans geen regels waaraan duidelijke aanwijzingen voor de oplossing kunnen worden ontleend. Dat doet zich in het civiele recht naar mijn mening te vaak voor. Ik kom daar nog op terug.

De inspanningen van wetgever, rechters en rechtswetenschappers zouden er naar mijn mening op gericht moeten zijn om meerzeggende, scherpere regels te ontwikkelen, met name voor veel voorkomende situaties. Het stellen en toepassen van die regels mag echter niet ten koste gaan van het rechtvaardige resultaat. Zodra een scherpe regel een onbevredigend resultaat oplevert in een concreet geval, moet die regel buiten toepassing worden gelaten.

Maar dat buiten toepassing laten, hoe gaat dat dan? Daarvoor worden in het huidige rechtssysteem toch juist vage normen gebruikt, zoals de redelijkheid en billijkheid, misbruik van recht of algemene rechtsbeginselen? "A standard can trump the rule" zeggen ze in de V.S. over de verhouding tussen dit soort vage normen en scherpere regels.⁵ Daar ben ik niet tegen. Wat mij betreft zouden wij zelfs voor iedere rechtsregel de vage norm kunnen aanvaarden dat de regel buiten toepassing blijft, als deze een onrechtvaardig resultaat oplevert.⁶ Daar moet het dan echter niet bij blijven. Het gat dat dan in het regelstelsel is ontstaan, moet zo snel mogelijk weer worden gedicht door het ontwikkelen van een nieuwe regel.⁷

II. Wat is beter: vage of scherpe normen?

Tegenwerpingen zijn er te over. Ik bespreek niet de kritiek op andere onderdelen van mijn boek, met name op de gedeelten over binding aan het geldende recht en over rechtsvinding.⁸ In dit artikel probeer ik de voor- en nadelen van normenstelsels met vagere en scherpere normen nog eens systematisch op een rij zetten. Daarbij ga ik in op de argumenten die in kritiek op mijn betoog naar voren zijn gebracht. Voorts blijkt er in de Amerikaanse literatuur over dit onderwerp een soortgelijke discussie te worden, die van zeer hoog niveau is en waarvan veel valt te leren.⁹

⁵ Kaplow, Rules versus standards: An economic analysis, 42 Duke Law Journal 557 (1992), p. 561 noot 5.

⁶In ons huidige rechtssysteem, en zeker in het civiele recht, is er bijna altijd wel een mogelijkheid om een vage norm in te roepen om een onredelijk resultaat te vermijden, zie Recht als model van rechtvaardigheid, p. 199 e.v.

⁷Op dit punt is er in het civiele recht de afgelopen decennia het meeste misgegaan. De om wille van de rechtvaardigheid gecreëerde openingen in het recht, zijn niet weer met nieuwe, rechtvaardiger regels gedicht, maar opengelaten vgl. Van Zaltbommel, De betekenis van het recht als systeem, diss. 1993 (anders Hesselink, Stelsel scherpe normen geeft schijnrechtszekerheid, WPNR 1993, p. 725 e.v.).

⁸Zie bijvoorbeeld Bost, Rechtstheorie en rechtsfilosofie 1994, p. 40 e.v., Soeteman, RM Themis 1994, p. 194 e.v. en Valk, NTBR 1994, p. 130.

⁹Zie vooral de hierna genoemde boeken van Kelman (uit 1987, helaas niet verwerkt in mijn proefschrift) en Schauer, alsmede de evenens hierna genoemde artikelen van Kaplow en Sullivan.

1. *Flexibiliteit van het rechtsstelsel* is een belangrijk argument voor vage normen. Die is alleen al nodig, omdat regels altijd in woorden moeten worden uitgedrukt, terwijl het vaak niet mogelijk is het doel dat met een regel wordt beoogd eens en voor al in woorden te vangen. Regels zijn soms "overinclusive or underinclusive as to purpose", aldus Schauer in zijn mooie boek over het functioneren van regels, "Playing by the rules". Met regels worden vele rechtvaardige beslissingen gegeven, maar onvermijdelijk op een gegeven moment ook onrechtvaardige.¹⁰

Dit nadeel wordt in belangrijke mate ondervangen, als men aanvaardt dat regels geen onder alle omstandigheden bindende normen zijn, maar worden geacht sterke vermoedens te geven voor de rechtvaardige oplossing. Schauer noemt dit "presumptive positivism".¹¹

Het aantal fouten dat in een stelsel met scherpe regels wordt gemaakt doordat de regel in bepaalde situaties onrechtvaardige resultaten oplevert, kan worden vergeleken met het aantal fouten in een stelsel zonder scherpe regels doordat de toepassers van het recht tot onrechtvaardige resultaten komen ("rule error" versus "error by institutional incompetence"), aldus Schauer.¹² Dat is moeilijk tellen, maar in plaats van twee statische toestanden kan ook de dynamiek worden vergeleken. Laten wij eerst kijken naar de "rule error" in een rechtssysteem waarin zoveel mogelijk wordt gestreefd naar scherpe regels. Daarin zijn afwijkingen toelaatbaar indien zulks nodig is voor het behalen van een rechtvaardig resultaat, die dan vervolgens zoveel mogelijk weer worden ingepast in het regelsysteem door nieuwe regels te ontwikkelen, waarin rekening is gehouden met dit nieuwe wenselijke resultaat. De "rule error" neemt dan geleidelijk af, omdat de fouten geleidelijk uit het regelstelsel worden verwijderd en daardoor steeds minder gevallen verkeerd worden beslist.

De "institutional error" onder een vage norm kan via het ontstaan van precedentes en discussie daarover eveneens worden beperkt. Maar het is de vraag of dit een goed mechanisme van feed back is. Precedentes gaan onder een vage norm regelmatig een zo grote spreiding vertonen, dat zij geen richting aan de beslissing kunnen bieden.¹³ Bovendien zijn precedentes onder een vage norm vaak zeer toegesneden op het individuele geval. Het kan lang duren voordat een werkelijk bruikbaar precedent ontstaat.¹⁴ Het duurde bijvoorbeeld meer dan 26 jaar voordat de Hoge Raad in staat was om de open norm van het arrest Saladin/HBU in te vullen met een werkelijk richtinggevend uitspraak.¹⁵ Wij wachten nu al weer 12 jaar op het uitkristalliseren van

¹⁰ Schauer, *Playing by the rules*, Oxford University Press, Oxford 1991, p. 100 e.v. en 149 e.v.

¹¹ Schauer, t.a.p., p. 196 e.v., zie ook Kaplow, t.a.p., p. 611 e.v.

¹² Schauer, t.a.p., p. 100 e.v.; zie ook Sullivan, *The Supreme Court 1991 term, Foreword: The justices of rules and standards*, 106 *Harvard Law Review* 22 (1992), p. 62.

¹³ *Recht als model van rechtvaardigheid*, p. 183 e.v.

¹⁴ Kaplow, t.a.p., p. 611 e.v. Voor een diepgaand onderzoek naar de bruikbaarheid van precedentes uit het bestuursrecht, zie Neerhof, *Het geschil voorbij*, diss. 1995, p. 74 e.v., p. 132 e.v.

de normen over afgebroken onderhandelingen.

2. Met vage normen kunnen de doelstellingen achter regels rechtstreeks worden verwezenlijkt in concrete beslissingen. Regels kunnen soms alleen maar werken met technische begrippen, die niet erg veel rechtvaardigheidsgehalte hebben. Door "standards" te gebruiken is er "less arbitrariness, more fairness", omdat rechtstreeks naar *de rechtvaardige oplossing* kan worden gezocht. Dat gaat soms opmerkelijk goed. Wie gericht op het vinden van een rechtvaardig resultaat aan de hand van een vage norm een casus tracht op te lossen, heeft vaak het gevoel dat de beslissing niet anders kan uitvallen, al zal hij zich realiseren dat het rechtsgevoel bedriegelijk kan zijn. Vage normen richten zich echter ook tot partijen bij een rechtsverhouding, die in een vage norm onwillekeurig vooral hun eigen gelijk zullen trachten te vinden. Wellicht is dit de verklaring dat vage normen zo populair zijn onder rechters en wetenschappers, die er veel goeds uithalen, maar impopulair bij advocaten, die vooral als perspectief hebben dat bijna ieder betoog, hoe onredelijk ook, in de vage norm kan worden gepast.

Scherpe normen die zonodig opzij kunnen worden gezet behoeven de weg naar rechtvaardige oplossingen niet te blokkeren. Snijders is hier niet van overtuigd. Hij blijft bevreesd dat het gezag van nog niet uitontwikkelde regels te groot wordt.¹⁶ Door zich snel opvolgende wijzigingen in het nog onvolkomen regime kan onzekerheid ontstaan en kunnen onrechtvaardige beslissingen voorkomen. Het is inderdaad mogelijk dat een rechter een nog niet goed uitontwikkelde norm te serieus neemt. Een scherpe norm, die slechts naar een beperkt aantal feitelijke omstandigheden verwijst, kan met name maken dat de rechter de ogen gesloten houdt voor andere omstandigheden, die eigenlijk wel relevant zouden moeten zijn en eerder zouden worden meegewogen onder een vage norm. Dit probleem lijkt minder groot als men aanneemt dat partijen er zelf wel voor zorgen dat de in hun voordeel sprekende omstandigheden worden aangevoerd en benadrukt. Als de rechter vervolgens als basishouding ten opzichte van rechtsregels aanneemt dat deze slechts een sterke indicatie van de juiste oplossing geven, lijken de gevaren beperkt. De resterende onzekerheid en het overblijvende risico van fouten zal, zo lijkt mij, niet groter zijn, dan in het geval er alleen maar een vage norm is. Vage normen verhullen die fouten, dat is het meer.

3. *Rechtszekerheid* is het klassieke argument tegen vage normen. Het eerste aspect van rechtszekerheid is dat het niet fair is een burger te verrassen met een rechtsgevolg dat hij niet kon voorspellen.

Volgens Snijders en Hesselink schieten wij niet veel op met scherpe normen als steeds weer de kans bestaat dat een rechter van de norm afwijkt. Regels van deze aard geven geen vastheid, maar zijn veeleer misleidend, zegt Snijders.¹⁷

Het effect van regels zal, zo lijkt mij, nooit zijn dat absolute zekerheid bestaat dat de rechter op een bepaalde wijze beslist. Regels geven wel houvast bij een beslissing. Neem

¹⁵ Zie HR 31 december 1993, RvdW 1994, 21 (Matatag/De Schelde)

¹⁶ W.Snijders, NJB 1993, p. 1150.

¹⁷ Snijders, t.a.p., p. 1150; vgl. Hesselink, t.a.p. en Soeteman, t.a.p., p. 196.

de regel uit het arrest Schirmeister/de Heus dat een geleverde auto niet aan de koopovereenkomst beantwoordt als gebruik in het verkeer gevaar voor de verkeersveiligheid zou opleveren, als gevolg van een aan de auto klevend gebrek, dat niet op eenvoudige wijze kan worden ontdekt en hersteld.¹⁸ Deze regel geeft de rechter meer richting dan de vage norm dat de afgeleverde zaak aan de overeenkomst moet beantwoorden en dat de koper mag verwachten dat de zaak de eigenschappen bezit die voor een normaal gebruik nodig zijn en waarvan hij de aanwezigheid niet behoefde te betwijfelen.¹⁹ Absolute zekerheid scheidt de regel uit het arrest niet, maar zeker als de rechter gehouden is een eventuele afwijking van deze regel goed te motiveren, is er toch een kader voor de beslissing geschapen dat er voor de introductie van deze norm niet was.²⁰ Wie daar niet in gelooft, gelooft niet in recht.

4. Een tweede element van rechtszekerheid is het voorkomen van inefficiëntie. Het *plannen van gedrag* is moeilijker als de betrokkenen niet weten hoe het recht dit gedrag zal waarderen. Dit kan er toe leiden dat burgers overdreven voorzichtig zijn bij het ontwikkelen van economisch nuttige activiteiten. Bij het aannemen van werknemers lijken werkgevers mede daarom terughoudend te zijn, omdat niet zeker is of, en zo ja tegen welke kosten, een werknemer weer kan afvloeien als het minder gaat. De normen van het ontslagrecht zijn juist op dat cruciale punt erg vaag.

5. Dan is er het aspect van de *rechtstatelijkheid*. Regels geven in de klassieke gedachtengang bescherming tegen een arbitraire behandeling vanwege de overheid.²¹ In de V.S. is er uitvoerig over gedebatteerd of regels nu rechts of links zijn.²² In een zeer boeiend en goed gedocumenteerd artikel over de tegenstelling tussen "rules" en "standards" in de rechtspraak van het Supreme Court over 1991, komt Sullivan uiteindelijk tot de conclusie dat het niet gaat om rechts of links, maar dat een regelgever met extreme standpunten zijn doelen beter met regels kan verwezenlijken.²³ Standards werken niet bij wat wij wellicht modificerende wetgeving zouden noemen, omdat de rechter dan in een specifiek geval de neiging zal hebben meer in het midden te blijven.

Standards maken compromissen mogelijk, zo schrijft Sullivan terecht.²⁴ Vage normen halen de daardoor "geregelde" materie echter wel van de politieke agenda, doch leggen het probleem vervolgens op het bord van vele rechters en jusititiabelen.

¹⁸ HR 15 april 1994, RvdW 1994, 95.

¹⁹ Art. 7:17 BW.

²⁰ Zo ook Tjittes, De hoedanigheid van contractspartijen, diss. 1994, p. 250.

²¹ Sullivan, t.a.p. p. 63 e.v.; Neerhof, t.a.p., p. 31 e.v.; Klap, t.a.p., p. 19 e.v.

²² Baanbrekend was het artikel van Duncan Kennedy; Form and substance in private law adjudication, 89 Harvard Law Review 1685 (1976); zie voor een diepgaande analyse van de politieke en andere implicaties van het rules/standards probleem ook Kelman, A guide to critical legal studies, Harvard University Press, Cambridge Mass. 1987, p. 54 e.v.

²³ Sullivan, t.a.p., p. 102.

²⁴ Sullivan, t.a.p., p. 101.

6. Vage normen zijn dan ook gemakkelijk en goedkoop voor de regelgever. Hij hoeft geen *kosten voor onderzoek naar de rechtvaardige oplossing* te maken, aldus Kaplow in een artikel, dat vanwege zijn omvattende en diepgaande benadering van de problematiek het startpunt zou moeten zijn voor ieder verder onderzoek op dit terrein.²⁵ Het gaat daarbij niet alleen om directe kosten van wetgeving, maar ook om de moeite die het kost om politieke compromissen te bereiken.

Die kosten moeten vervolgens alsnog worden gemaakt bij iedere regeltoepassing. Dan worden zij echter gespreid over een rechterlijke instantie en partijen, zodat zij minder in het oog springen. De kosten van het vinden van de rechtvaardige oplossing kunnen dan lager zijn. Het is immers vaak gemakkelijker te beslissen wat rechtvaardig is, als men een concreet geval voor ogen heeft.²⁶ Als er weinig gevallen onder de regel zullen worden beslist, of als de gevallen zo divers zijn dat subregels maar weinig gevallen zullen kunnen bestrijken, zal het mede daarom economischer zijn om de norm vaag te laten.²⁷ Daarbij moet wel worden bedacht dat gevallen soms divers lijken, omdat nog niet duidelijk is welke hun gemeenschappelijke kenmerken zijn. Die duidelijkheid ontstaat vaak doordat een regel de gemeenschappelijke kenmerken aan het licht brengt. Kaplow suggereert dat het uiteindelijk al beter is om te trachten een regel te ontwikkelen, als die slechts op een dozijn gevallen zal kunnen worden toegepast. Het lijkt dus in ieder geval zeer zinvol dat de Hoge Raad normen geeft als in het arrest Schirmeister/de Heus, die op vele duizenden gevallen toepasbaar zullen zijn. Kaplow maakt een zeer verhelderende vergelijking met de ontwikkeling van regels binnen een bedrijf.²⁸ Zodra een bepaalde afdeling regelmatig een bepaald type beslissingen moet nemen, zal de van de afdeling gevraagde efficiency meebrengen dat een beleid wordt ontwikkeld, waarop de betrokkenen binnen het bedrijf kunnen anticiperen en dat het beslissen vergemakkelijkt. Dat beleid komt er dan ook wel. In het rechtssysteem gebeurt dat minder snel, onder meer omdat de kosten van rechterlijke beslissingen via regels of ad hoc niet zichtbaar worden op de jaarrekening van één onderneming, maar over vele rechterlijke colleges en vele justitiabelen worden gespreid.

7. Hoe meer flexibel de criteria zijn, hoe moeilijker het is voor een waarnemer om vast te stellen of de regels op een begrijpelijke en onpartijdige wijze zijn toegepast, aldus Posner in zijn "Problems of jurisprudence", het beste boek over rechtsvinding dat ik ken.²⁹ Controle door de pers en de politiek op de toepassing van vage normen is uiterst

²⁵ Kaplow, t.a.p., p. 568 e.v. en 579 e.v.

²⁶ Aldus vele Nederlandse schrijvers, zie Recht als model van rechtvaardigheid, p. 161 e.v. en ook Kaplow, t.a.p., p. 609, die er echter op wijst dat bepaalde gemakkelijk te beoordelen casus de regeltoepasser ook kunnen misleiden voor wat betreft de soorten casus die onder de regel moeten worden beslist.

²⁷ Kaplow, t.a.p., p. 600 e.v.

²⁸ Kaplow, t.a.p., p. 585, noot 17 en p. 623, noot 196

²⁹ Posner, The problems of jurisprudence, Harvard University Press, Cambridge Mass. 1990, p. 124 e.v.

moeilijk, omdat beslissingen vaak zo zijn toegesneden zijn op de omstandigheden van het geval, dat kritiek niet loont.³⁰ Pas als statistische gegevens beschikbaar komen over de normtoepassing, wordt voor de maatschappij helder welk beleid de rechterlijke macht voert. Daardoor kan de maatschappelijke reactie op de onwenselijke toestand worden vertraagd, zoals met het te grote beroep op de WAO lijkt te zijn gebeurd.

8. Dan is een bezwaar van vage normen dat de *rechterlijke vrijheid* te groot wordt. De mate van vaagheid van regels is een mechanisme dat macht distribueert.³¹ Hoe vager de regels, hoe meer macht de rechter krijgt, en dus ook hoe meer mogelijkheden hij krijgt om bewust of onbewust zijn persoonlijke opvattingen in de rechtspraak te laten doorwerken.

De keerzijde daarvan is dat scherpere regels maken dat rechters verantwoordelijkheid kunnen afschuiven.³² Zij kunnen zich verschuilen achter regels.

9. Dat regels *kennis over rechtvaardigheid* bevatten, die eenvoudig door alle betrokkenen kan worden gebruikt om geschillen op te lossen, is wellicht de hoofdreden om scherpere regels voor te staan.³³ Regels zijn een neerslag van de maatschappelijke en juridische discussie over de betreffende materie. Daarom zijn regels een goed uitgangspunt voor de argumentatie van een rechterlijke beslissing. Onder vage normen moet de rechter als het ware weer bij af beginnen met het zoeken naar een rechtvaardige beslissing, met alle verspilling die daarmee gepaard gaat, en met de kans dat de rechter een wezenlijk onderdeel van de discussie mist, waardoor hij wellicht een beslissing neemt die niet aansluit bij de huidige maatschappelijke opvattingen.³⁴

Ook onder vage normen kan een "base of experience" ontstaan, aldus Kaplow.³⁵ Maar wij zagen dat het erg lang kan duren voordat bruikbare kennis in precedents wordt neergelegd. Een precedent waarin geen scherpe regel is neergelegd, geeft pas voor andere gevallen bruikbare informatie, als in de motivering van de beslissing de doorslaggevende omstandigheden zijn genoemd en de overige omstandigheden als niet relevant zijn bestempeld.³⁶ Maar weinig beslissingen onder vage normen hebben die vorm. Bovendien hangt de bruikbaarheid van het precedent dan ook nog af van de frequentie waarmee die doorslaggevende omstandigheden samen voorkomen.

10. Vage normen leiden tot een *inefficiënte conflictoplossing*. Dat geldt voor de

³⁰ Neerhof, t.a.p., p. 36 met verdere verwijzingen.

³¹ Aldus Schauer, t.a.p., p. 158, e.v.; Snijders, t.a.p., p. 1149.

³² Sullivan, t.a.p., p. 67.

³³ "Rules economize on information" aldus Posner, t.a.p., p. 45; Kaplow, t.a.p., p. 585 e.v.

³⁴ Dit speelt in de VS wellicht wat minder, doordat in het precedentenstelsel aldaar meer wordt doorgeredeneerd op eerdere beslissingen. "Judges never start from scratch" aldus Sullivan, t.a.p., p. 79.

³⁵ Kaplow, t.a.p., p. 614, vgl. Neerhof, t.a.p., p. 80 e.v.

³⁶ Vgl. H. Drion, Functies van rechtsregels in het privaatrecht, Speculum Langemeijer, 1973, p. 54 en Neerhof, t.a.p., p. 80 e.v.

uiteindelijke beslissing van de rechter, die in iedere zaak opnieuw moet beginnen met het vinden van de juiste oplossing voor de feitelijke situatie, zonder goed te kunnen profiteren van de kennis die andere rechters bij soortgelijke beslissingen hebben opgedaan.³⁷ Maar het geldt vooral ook voor de daaraan voorafgaande vaststelling van de feiten door partijen en de rechter. Onder een vage norm is immers niet op voorhand duidelijk welke feiten relevant zijn. Alle omstandigheden van het geval kunnen betekenis hebben. Dat betekent dat partijen veel feiten zullen aanvoeren. Het verzamelen, ordenen, presenteren, betwisten en bewijzen van die feiten is voor partijen, voor hun advocaten en voor rechters zeer bewerkelijk. Veel van die feiten zullen uiteindelijk door de rechter niet relevant worden geacht, zodat een deel van het werk ook nog verspilde moeite is.³⁸

Hierteenover staat dat ingewikkelde systemen van regels ook tot inefficiëntie kunnen leiden.³⁹ In het stelsel van regels voor niet-nakoming van verbintenissen neergelegd in de artt. 6:74 e.v. en 6:265 e.v. BW zitten voor iedere schadepost een groot aantal beslismomenten (toerekenbaarheid, blijvende of tijdelijke onmogelijkheid van nakoming, ingebrekestelling nodig of niet) en ieder van die beslissingen moet weer worden genomen aan de hand van veel verschillende op zichzelf redelijk scherpe criteria, waarop weer verschillende omstandigheden inwerken, die bij andere criteria weer terugkomen.⁴⁰ De praktijkjurist die moet beslissen voor welke schadepost een ingebrekestelling nodig was geweest, vindt zijn weg niet in dit regelstelsel. Uit dit soort voorbeelden mag echter niet zonder meer worden geconcludeerd dat het streven naar zo scherp mogelijke regels hier onverstandig is. Het is immers ook mogelijk dat het regelstelsel drastisch kan worden vereenvoudigd door een reductie van het aantal criteria, zonder dat het stelsel inhoudelijk tot andere resultaten leidt. Dan kan weer een eenvoudig toepasbaar stelsel ontstaan met even rechtvaardige uitkomsten.

11. *Verantwoording van de rechterlijke beslissing aan partijen* is een belangrijk en in art. 121 Grondwet neergelegd beginsel van behoorlijke rechtspraak. Als een beslissing kan worden gefundeerd op bestaande rechtsregels, wordt daarmee ook een verantwoording aan partijen gegeven. De geschiedenis van de regel zal immers meestal licht werpen op de inhoudelijke argumenten die er aan ten grondslag liggen.⁴¹ Is dat niet zo, dan geeft de regel dan toch in ieder geval de informatie aan partijen dat andere gevallen die onder de regel vallen op dezelfde wijze zullen worden behandeld. Als geen rechtvaardige beslissing kan worden verkregen door toepassing van een bestaande regel, maar afwijking noodzakelijk is, dan kan de regel toch in ieder geval dienen als startpunt

³⁷ Er wordt veel dubbel werk gedaan, aldus Kaplow, t.a.p., p. 614.

³⁸ Zo ook De Waard, Samenwerkende machten, Oratie KUB 1994, p. 14 e.v.

³⁹ Zie ook Kelman, t.a.p., p 44 e.v.

⁴⁰ Zie de criteria in Asser-Hartkamp I, nr 325 e.v., nr 358 e.v. en nr. 367 e.v.

⁴¹ Zie J.M. Barendrecht, Controle, aanvaarding en bestrijding, Gemotiveerd gehuldigd (Van Boeschotenbundel), 1993, p. 39 e.v.

voor de motivering. Bijzondere redenen kunnen in de beslissing worden aangevoerd waarom de regel in casu niet zal gelden.

Zoals gezegd zullen beslissingen onder een vage norm veelal worden verantwoord door een opsomming van een aantal doorslaggevend geachte omstandigheden. Slechts in uitzonderingsgevallen zal de beslissing zich daaruit zozeer opdringen, dat zij daarmee als bevredigend gemotiveerd zal worden ervaren.⁴² Daarbij moet worden bedacht dat rechters wel eens de neiging zullen hebben om in de andere richting wijzende omstandigheden uit hun motivering weg te laten, zodat die vaak mooier zal lijken dan zij eigenlijk is.

12. Scherpe regels geven de mogelijkheid van *gedragsbeïnvloeding*. Op vage normen als de redelijkheid en billijkheid kan een burger zijn gedrag niet richten, zo leek mij vanzelf te spreken. Kaplow stelt dat de kosten van het voorspellen van de uitkomst van een eventuele procedure, waaronder die van het doorspitten van grote hoeveelheden jurisprudentie en het analyseren van de eerdere beslissingen van de rechter in kwestie, onder een vage norm zo kunnen toenemen, dat burgers maar achterwege laten om dat onderzoek te doen.⁴³

Van Schilfgaarde heeft mij hier aan het twijfelen gebracht. Hij wees er op dat het mooie van vage normen is dat partijen zelf verantwoordelijkheid nemen. Zij worden gestimuleerd zelf na te denken over de aanvaardbaarheid van hun handelen⁴⁴ Prachtig! Maar ik geloof uiteindelijk dat het anders ligt. Scherpe normen lokken uit dat een burger "walks the line".⁴⁵ Daarom is het goed dat er vage normen zijn die leemtes opvullen en derogerend werken in situaties waarin onverkorte toepassing van regels tot onwenselijke resultaten zou leiden of waarin misbruik dreigt. Dat stimuleert inderdaad dat partijen zelf hun verantwoordelijkheid nemen. Dat is met name nodig in regeldichte gebieden als het vennootschapsrecht, waarop van Schilfgaarde waarschijnlijk vooral het oog had.

Maar het recht mag partijen niet alleen laten met die verantwoordelijkheid in situaties waarin beide partijen wel een steekje hebben laten vallen. Dat zijn de situaties die zich meestal voordoen in de praktijk. Bij dwaling, bij afgebroken onderhandelingen of bij de beëindiging van een arbeidsovereenkomst helpt het echt niet om tegen partijen te zeggen dat zij maar eens zelf moeten nadenken over wat redelijk is. Dat is niet evident en zeker niet voor mensen die niet dagelijks met het recht werken. Partijen hebben dan recht op duidelijke aanwijzingen van het rechtsstelsel wat redelijk wordt gevonden voor hun situatie.

13. Algemeen aanvaard is dat scherpe regels de *rechtsgelijkheid* bevorderen en ongelijkheid zichtbaar maken, die in de toepassing van een vage norm onzichtbaar zou

⁴² Adams, Rechtskundig weekblad 1993-1994, p. 862 is niet overtuigd door mijn desbetreffende betoog.

⁴³ Kaplow, t.a.p., p. 571 e.v.

⁴⁴ Vage normen WPNR 6078 (1993), p. 61 bijgevallen door Adams, t.a.p., p. 362.

⁴⁵ Kelman, t.a.p., p. 41.

blijven.⁴⁶ Betoogd is echter wel dat een uitgewerkt stelsel van regels een voorsprong geeft aan degenen die de middelen hebben om precies achter de inhoud van de regels te komen.⁴⁷ De gelijkheid zou daarom meer uit de beginselen achter de regels moeten komen. Deze gedachtengang lijkt mij eenzijdig. Met misschien nog wel meer recht kan men zeggen dat de ingewikkelde procedures nodig om onder een vage norm tot een beslissing te komen niet zullen kunnen worden gevoerd door degenen met minder middelen.

14. De *rechtsontwikkeling* wordt bevorderd door scherpe normen. Over een vaag beginsel als de toerekening naar redelijkheid voor causaliteit is verdere discussie immers niet zinvol, omdat ieder denkbaar resultaat in die norm kan worden gepast. Daarom lijkt de vage norm altijd beter dan een voorstel voor een scherpe norm. Neerhof signaleert dat rechters in het bestuursrecht onder een geheel vage norm moeilijk tot scherpe regels komen. Zij gaan dat pas doen als er eenmaal een scherpere wettelijke regel of beleidsregel is, waarop zij kunnen voortbouwen.⁴⁸ De wit-papiervrees die de "blanketnorm" veroorzaakt, is wellicht een verklaring voor het feit dat maar weinig rechtswetenschappers de afgelopen decennia hebben getracht om op een enigszins systematische wijze tot een nadere invulling van vage normen in het civiele recht te komen.

Dat scherpe normen maatschappelijke discussie kunnen uitlokken, die zonder die normen niet zou ontstaan, heeft echter als keerzijde dat daardoor onrust in de maatschappij kan ontstaan. Sullivan wijst er op dat het onnodig kan zijn discussie uit te lokken, omdat een vage norm zo veel stilzwijgende understandings achter zich kan hebben, dat deze gemakkelijk toepasbaar is.⁴⁹ Die stilzwijgende noties moeten dan, zo lijkt mij, ook expliciet kunnen worden gemaakt, maar ik geef toe dat dit niet altijd eenvoudig is.

Sullivan stelt bovendien dat juist de vage norm dialoogbevorderend is in een constitutionele democratie.⁵⁰ Dat is wellicht waar, maar zij lijkt er wel vanuit te gaan dat het aanvaarden van een scherpe regel de discussie afsluit. In mijn visie is een scherpe regel een norm die altijd weer ter discussie mag worden gesteld. De scherpe norm structureert de discussie dan eigenlijk, zoals een stelling dat doet.

Sullivan noemt dit argument bovendien niet voor niets in een verhandeling over constitutioneel recht. Daar is het inderdaad van belang dat de discussie open blijft. Standaardgeschillen kunnen echter beter via standaardregels worden opgelost, die een weergave zijn van de meest recente stand van de dialoog. Wie die regels ter discussie wil stellen, moet dat kunnen doen, maar de dialoog moet niet iets zijn waarmee iedere partij

⁴⁶ Zie Neerhof, t.a.p., p. 47 e.v.

⁴⁷ Zie Sullivan, t.a.p., p. 66 e.v. met verdere verwijzingen.

⁴⁸ Neerhof, t.a.p., p. 217 e.v.

⁴⁹ Sullivan, t.a.p., p. 107 e.v.; zie ook Kaplow, t.a.p., p. 601.

⁵⁰ Zie Sullivan, t.a.p., p. 95

in ieder geschil wordt belast.

III Is het huidige civiele recht te vaag?

Snijders schreef dat het meevalt met de vaagheid van het burgerlijk recht.⁵¹ Het is moeilijk om over de gehele linie een uitspraak te doen, maar ik denk dat het niet meevalt. Zonder veel fantasie is een veel voorkomend type contractenrecht-casus te bedenken, die door 17 min of meer open normen heen moet voor hij is beslist.⁵² Een gemiddeld geschil rond de beëindiging van een arbeidsovereenkomst is niet zodanig oplosbaar met behulp van rechtsregels, dat de cliënt en de wederpartij met gezag een uitkomst kan worden voorgehouden die aanvaardbaar zou moeten zijn als schikking. De kans dat de uitkomst zeer essentieel meer of minder wordt, is daarvoor eenvoudig te groot. Een veeg teken is ook dat de inhoud van het positieve recht bij ons, anders dan naar mijn indruk in Duitsland, Engeland of de VS, maar een beperkte rol speelt in de procespraktijk. Natuurlijk gaan veel zaken vooral over wat feitelijk is voorgevallen. Maar ook in andere zaken nemen weinig advocaten en rechters blijkens hun processtukken en vonnissen de moeite om echt uit te zoeken hoe een zaak juridisch moet worden benaderd. Misschien loont het vaak niet erg om een beroep op rechtsregels te doen en geven die regels weinig informatie over de te nemen beslissing.

Snijders stelt terecht dat vage normen in alle tijden en alle rechtstelsels voorkomen.⁵³ Dat is juist en het is ook nodig. Maar in het Nederlandse civiele recht is veel minder gedaan aan het invullen van vage normen met scherpere subregels dan in een vergelijkbaar stelsel als het Duitse. En een echt werkend precedentenstelsel, waarin rechters doorredeneren op de resultaten bereikt in vorige procedures zoals in Engeland bestaat evenmin.

De vergelijking met het buitenland zegt mij overigens niet zo veel. Belangrijker lijkt mij dat het geschillenbeslechtingssysteem dat wij juristen aan de burger aanbieden beter kan werken dan het nu doet. Al het bovenstaande afwegend, kom ik althans tot de conclusie dat er veel te winnen is bij het ontwikkelen van scherpere normen, in ieder geval voor categorieën vergelijkbare gevallen die zich frequent voordoen, zodat rechtvaardiger en gemakkelijker toe te passen recht ontstaat.

IV Hoe verder?

Als wij op een traditionele manier blijven denken over de verantwoordelijkheid voor het goed functioneren van het rechtssysteem is niemand verantwoordelijk. Snijders ziet de vraag of vage normen moeten worden gesteld als een kwestie van taakverdeling tussen wetgever en rechter.⁵⁴ Dat is een mooie mijmering, en ik kan mij voorstellen dat Snijders

⁵¹ Snijders, t.a.p., p. 115

⁵² WPNR 1994, p. 175.

⁵³ Snijders, t.a.p., p. 1149/1150

⁵⁴ Snijders, t.a.p., p. 1159.

daarmee zit, maar de justitiabele schiet er niets mee op. Diens probleem is dat uiteindelijk niemand aanwijzingen geeft over de inhoud van het recht en dat het recht voor zijn geval opnieuw gemaakt moet worden. Maar wie moet dat probleem oplossen?

Dat de politiek zich werkelijk inhoudelijk zou moeten bemoeien met de details van het civiele recht, gelooft niemand meer.

De Hoge Raad doet wat hij kan om de rechtseenheid te bewaren, maar heeft de handen al vol aan het binnen redelijke grenzen houden van de rechtspraak door echte missers van lagere rechters te casseren. Regelmatig is de Hoge Raad in staat om werkelijk richtinggevend regels te formuleren. Vaak blijft het echter bij richtlijnen aan de lagere rechter in welke soort omstandigheden de oplossing van een bepaald type casus moet worden gezocht.

Lagere rechters hebben niet tot taak regels te ontwikkelen, zo is vaak de opvatting. Zij hebben daarbij ook weinig belang, omdat dat extra tijd zou kosten, omdat zij daarmee vooral andere rechters en de justitiabelen verder zouden helpen en omdat zij zichzelf niet te zeer willen binden.

Praktijkjuristen verkeren soms in een goede positie. Zij weten hoe het recht echt werkt, waar behoefte bestaat aan duidelijker normen en hoe de oplossing misschien zou kunnen luiden. Maar ook hun belang is vaak niet om voorstellen voor scherpere normen te doen. Vage normen betekenen immers werk voor juristen.⁵⁵

Rechtswetenschappers hebben volgens velen vooral als opdracht om het geldende recht te bestuderen en te beschrijven.⁵⁶ Als zij al een kritische houding ten opzichte van het geldende recht innemen, beperken zij zich vaak tot kritiek die zij juridisch noemen: kritiek op basis van beginselen die aan het geldende recht zelf zijn ontleend.⁵⁷ Aan het zelf trachten te ontwikkelen van maatschappelijk aanvaardbare rechtsregels doen rechtswetenschappers maar weinig.

De verantwoordelijkheid zal door alle betrokkenen moeten worden genomen. De juridische stand is aan de maatschappij verplicht om een zo goed mogelijk systeem voor het oplossen van geschillen tussen burgers aan te bieden. Voor de rechtswetenschap is dit met name een opdracht. Te vaak nog ziet die als taak het signaleren van een arrest en het plaatsen daarvan in het systeem of het doordenken van de gevolgen van bepaalde wettelijke regels voor moeilijke gevallen. De rechtswetenschap zou niet de rechtsbronnen tot primair object van studie moeten nemen, maar de rechtvaardige oplossing van maatschappelijke problemen die om een dergelijke oplossing vragen. Dan krijgen wetgevers en rechters meer materiaal aangereikt op grond waarvan die ook hun verantwoordelijkheid voor het ontwikkelen van regels kunnen nemen.

⁵⁵ Zie Kaplow, t.a.p., p. 620

⁵⁶ Vgl. Bloembergen, Iets over object en methode van wetenschap en rechtspraak in het privaatrecht, in: Nederlandse rechtswetenschap, p. 61 e.v. en met name p. 65; Kunneman, Rechtswetenschap, p. 4 e.v.

⁵⁷ Kunneman, t.a.p., p. 8.