

## Tilburg University

### Springen met lemen voeten

Vranken, J.B.M.

*Publication date:*  
2003

*Document Version*  
Peer reviewed version

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

*Citation for published version (APA):*

Vranken, J. B. M. (2003). *Springen met lemen voeten*. Vereniging voor de Wijsbegeerte van het Recht.

#### **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.

Preadvies voor de Vereniging voor Wijsbegeerte  
van het Recht

**SPRINGEN MET LEMEN VOETEN**

J.B.M. VRANKEN

Hoogleraar methodologie van het privaatrecht  
Universiteit van Tilburg

November 2003

**WOORD VOORAF**

Dit preadvies is nog niet echt af. Het vormt een deel van een groter werk dat ik aan het schrijven ben. Tijdens de vergadering op 12 december 2003 al ik enkele stellingen presenteren waarin naar ik hoop meer zicht wordt geboden op de conclusies die mij voor ogen staan. Ik ben de Vereniging erkentelijk voor de gelegenheid die zij mij biedt om over mijn werk in uitvoering te discussiëren.

Erkentelijk ben ik ook degenen die delen van het preadvies, in allerlei stadia van totstandkoming, hebben gelezen en van commentaar hebben voorzien. In het bijzonder geldt mijn dank Jan Leijten, Fred Hammerstein, Bert van Roermund, en de Onderzoeksgroep Rechtsvormingstheorie van de Onderzoekschool voor Wetgevingsvraagstukken van het Schoordijk Instituut, Universiteit van Tilburg, bestaande uit Maurits Barendrecht, Hans Gribnau, Alis Koekkoek, Boudewijn de Waard en Willem Witteveen. Voorts dank ik Ivo Giesen voor zijn nuttige opmerkingen over wat hoofdstuk 6 is geworden.

## INHOUD

### INHOUDSOPGAVE

	TER INLEIDING	5
	HOOFDSTUK 1      DE KUNST OM MET CASUS OM TE GAAN	7
1.1	<i>Studie</i>	
1.2	<i>Rechtspraak</i>	
1.3	<i>Wetgeving</i>	
1.4	<i>Rechterlijke rechtsvorming</i>	
1.5	<i>Recht doen in het concrete geval</i>	
	HOOFDSTUK 2      VOLG HET SPOOR TERUG	17
2.1	<i>Ten aanzien van de feiten</i>	
2.2	<i>Ten aanzien van het recht</i>	
2.3	<i>De spanning tussen verleden en heden</i>	
2.4	<i>Springen met lemen voeten....</i>	
2.5	<i>... maar sommigen weten zich er aan te onttrekken</i>	
2.6	<i>Durfals</i>	
2.7	<i>The dragon out of his cave</i>	
	HOOFDSTUK 3      VERHULLEND ARGUMENTEREN	29
3.1	<i>Enkele voorbeelden</i>	
3.2	<i>Johanna</i>	
3.3	<i>Mevrouw Krüter</i>	
3.4	<i>De echte argumenten</i>	
3.5	<i>De weerspannige, vierjarige ruïn</i>	
3.6	<i>De uitspraak over de weerspannige, vierjarige ruïn herschreven</i>	
3.7	<i>I keep six honest serving-men</i>	
3.8	<i>Het niet-vermelden van de achterliggende overwegingen en keuzen</i>	
3.9	<i>Vier redenen</i>	
	HOOFDSTUK 4      HET ONTBREKEN VAN EEN DEUGDELIJKE FEITELIJKE GRONDSLAG	50
4.1	<i>Yorkshire Ripper</i>	
4.2	<i>Immunitet</i>	

- 4.3 *Hampshire*
- 4.4 *Wahrheit oder Dichtung?*
- 4.5 *Geen deugdelijke feitelijke basis*
- 4.6 *Wèl een deugdelijke feitelijke basis*
- 4.7 *De staatssecretaris van financiën*
- 4.8 *Behoeftte aan harde feiten onmiskenbaar*
- 4.9 *Een voorzichtige trendbreuk?*

## HOOFDSTUK 5      AFSTANDELIJKHEID 63

- 5.1 *Notaris Q.*
- 5.2 *De taal van de jurist*
- 5.3 *Magistratelijkheid*
- 5.4 *Emoties en gevoelens*
- 5.5 *Jonge kinderen ontroeren het meest*
- 5.6 *Twee dijkbreuken: geef het persoonlijke een plaats in het recht*

## HOOFDSTUK 6      NIETS IN HET RECHT IS BLIJVEND, BEHALVE VERANDERING 79

- 6.1 *Gevangen in het schema wetgeving-rechtspraak*
- 6.2 *De exclusiviteit van het schema*
- 6.3 *Tekortkomingen*
- 6.4 *Een actievere rechtspraak als remedie?*
- 6.5 *Naar een privatisering van het privaatrecht*  
Kouwenberg/Rabo  
Ziekenhuisprotocol  
Tuchtnormen
- 6.6 *“Oude” en nieuwe vormen van private regelgeving*
- 6.7 *De veranderlijkheid van het burgerlijk recht*

## TER INLEIDING

Over argumenteren in het burgerlijk recht<sup>1</sup>, het onderwerp van dit boek, schrijft men meestal in termen van juridische techniek. Het gaat dan om de betekenis en onderlinge verhouding van de wetsgeschiedenis, rechtsbeginselen, het systeem van het recht, precedentes en de tientallen andere hulpmiddelen die samen de gereedschapskist van de jurist zo rijkelijk vullen. Over elk van deze hulpmiddelen kan veel gezegd worden. Over hun onderlinge verhouding nog meer, want het aantal potentiële botsingen is groot. Er is eens berekend dat vijftien hulpmiddelen, waarvan er vier kunnen botsen, al een kleine duizend varianten opleveren.

In dit preadvies blijft de juridische techniek goeddeels buiten beeld. Voor uiteenzettingen daarover kan men elders terecht. Evenmin zoek ik het in abstract-filosofische beschouwingen over bijvoorbeeld argumentatietheorieën, de rechtvaardiging van juridische oordelen of de rol van retorica, taal en logica. Ik kies een andere invalshoek. Ik stel mij op als een geëngageerd toeschouwer die ziet hoe juristen met het burgerlijk recht omgaan en die zich daarbij soms verbaast en soms amuseert. Kritiek, ook scherpe kritiek, is niet uitgesloten, maar gaat niet vergezeld van giftige pijlen. Daarvoor ben ik zelf een te groot liefhebber en te hartstochtelijk beoefenaar van het vak.<sup>2</sup> Alleen is op zeker ogenblik bij mij het besef gegroeid dat mijn collega's en ik ons bedienen van een manier van argumenteren en redeneren, die bij enig nadenken lang niet zo dwingend en overtuigend is als wij meestal stilzwijgend aannemen. "Lawyers, like artists, tend to become prisoners of their own creations."<sup>3</sup> Dit bracht mij op het spoor van wat Edward de Bono ooit heeft genoemd de vaargeul van het denken.<sup>4</sup> Hij bedoelde daarmee, deftig gezegd, het geheel van door opleiding en ervaring ingeslepen uitgangspunten, vanzelfsprekendheden en vooronderstellingen, waarvan men zich na verloop van tijd niet of nauwelijks nog bewust is, maar die in feite de wijze van denken en doen bijna volledig bepalen. Bepaalde argumenten en benaderingswijzen worden geaccepteerd en nagevolgd, andere niet of slechts mondjesmaat. Hoe komt dat? Welke processen zijn hierbij aan het werk?

---

<sup>1</sup> Ik heb hierbij met name, maar niet uitsluitend, het oog op het burgerlijk vermogensrecht en het burgerlijk procesrecht.

<sup>2</sup> Een dergelijke perspectiefkeuze (men kan ook zeggen: kunstgreep) komt vaker voor. Een beroemd voorbeeld is Montesquieu's *Lettres Persanes*, 1721, waarin hij vanuit de optiek van bezoekers uit verre, vreemde landen de Franse cultuur met kritische verwondering beschrijft. De kritiek kwam harder aan dan wanneer een échte buitenstaander het had gedaan.

<sup>3</sup> T. Koopmans, zoals geciteerd door S.K. Martens, *De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter*, NJB 2000, p. 747 e.v. (noot 5), zij het dat Koopmans sprak over rechters. In de heersende opvatting wordt de rechter als model van praktische rechtsbeoefening beschouwd. Daarom heb ik mij vrij gevoeld zijn stelling over rechters te veralgemenen tot juristen.

<sup>4</sup> Edward de Bono, *Het mechanisme van ons denken*, 1971, p. 137 e.v. en p. 221 e.v. (lateraal denken).

Het verschijnsel is natuurlijk niet onbekend en ook niet typisch juridisch. Het geldt voor iedere professional en in iedere wetenschap. Vroeger sprak men van paradigma of Vorverständnis, soms ook heel eenvoudig van interpretatiekader of denkraam. Tegenwoordig, in de lingua franca van de huidige tijd, heet het frame of mind. Het denkraam – ik prefereer de Nederlandse term - heeft twee belangrijke functies, een aansporende en een verhinderende. De aansporende functie zorgt voor gemeenschappelijkheden, herkenning en begrip. Het waarnemen en interpreteren van feiten en gebeurtenissen, de aanpak van zaken, het redeneren en argumenteren vinden plaats op een wijze waar de vak- of groepsgenoten mee vertrouwd zijn. Ze zitten op dezelfde golflengte en hoeven niet eerst elkaars taal te leren. Dat vergemakkelijkt het gesprek. De verhinderende functie houdt in dat dit resultaat bereikt wordt en ook alleen bereikt kan worden, doordat het denkraam andere manieren van kijken, redeneren en argumenteren radicaal afkapt. Het denkraam kanaliseert als het ware de stroom van gedachten en ideeën in een vrij strakke, soms meanderende, maar altijd begrensde loop. Alles wat erbuiten valt of tegen de stroom ingaat, telt niet mee, althans niet totdat het tegendeel is waargemaakt. Zo bezien is sprake van een reductie van de werkelijkheid, van een selectief raster.

Het is dit denkraam die mij intrigeert. Welke zijn de onuitgesproken vooronderstellingen, uitgangspunten en vanzelfsprekendheden van de jurist wanneer hij argumenteert in het burgerlijk recht? Tot welke aardigheden en eigenaardigheden geven ze aanleiding? De vragen lenen zich niet voor snelle antwoorden of haastige conclusies. Inzicht in het denkraam moet worden bevochten. Niets is moeilijker dan dit, omdat men zich moet laten terugzakken in de achterkamer van het denken, daar waar standpunten nog niet zijn uitgekristalliseerd en al in keurig gescheiden laatjes zijn opgeborgen, gereed voor gebruik. In de achterkamer is het nog rommelig is en onzeker en donker. Lichtstralen van zelfinzicht zijn schaars. Ik realiseer mij dit, maar juist hierin is de fascinatie voor het onderwerp is gelegen. In dit preadvies tast ik wegens af om tot het denkraam van de jurist in het burgerlijk recht door te dringen en iets van zijn verborgenheid, zijn enigma te ontsluiten. Dit gebeurt niet door een stap voor stap deductie. Dat kan ook niet. De zes taferelen die ik in even zovele hoofdstukken schets, zijn meer intuïtieve, verkennende, zo men wil kubistische experimenten. De meeste kunnen op zichzelf gelezen worden. Er is enige overlap en in zekere zin bouwt het ene op het andere voort, maar de lezer mag geen strak gecomponeerd betoog verwachten dat van probleemstelling via analyse naar een conclusie voert. Hij moet integendeel tot op zekere hoogte zes keer opnieuw beginnen. Degene die mij verwijt dat ik soms (erg) eenzijdig ben en, vaker nog, geen oplossing aanreik, zal ik antwoorden met wat Heinrich Böll schreef in het voorwoord van zijn “Die verlorene Ehre von Katharina Blum”: dat is geen toeval of tekortkoming, maar onvermijdelijk in de gekozen opzet van het preadvies.

## HOOFDSTUK 1 DE KUNST OM MET CASUS OM TE GAAN

### 1.1 Studie<sup>5</sup>

Een jurist die iets wil betogen, begint vaak met een concreet geval over een geschil. Van G.E. Langemeijer, voormalig Procureur-Generaal bij de Nederlandse Hoge Raad en iemand die afgewogen beschouwingen kon schrijven over de meest uiteenlopende onderwerpen, is uit interviews bekend dat hij pas echt losschoot wanneer hem een concreet geval werd voorgelegd. “Ik heb altijd een passie voor concrete gevallen gehad. Ik moet een concreet geval hebben. Iets lezen over rechtsvragen vind ik helemaal niet zo'n amusante bezigheid: het begint mij eigenlijk pas te interesseren wanneer het een concreet conflict is.”<sup>6</sup> Nog verder gaat Anthony Kronman in zijn *The Lost Lawyer*. Voor hem bestaat de expertise van de jurist niet in kennis van het recht, maar in de kunst om met casus om te gaan. “If lawyers have a distinctive expertise of their own, it thus consists in the art of handling cases.”<sup>7</sup> Ik vind dit een rake typering, misschien teleurstellend mager - is dit alles? -, maar wel de werkelijkheid.

Het begint al bij de opleiding. Rechtenstudenten wordt vanaf het moment dat ze de universiteit betreden tot aan hun afstuderen onderwezen hoe ze concrete gevallen juridisch moeten oplossen. Nagenoeg alles staat in het teken van het onder de knie krijgen van deze vaardigheid. Casusoplossing volgens de regels van de kunst: dat is het alfa en omega van de juridische studie. Welke de regels van de kunst zijn en wat ze inhouden wordt de studenten net als vroeger bij ambachten het geval was, in hoofdzaak bijgebracht door ze te leren afkijken en navolgen. De docenten bespreken casus en doen voor hoe ze opgelost moeten worden. Ze geven aan wat daarbij komt kijken, welke argumenten tellen en welke afwegingen moeten worden gemaakt. Ze beroepen zich daarbij mede op rechterlijke uitspraken. Ook dat zijn voorbeelden hoe het moet, met normatieve kracht zelfs, omdat uitspraken van de Hoge Raad precedentwaarde hebben, niet officieel, maar wel feitelijk.<sup>8</sup> De

---

<sup>5</sup> Vergelijk hierover ook onder meer Martijn Hesselink, *The New European Legal Culture*, oratie 2001, p. 17-21. In de Verenigde Staten is het Christopher Columbus Langdell geweest die in de tweede helft van de negentiende eeuw de case method heeft geïntroduceerd als voorwaarde om recht wetenschappelijk te doceren. Hierover, met veel verdere verwijzingen, Nicholas Mercuro & Steven G. Medema, *Economics and the Law. From Posner to Post-Modernism*, 1997, p. 6-9;

<sup>6</sup> J.M. van Dunné e.a., *Acht civilisten in burger*, 1977, p. 129.

<sup>7</sup> Anthony T. Kronman, *The Lost Lawyer. Failing Ideals of the Legal Profession*, 1993, p. 362. Aan het geciteerde gaat een alinea vooraf, waaruit ik het navolgende licht: “What lawyers are particularly trained to do and can generally do better than philosophers and economists is think about cases (...). It is what his casecentered education and experience give him special competence at doing - unlike philosophers and economists, whose disciplines are on the whole more concerned with the construction of abstract systems of thought. And it is what defines the distinctive vantage point from which lawyers tend to see things: the point of view of those who see the world through the lens of individual cases and are temperamentally inclined to assess the abstract claims of philosophy and economics from the particularistic standpoint they afford.”

<sup>8</sup> In Nederland bestaat net als in de overige continentaal Europese landen officieel geen precedenten stelsel. Feitelijk echter wordt aan uitspraken van de hoogste rechtscollleges die zich daarvoor lenen,



studenten bestuderen deze uitspraken en leren ze toepassen in oefencasus. Door kleine varianten op bestaande casus wordt hun gevoel voor verhoudingen ontwikkeld en de kiem gelegd voor wat later hopelijk uitgroeit tot “practical wisdom”. De examinering vindt vrijwel uitsluitend plaats aan de hand van casus. Zelden of nooit worden essayvragen gesteld over meer algemene vraagstukken. Daarop is het onderwijs niet afgestemd. Ook de literatuur die de studenten als examenstof moeten bestuderen, bereidt er niet op voor. Studieboeken komen niet verder dan een ordentelijke, weinig diepgaande en in ieder geval niet problematiserende weergave van het geldende recht, zoals het is. Zonder uitzondering zijn ze conceptueel-analytisch van aard, hetgeen wil zeggen dat ze het burgerlijk recht behandelen op basis van wetsartikelen, leerstukken en begrippen, toegelicht aan de hand van casus en arresten. Overdracht van feitenkennis staat voorop. Beschouwingen over achtergronden en tendensen, over de samenhang met maatschappelijke ontwikkelingen, over morele waarden en keuzen, over ideeën- en theorievorming of over inter- en multidisciplinaire benaderingen in het burgerlijk recht treft men er niet in aan. Ook niet in handboeken. Handboeken reiken alleen op conceptueel-analytisch niveau meestal dieper dan studieboeken. Dit gegeven, gevoegd bij het ontbreken van reflectie en methodologische scholing in het vakinhoudelijk onderwijs, maakt de rechtenstudie tot een praktijkkunde. Wie behoefte heeft aan theoretische verdieping of inter- en multidisciplinaire verbreding, wordt verwezen naar de metajuridische vakken, maar die worden vaak pas onderwezen op een moment dat het praktijkdenken zich al in de hoofden van de studenten heeft vastgezet. Alle goede bedoelingen ten spijt, kan dan voor de meesten de brug niet meer worden geslagen. Op onverbloemde wijze komt dit karakter van de rechtenstudie tot uiting in afstudeerscripties. In overgrote meerderheid zijn ze opgezet en uitgevoerd als imitaties van studie- en handboeken. De in 2002 ingevoerde nieuwe bachelor-master structuur van de juridische opleiding heeft niet geleid tot een andere aanpak of tot een nieuw academisch klimaat. Sommigen, waaronder ik zelf, vestigen hun hoop op een meer structurele inbedding van rechtsvergelijking in de juridische opleiding, meteen vanaf het begin. De gedachte is dat rechtsvergelijking dwingt tot aandacht voor hoofdlijnen, uitgangspunten en achterliggende overwegingen, waardoor het waarom belangrijker wordt dan het concrete wat en hoe.<sup>9</sup>

## 1.2 *Rechtspraktijk*

---

precedentwerking toegekend. Voor een situatieschets van elf landen - achtereenvolgens Duitsland, Finland, Frankrijk, Italië, Noorwegen, Polen, Spanje, Zweden, Engeland, de Verenigde Staten en de Europese Gemeenschap - verwijs ik naar D. Neil MacCormick en Robert S. Summers (Eds.), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, 1997.

<sup>9</sup> Zie onder meer, telkens met veel verdere verwijzingen, Martijn Hesselink, a.w. (nt. 5), p. 60-63, en J.B.M. Vranken en C.E.C. Jansen, *Legal Academic Training Requires Teaching Law from a Comparative Perspective*, *Ars Aequi* 2001, p. 854-859.

In de rechtspraak wordt de casusgerichtheid van de studie voortgezet, althans voor degenen die in typisch juridische beroepen terechtkomen, zoals rechters, bedrijfsjuristen, notarissen, advocaten en andere rechtshulpverleners. Het oplossen van casus is dan hun vak. Als ze het goed doen, worden ze er door ervaring steeds bedrever in. Wel moeten ze hun vak bijhouden. Daarbij komen ze opnieuw in aanraking met casus, onder meer bij het bestuderen van nieuwe rechtspraak en tijdens de, tegenwoordig veelal verplichte, beroepsopleidingen, bijscholings- en opriscursussen of bij interne jurisprudentiebijeenkomsten van het kantoor of bedrijf waar men werkt. De cursussen en bijeenkomsten behandelen vooral recente jurisprudentie. Die wordt besproken, uitgelegd, geanalyseerd, op nieuwheid onderzocht en in verbinding gebracht met kwesties die spelen in de dagelijkse praktijk. Steeds is de vraag of de nieuwe rechtspraak invloed heeft op de tot dan in de praktijk gehanteerde oplossing van vergelijkbare casus. Snijdt zij wegen af? Opent zij mogelijkheden? Leidt zij tot nieuwe leerstukken? Dat is wat de cursisten willen weten. Ze tonen zich daarmee goede leerlingen van de universiteit, want wat zij tijdens cursussen willen weten, stemt nauwkeurig overeen met wat ze tijdens de studie volgens hun docenten slechts hòefden te weten: kennis nemen van nieuwe casus om daarmee hun bekwaamheid in het oplossen van andere casus te vergroten. Het enige verschil is dat de “andere casus” tijdens de beroepsuitoefening niet langer tamelijk bloedeloze gevallen zijn, maar uit het leven zijn gegrepen. Dit doet er niet aan af dat juristen van de ene casus naar de andere springen. De casusgerichtheid is zelfs zo ver doorgedrongen dat wanneer er geen echte, reële gevallen zijn, de jurist ze verzint. “So strong is the pull of cases (..) that judges and lawyers often create ‘ghost’ cases from which to argue.”<sup>10</sup> Inzet is een vergelijking met imaginaire buurtgevallen om op die manier de kern van het geschil scherper in beeld te krijgen. Gevalsvergelijking noemde G.J. Wiarda dat. Op zijn gezag vermeld ik dat een jurist in het burgerlijk recht vrijwel altijd werkt met gevalsvergelijking, ook al is dit in de schriftelijke neerslag van het resultaat van zijn denkproces niet terug te vinden.<sup>11</sup> Wiarda’s observatie ondersteunt en bevestigt de typering van Kronman dat juristen eerst en vooral denken, redeneren en argumenteren vanuit casus.

### 1.3 *Wetgeving*<sup>12</sup>

Juridische casus zijn vaak vol kommer en kwel. Pas als er iets is misgegaan, vinden juristen het interessant. Dood, letsel, hartstocht, liefde, ontrouw, hebzucht, wrok, domme pech, bedrog, wantrouwen en misbruik vormen voor hen de orde van de dag. In die zin zijn ze

<sup>10</sup> In deze zin voor 'het' Amerikaanse recht William Burnham, *Introduction to the Law and Legal System of the United States*, 1999, p. 70.

<sup>11</sup> G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, 1999 (4e druk, bewerkt door T. Koopmans), p. 110.

<sup>12</sup> Vanwege de zeggingskracht opteer ik voor de term wetgeving, hoewel er ook veel andere vormen van regelgeving zijn. Zie ook hoofdstuk 6, waar ik wetgeving onderscheid van private regelgeving (zelfregulering), die naar haar aard nog directer en scherper verbonden is met concrete casus.

professionele puinruimers. Toch zou ik dit niet typisch juridisch willen noemen. Voor artsen, psychiaters en andere hulpverleners geldt hetzelfde. Ook zij krijgen hun deel van wat menselijke hebzucht en misère kunnen veroorzaken.

Wèl kenmerkend voor juristen vind ik dat ze tot het slag mensen behoren dat talent heeft om van toekomstige gebeurtenissen onmiddellijk de meest desastreuze afloop voor de geest te halen, liefst meer dan levensecht. Een jurist die een contract opstelt of iets moet regelen voor de toekomst dient te denken in rampscenario's: wat kan er verkeerd gaan en voor wiens risico komt dat? In het dagelijks leven kan men met deze eigenschap al snel in het psychisch hulpverleningscircuit belanden, maar in het juridische houdt de mate van hypochondrie gelijke tred met de deskundigheid als jurist: hoe erger, hoe beter.

Vanzelfsprekend geldt de eis van vooruitdenken in hoge mate voor wetgevingsjuristen. Hun beroep is immers het ontwikkelen van algemene, voor de toekomst werkende regels. Voor zover het daarbij gaat om codificatie van case law, is de verbinding met casus evident.<sup>13</sup> In andere gevallen hanteren ze casus vaak<sup>14</sup> als gids én toetssteen. In de ontwerp-fase proberen wetgevingsjuristen te bedenken wat zich zo al kan voordoen, welke chicanes mogelijk zijn en welke regeling daarbij past. Telkens grijpen ze terug of vooruit naar casus om te toetsen of de beoogde regeling een adequate oplossing biedt en of zij ongewenste - effecten of nevenverschijnselen heeft. Luidt het antwoord negatief, dan dwingt dit tot aanpassing. Men zou dit de falsificatiefunctie van casus kunnen noemen.<sup>15</sup> Regels worden aan de hand van mogelijke geschillen die zich kunnen voordoen "doorgerekend" op hun houdbaarheid.<sup>16</sup> Ook de juridische literatuur die zich met wetsvoorstellen inlaat, gaat meestal op deze wijze te werk. Op grote schaal is dit bijvoorbeeld gebeurd in de invoeringsfase van de boeken 3, 5 en 6 van het nieuw burgerlijk wetboek. De wetgever heeft er dankbaar gebruik van gemaakt. De parlementaire geschiedenis leest bijna als één lange discussie met de literatuur over de reikwijdte, betekenis en samenhang van wetsartikelen, getoetst aan concrete, al of niet verzonnen, uit het verleden opgediepte of aan buitenlands recht ontleende casus. Daardoor zijn fouten hersteld, bedoelingen verduidelijkt, regels veranderd en grenzen scherper getrokken. De toepassing van het nieuwe BW na zijn inwerkingtreding in

---

<sup>13</sup> Vergelijk ook de opmerking over de situatie in common law van D. Neil MacCormick en Robert S. Summers, a.w. (nt. 8), p. 4-5: 'Although much law in common law countries is statutory, the statutes are usually built on a foundation of case law, rather than the cases being of significance only as a commentary on the code in which all fundamentals are determined.'

<sup>14</sup> Niet altijd, bijv. niet of veel minder bij de implementatie van Europese regelgeving. Vergelijk over het wetgevingsproces en de daarin te onderscheiden fasen onder meer Ph. Eijlander en W. Voermans, *Wetgevingsleer*, 1999, p. 309 e.v.

<sup>15</sup> In breder verband over falsificatie in het recht, de dissertatie van J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid*, 1992, met name p. 211-227.

<sup>16</sup> Daarnaast zijn er natuurlijk ook eisen van systematiek en redactie, waarbij casus minder op de voorgrond treden. Zie bijv. de 150 fouten in het wetsvoorstel tot wijziging van de Faillissementswet, die N.E.D. Faber en R.G.J. Nowak hebben menen te ontdekken (NJB 2001, p. 76-78). Zij maken een onderscheid tussen inhoudelijke fouten en redigeerfouten.

1992 heeft er alleen maar voordeel van gehad. Ook zijn op deze manier veel arresten van de Hoge Raad voorkomen.<sup>17</sup>

In nog opvallender mate worden casus ingezet door enkele studiegroepen die bezig zijn met de harmonisatie van het Europese vermogensrecht. Hun doel is, algemeen gezegd en met voorbijgaan aan nuances, het formuleren van regels, beginselen, gezichtspunten en concepten die samen uiteindelijk het algemeen deel van het vermogensrecht of kernonderdelen daarvan op een consistente manier bestrijken.<sup>18</sup> Ik noem in dit verband met name de zgn. Trento-groep over de Common Core of European Private Law en de Ius Commune-groep die Casebooks for the Common Law of Europe voorbereidt. Beide proberen met behulp van vooral casus de weerbarstige en veelvormige werkelijkheid van het positieve recht in de verschillende landen te “bevragen” om zodoende gelijke oplossingen, die daarin besloten liggen, te vinden, in plaats van ze te creëren of op te leggen, zoals in andere Europese studiegroepen het geval is.<sup>19</sup> Het bijzondere is derhalve dat ze casus eerst en vooral als vertrekpunt voor diagnose gebruiken en niet als falsificatie-instrument.<sup>20</sup>

#### 1.4 *Rechterlijke rechtsvorming*

De casusgerichtheid bepaalt ook in belangrijke mate het debat over rechterlijke rechtsvorming. Rechterlijke uitspraken zijn beslissingen in concrete geschillen. Ze stellen de individuele rechten en plichten van de procederende partijen vast. Soms echter hebben ze een betekenis die boven het concrete geschil uitstijgt. Ze hebben dan rechtsvormende waarde, meerwaarde. In de meeste westerse landen wordt tegenwoordig openlijk aanvaard dat de rechters, met name de hoogste rechters op nationaal niveau en op inter- en supranationaal niveau, een rechtsvormende taak hebben. Ofschoon de manier waarop en de mate waarin ze hun taak vervullen, verschillen, is het feit dat ze rechtsvormend bezig zijn niet meer in discussie. Sterker nog, rechterlijke rechtsvorming moet. De bijdrage van de rechter aan de

<sup>17</sup> Zoals de Voorzitter van de Tweede Kamer bij de behandeling van het wetsvoorstel vernieuwd burgerlijk procesrecht (Kamerstukken 26 855, nr. 16, p. 13) uitriep: “Deze zinnige vragen schelen straks een arrest.”

<sup>18</sup> Voor nuances en meer gegevens over deze en andere studiegroepen verwijs ik naar J.M. Smits, Europees privaatrecht in wording, 2000, p. 52-57 en 67-69; A.S. Hartkamp, Perspectives for the Development of A European Civil Law, WPNR 6401 (2000), p. 331-336. A. Hammerstein en J.B.M. Vranken, Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten. Een horizontale vergelijking, Mon. NBW A 10, 2003, nr. 3 bevat een update en vermeldt ook de tot dan verschenen publicaties.

<sup>19</sup> Vergelijk met name de Lando-commissie met haar Principles of European Contract Law (PECL), delen I-III, de Unidroit-commissie met haar Principles of International Commercial Contracts (PICC), en de Studygroup on a European Civil Code (ECC), die binnenkort de resultaten zal publiceren.

<sup>20</sup> Dat ze niet streven naar iets nieuws, maar willen ontdekken wat is - zowel wat nu al tot de common core van de nationale rechtssystemen behoort, als waarin de systemen verschillen, inhoudelijk en in de manier van aanpak, redeneren en argumenteren -, is niet wezenlijk. Ook als ze wel naar iets nieuws streven, zou de case method gehanteerd kunnen worden. Zie over het gebruik van de case method bij rechtsvergelijkend onderzoek in het algemeen, de dissertatie van A.E. Oderkerk, De preliminaire fase van het rechtsvergelijkend onderzoek, diss. 1999, p. 118 e.v.

rechtsontwikkeling wordt onmisbaar geacht in een moderne samenleving. Voor zover ik kan overzien, is dit een overtuiging die breed gedeeld wordt door practici, wetenschapsbeoefenaars, de wetgever zelf en “het” publiek. Erkend wordt dat de wetgever het niet meer alleen af kan. Wetgeving en rechtspraak zijn “partners in the business of law” en dienen dat ook te zijn.<sup>21</sup>

Men hoeft ook niet lang te zoeken om overtuigd te raken van de juistheid van deze visie. Op Europees niveau bijvoorbeeld dragen het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) en het Hof van Justitie EG krachtig bij aan de europeanisering van het recht. Om een voorbeeld te noemen: de rechtspraak van het EHRM over art. 6 en 8 van het Europese Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens (EVRM) heeft het procesrecht resp. het personen- en familierecht bijna revolutionair veranderd. Het zijn uitgerekend twee rechtsgebieden waarvan lange tijd is gezegd dat ze zodanig zijn verbonden met de cultuur van een land dat ze nationaal georiënteerd moeten blijven. Door het EHRM is het anders gelopen. Dit bewijst dat men met rechters zelfs succes kan hebben op terreinen waar dit niet voor mogelijk werd gehouden. Zonder hen lukt het zeker niet.<sup>22</sup> Dit laatste is een weinig beemoedigende constatering voor sommige van de hierboven genoemde studiegroepen over de Europese harmonisatie van het privaatrecht die het immers zonder rechterlijke instantie moeten stellen. Ik kan althans niet inzien dat op Europees niveau de situatie een andere zal zijn dan op nationaal niveau waar de ontwikkeling van het burgerlijk recht in belangrijke mate drijft op rechtspraak. Hele leerstukken bestaan zelfs uitsluitend of hoofdzakelijk uit case law. Ik noem voor Nederland onder meer de onrechtmatige daad, het overheidsvermogensrecht, de aansprakelijkheid van bestuurders van rechtspersonen, afgebroken onderhandelingen, de betekenis van de redelijkheid en billijkheid in het verbintenissenrecht, overeenkomst en derden, de ontbinding wegens wanprestatie en ongegronde verrijking. Over geen van deze kan verantwoord gesproken worden zonder bestudering van de vaak overvloedige jurisprudentie.<sup>23</sup> In feite geldt dit voor ieder onderwerp van burgerlijk recht. Kennisneming van de

---

<sup>21</sup> Voor een uitgebreide analyse van de situatie in bijna veertig landen, verspreid over de gehele wereld, verwijs ik naar Pelayia Yessiou-Faltsi (Ed.), *The Role of the Supreme Courts at the National and International Level. Reports for the Thessaloniki International Colloquium, 21-25 May 1997*, Sakkoulas Publications, 1999.

<sup>22</sup> In deze zin over de noodzaak van een rechterlijke instantie voor de harmonisatie van Europees privaatrecht, o.m. ook Wouter Snijders, *Building a European Contract Law; five Fallacies and two Castles in Spain*, 2003, p. 12-13.

<sup>23</sup> Veel literatuur houdt zich bezig met het in kaart brengen en rubriceren van deze overvloed. Losbladige uitgaven danken hieraan hun bestaan. Zo ontleen ik via A.R. Bloembergen, *Veertig jaar losbladigen*, 2000, p. 25 aan het voorwoord van H. Drion van de losbladige uitgave *Onrechtmatige Daad*: “Met dit boek hebben de samenstellers zich voorgesteld te voorzien in de nijpende behoefte Aan een gids door de voortdurend groeiende massa van rechtspraak en literatuur over de onrechtmatige daad. Het is geen nieuwe monografie over de onrechtmatige daad; men zal er geen nieuwe theorieën of opvattingen in verdedigd vinden. Wat men er wel in kan vinden - dat is althans het streven van de samenstellers - is een vrij volledig overzicht van de stand van rechtspraak en literatuur over de talloze grote en kleine vragen die op het gebied van de onrechtmatige daad zijn gerezen.”

rechtspraak (en van de literatuur, maar daarover later) kan niet gemist worden. Ook indien de case law op zeker ogenblik is gecodificeerd, zoals in het nieuwe BW, blijft dit nodig. Het recht ontwikkelt zich verder doordat zich steeds nieuwe situaties voordoen die niet zijn voorzien en waarin de rechter de knoop moet doorhakken. De wetgever erkent dit. Hij zelf zou ook niet dan bij hoge uitzondering in staat zijn in te grijpen. Het is deze taakverdeling die de kern vormt van hun opvatting als “partners in the business of law”.

Gelet hierop verbaast het dat sommigen desondanks vasthouden aan het idee dat rechterlijke rechtsvorming slechts een bijproduct is van rechtspraak in individuele gevallen, welkom, maar toch op het tweede plan. Zij zijn van mening dat de rechter, de Hoge Raad inclusief, er in de eerste plaats is voor partijen en hun individuele rechten en plichten. Dat moet vooral zo blijven, vinden zij.<sup>24</sup> Ik beschouw dit als een van de voorbeelden van de remmende werking van het denkraam van juristen: ingesleten patronen, die niet zijn getoetst aan de veranderde situatie, maar die wel de discussie daarover sturen en in feite beperken. De consequenties zijn groot en reiken ver. Zo kan de Hoge Raad zelf bepalen of hij een casus aangrijpt om rechtsvormend op te treden. Zonder motivering, zonder uitleg ziet hij er in het ene geval van af - met name het onderscheid in cassatie tussen recht en feit biedt hem ongekend ruime mogelijkheden om dit te doen<sup>25</sup> -, en in het andere geval niet. Het staat volledig te zijner discretie. Er is geen voor derden kenbaar criterium waaraan zijn opstelling getoetst kan worden. Een ander gevolg van de casusgerichtheid is dat niet de kwaliteit of dringendheid van de rechtsvraag bepaalt of zij aan de Hoge Raad wordt voorgelegd. Veegens heeft hier vijftig jaar geleden al op gewezen en Wiarda heeft het hem in 1978 nagezegd: controversiële rechtsvragen van actuele betekenis dringen niet tijdig genoeg en in voldoende mate door tot de Hoge Raad.<sup>26</sup> Te vaak hangt het van toevallige factoren af of het gebeurt. Een van die factoren is de manier van procederen. Er kan in de loop van de procedure heel veel mis gaan waardoor de rechtsvraag bij de Hoge Raad niet meer scherp op tafel ligt. Een nog ingrijpender toevalsfactor is de bereidheid, de wil en de mogelijkheden van een partij om door te procederen tot in hoogste instantie en de dure advocaatkosten te

---

<sup>24</sup> Aldus onder meer de oud-presidenten van de Hoge Raad, S.K. Martens, a.w (nt. 3), p. 747 e.v., en W.E. Haak, Rechtsvorming door de hoogste rechter, toeval of beleid?, NJB 2000, p. 713-714. Zie voorts het heel krachtige pleidooi in deze zin van M. Köhne, Coördinatie van rechtspraak, diss. 2000, p. 105-130.

<sup>25</sup> François Rigaux, La nature du contrôle de la Cour de Cassation, 1966, par. 50 en 53 noemde het onderscheid al een instrument om de werklast te reguleren.

<sup>26</sup> G.J. Wiarda, Dient de regeling van cassatie in burgerlijk zaken te worden gewijzigd en zo ja, in hoeverre en op welke wijze?, Handelingen NJV 1978-I, p. 86 e.v. Ik heb mij hierbij aangesloten in mijn openingsartikel voor de NJB Salon over Toeval of beleid? (NJB 2000, p. 1-5). In een reactie heeft P.A. Wackie Eijsten, NJB 2000, p. 318-319 laten zien dat deze gedachten niet helemaal nieuw zijn: hij noemde een artikel van D.J. Veegens uit 1948 waarin een vergelijkbare klacht is geuit. Zie ook J.B.M. Vranken en I. Giesen (red.), De Hoge Raad binnenstebuiten. Verslag van een experiment, 2003, p. 11-14. W.E. Haak, a.w. (nt. 24) p. 713 noemde Wiarda's waarneming achterhaald. Hij heeft daarvoor echter geen spoor van bewijs aangedragen. Dat bewijs is er ook niet, denk ik.

dragen. Men kan constateren dat op terreinen waar actief geprocedeerd wordt, het recht zich sneller ontwikkelt dan elders. Zo zou het consumentenrecht nooit het huidige ontwikkelingsniveau hebben bereikt als de toegang tot de rechter van hoge (financiële) drempels was voorzien. Het Nederlandse vennootschapsrecht komt in een stroomversnelling door de rechtspraak van de Ondernemingskamer. Het Europese milieurecht was minder snel in Nederland geïmplementeerd als de Vereniging Das en Boom niet veelvuldig en succesvol van juridische inspraak-, bezwaar- en beroepsmogelijkheden had gebruik gemaakt.<sup>27</sup>

Er zijn nog andere consequenties verbonden aan de opvatting over rechterlijke rechtsvorming als het bijproduct van concrete geschillenbeslechting.<sup>28</sup> Die laat ik verder rusten. Wel kom ik in hoofdstuk 6 nog een keer op het onderwerp terug, maar dan vanuit een geheel andere invalshoek: de exclusiviteit van het schema wetgeving-rechtspraak (en literatuur) dat ons denken in het burgerlijk recht gevangen houdt. Ik onderzoek of het mogelijk is het schema aan te passen of aan te vullen. Bij deze wat cryptische aankondiging laat ik het hier.

### *1.5 Recht doen in het concrete geval*

Een laatste aspect van de casusgerichtheid dat ik in dit hoofdstuk nog wil uitwerken, is dat juristen in het algemeen streven naar individuele rechtvaardigheid, naar oplossingen die in het individuele geval of type geval het meest rechtvaardig zijn. Op zichzelf is daar niets mis mee. Wat ik mij evenwel pas gaandeweg ben gaan realiseren, is dat als gevolg van deze insteek een bepaald soort argumenten niet of nauwelijks aan bod komt, althans veelal niet wordt aangevoerd in de literatuur en in procedures. Ik doel op argumenten die het individuele geval overstijgen of in een breder verband plaatsen. Kortom, argumenten die juist voor de meerwaarde van rechterlijke uitspraken belangrijk zijn. Een voorbeeld kan dit verduidelijken. Particulieren of familieleden die zich jegens de bank borg hebben gesteld, worden sinds enige tijd verregaand beschermd. Achtergrond is dat zij de borgtocht mogelijk zijn aangegaan onder druk van de omstandigheden of dat zij zijn verblind door de bereidheid hun in problemen verkerende bekenden of verwanten te helpen. Daardoor hebben zij geen zakelijke afweging kunnen maken en zich dus, mogelijk, tot iets verbonden waarvan zij de draagwijdte onvoldoende kunnen overzien. Prima vista lijkt deze bescherming volkomen juist. De gebruikelijke gang van zaken is dat wanneer het onderwerp eenmaal op de agenda staat,

---

<sup>27</sup> Chr. Backes in NRC Handelsblad van 14 mei 2001 (p. 2, l.k.). Uiteraard heeft dit ook een tegenkant: een al te uitbundig gebruik van processuele middelen, kan de bestuurlijke besluitvorming nodeloos hinderen. In deze zin met name het rapport van de commissie Van Kemenade, Bestuur in geding, 1997. Voor een hernieuwd pleidooi dat belangenorganisaties hun beroepsrecht moeten behouden verwijs ik naar J.C.A. de Poorter, de belanghebbende. Een onderzoek naar de betekenis van het belanghebbende-begrip in het bestuurs(proces)recht, diss. 2003, hoofdstuk 7.

<sup>28</sup> Niet alleen voor de organisatie van de rechterlijke rechtsvorming, maar ook voor bijvoorbeeld de plaats van het appèl, de omvang van de substantiëringsplicht in eerste aanleg, en voor mediation.

juristen ermee aan de slag gaan om de bescherming van de borg en de corresponderende verplichtingen van de bank nader uit te werken en in het rechtssysteem te verankeren. Hun aanpak is daarbij overwegend juridisch-technisch. Dat is ook hier het geval. Er zijn twee preadviezen over geschreven<sup>29</sup>, waarin, voor zover zichtbaar, zelfs niet eens een poging is ondernomen het onderwerp mede op macroniveau te situeren. Zo ontbreken onder meer gegevens over het aantal keren dat particulieren of familieleden zich borg stellen en het percentage hiervan waarin ze dit onvoldoende voorbereid of onder eenzijdig bezwarende voorwaarden hebben gedaan. Ook wordt geen inzicht verschaft bij welk type midden- en kleinbedrijf borgtocht het meest wordt verlangd en wat het gevolg is wanneer dit niet gebeurt: dreigt dan een faillissement. En indien al, hoe bezwaarlijk is dit, mede vanuit het oogpunt van werkgelegenheid en de plaats van het midden- en kleinbedrijf in onze economie? Voorts blijft in het midden de relevante vraag hoe vaak het goed gaat en de borg dus niet wordt uitgewonnen. Evenmin bestaat aandacht voor de effecten van de bescherming. Men kan er zeker van zijn dat wanneer de plichten van de bank bij borgtocht te hoog worden opgeschroefd, er andere wegen zullen worden gevonden. Zijn de betrokkenen daarbij beter af of doet zich ook hier het verschijnsel voor dat wat aan de ene kant wordt gewonnen aan de andere kant wordt verloren?

Ik kan mij voorstellen dat in individuele gevallen<sup>30</sup> die de advocaat of rechter moet behandelen, het niet eenvoudig is dergelijke gegevens op te sporen. Het zou tot de taak moeten behoren van de literatuur en de wetgever om dit te doen, maar die hebben het op dit punt allebei geheel laten afweten.<sup>31</sup> Iets rooskleuriger is de situatie in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. In individuele gevallen tendeert men vaak naar toekenning van schadevergoeding. Op macroniveau is dit echter wellicht niet altijd betaalbaar (lees: verzekeraar). Daarover wordt in de literatuur gediscussieerd en ook de wetgever heeft er, standaard, aandacht voor, maar het ongeluk wil dat het buitengewoon moeilijk is hierover harde feiten te verzamelen. Verzekeraars werken niet echt mee, omdat ze meestal elders wel een oplossing vinden, bijvoorbeeld door bepaalde risico's niet meer te dekken of de uitkering aan conservatieve maxima te binden.<sup>32</sup>

Inmiddels is met name onder invloed van de rechtseconomie de belangstelling voor overwegingen op macroniveau groeiende, maar het zal nog lang duren voordat ze een plaats

---

<sup>29</sup> Preadviezen voor de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het recht van Nederland en België over het onderwerp De verplichtingen van de schuldeiser jegens de borg, TPR 2000, p. 1445-1490 (R-J. Tjittes voor Nederland) en p. 1491-1550 (M. van Quickenborne voor België).

<sup>30</sup> In de bekende tabaksclaims in de Verenigde Staten hebben (ex-)rokers geen enkele keer succes geboekt totdat ze de handen inéén sloegen en gezamenlijk de strijd aanboden. Met name argumenten op macroniveau konden toen worden uitgespeeld.

<sup>31</sup> PG Inv. Boek 7, p. 417-421 en p. 443-444.

<sup>32</sup> De dekking van terrorismeschade bijvoorbeeld is beperkt tot 1 miljard euro per gebeurtenis.



hebben gevonden in de omgang met het burgerlijk recht. Methodologisch, theoretisch en empirisch is nog veel onzeker en onuitgewerkt.

## HOOFDSTUK 2 VOLG HET SPOOR TERUG<sup>33</sup>

### 2.1 Ten aanzien van de feiten

Juristen kijken veel achterom. Ik zou dit een tweede kenmerk van argumenteren in het burgerlijk recht willen noemen, naast de in het vorige hoofdstuk besproken casusgerichtheid. Het omkijken begint al meteen. Vrijwel altijd<sup>34</sup> gaat het in het recht om gevallen die zich in het verleden hebben afgespeeld of waarbij moet worden teruggegrepen op feiten uit het verleden. Wat is gebeurd? Wat is afgesproken? Deze vragen liggen de jurist in de mond bestorven. Wanneer bijvoorbeeld in geschil is of een koper wel het kwaliteitsproduct heeft gekregen dat hij zegt besteld te hebben, is het eerste dat de jurist probeert te achterhalen wat indertijd over de kwaliteit is afgesproken. Is het contract hierover niet duidelijk, dan moet hij het zoeken “in de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan hun gedragingen en verklaringen bij de totstandkoming van de overeenkomst mochten toekennen en op hetgeen zij redelijkerwijs te dien aanzien van elkaar mochten verwachten”.<sup>35</sup> Ijkpunt is derhalve het moment van het sluiten van de overeenkomst en wat daaraan voorafging. Latere omstandigheden mogen slechts worden meegewogen voor zover ze licht werpen op wat eerder is afgesproken. Men noemt dit de *ex post*-benadering. Het verleden moet zo precies mogelijk worden teruggehaald, bijvoorbeeld met behulp van eerdere concepten van de overeenkomst of met brieven, memo's en nota's. Ook verklaringen van personen die erbij betrokken waren of gegevens over wat toen bij dit soort contracten gebruikelijk was, zijn belangrijk. Het komt echter nogal eens voor dat dergelijke aanwijzingen ontbreken of dat de herinneringen zijn weggezakt. Met name als het tot een procedure komt, duurt het vaak jaren voordat de reconstructie kan plaatsvinden. Een willekeurig nummer van de *Rechtspraak van de Week*<sup>36</sup> laat zien dat de Hoge Raad pas gemiddeld zeven jaar na het

<sup>33</sup> De titel van een boek van de criminoloog en schrijver W.H. Nagel onder het pseudoniem J.B. Charles, gepubliceerd in 1953. Ik beschik over de negende druk van 1966. Op p. 25 lees ik: “De titel *Volg het spoor terug* betekende dat de oorlog van 1940-1945 een glimp van de huid was van de demon, die over ons leven heerst, en ik nam op mij, daar een mes in te planten en te laten zien dat wij niet werkelijk bevrijd zijn van zijn demonie.”

<sup>34</sup> Er zijn uitzonderingen. Zo is de wetgevingsjurist meer toekomstgericht (behalve als hij Europese richtlijnen moet implementeren). Iets soortgelijks geldt wanneer juristen een regeling voor de toekomst moeten treffen, bijvoorbeeld een duurcontract of de oprichting van een rechtspersoon. Toch moet ook in deze gevallen het toekomstige worden ingepast in de bestaande regelgeving en dat kan niet zonder een historische oriëntatie op deze regelgeving.

<sup>35</sup> De Haviltex-formule van HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635, sedertdien ontelbare malen herhaald. Ik heb gerefereerd aan HR 4 februari 2000, NJ 2000, 562 (Mol/Meijer Beheer). Slechts in enkele gevallen wordt de formule niet toegepast. Voorbeelden zijn CAO-bepalingen (HR 17 en 24 september 1993, NJ 1994, 173 en 174), een sociaal plan (HR 26 mei 2000, NJ 2000, 473), een testament (HR 17 november 2000, NJ 2001, 349), een trustakte bij later toetredende obligatiehouders (HR 23 maart 2001, RvdW 2001, 66), een overdrachtsakte (HR 8 december 2000, NJ 2001, 350) en een arbitragereglement (HR 17 januari 2003, RvdW 2003, 17).

<sup>36</sup> De willekeur ontbreekt in zoverre dat ik twee nummers heb uitgezocht waarin veel uitspraken zijn gepubliceerd. Het eerste is RvdW, 2001, nummer 3 dat acht uitspraken bevat, alle gewezen op 5

ontstaan van het geschil uitspraak doet. De rechtbank zal dan ongeveer drie jaar nodig hebben gehad, maar de feiten waarop het geschil betrekking heeft, liggen vaak nog veel verder terug. Extreme voorbeelden zijn gevallen van sluipende schade en van duurovereenkomsten die in de loop van de tijd onder invloed van de veranderde omstandigheden anders zijn ingevuld dan afgesproken, zonder dat partijen de moeite hebben genomen de veranderingen op schrift te stellen. Toch wordt ook dan strikt vastgehouden aan het uitgangspunt dat het historisch geschil op tafel moet komen. De last die dit legt op de inrichting en het verloop van het procesrecht is enorm. Zonder overdrijving kan gesteld worden dat het procesrecht helemaal gedomineerd wordt door de eis dat de feiten zoals ze zich hebben afgespeeld, in de procedure moeten worden vastgesteld en bewezen. De onvrede die al sinds jaar en dag, niet alleen in Nederland, bestaat over de trage en kostbare civiele rechtspleging vindt voor een groot deel hierin haar oorzaak. Pogingen de situatie te verbeteren, hebben niet veel succes, want de ene hervorming is nog niet afgerond of de volgende wordt al aangekondigd.<sup>37</sup> Rechter en partijen moeten roeien met de riemen die er zijn, maar, hoe moeilijk ook, voor velen is en blijft het vaststellen wat in het verleden gebeurd is de allerbelangrijkste taak van de rechters in de lagere instanties, veel belangrijker dan overwegingen omtrent juridische geschilpunten. H. Drion<sup>38</sup> heeft dit onomwonden verwoord: “Iedere poging tot een karakterisering van de rechtsprekende functie op het gebied van het privaatrecht behoort uit te gaan van het feit dat het in de overgrote meerderheid van de geschillen die voor de rechter worden gebracht, gaat om juridisch niet interessante geschillen over wat er gebeurd is.” De zienswijze knoopt aan bij Paul Scholten die in zijn Algemeen Deel schreef dat het recht in de feiten ligt.

## 2.2 *Ten aanzien van het recht*

Eenzelfde historische oriëntatie geldt voor de omgang met de beoordelingsnormen zoals die zijn neergelegd in geschreven of ongeschreven rechtsregels (waartoe ik in dit verband ook beginselen reken) en precedentes.<sup>39</sup> Beide hebben hun oorsprong in het verleden. Eens,

---

januari 2001. Bij drie dateert het geschil van 1993, bij twee van 1994 en bij telkens één van 1991, 1995 en 1998. Dit gegeven wordt bevestigd door een andere willekeurige aflevering van de RvdW (aflevering 5 van 2003). De daarin gepubliceerde vermogensrechtelijke uitspraken hebben betrekking op een geschil van 1994 (nr. 29), van 1990/1991 (nr. 30), van 1995 (nr. 31), van 1990-1992 (nr. 32), en van 1999, waarbij teruggegrepen moest worden tot 1984 (nr. 33).

<sup>37</sup> Voor een overzicht van de meest recente hervormingsideeën verwijs ik korthedshalve naar W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken, m.m.v. I.N. Tzankova, Een nieuwe balans. Interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht, 2003.

<sup>38</sup> De stelling is van 1973 en is ook gepubliceerd in Geschriften van H. Drion, 1982, p. 377.

<sup>39</sup> De beoordelingsnormen kunnen scherp of vaag zijn en afkomstig van nationale of supra- en internationale bronnen. Met name de laatste categorie is onder invloed van Europa de afgelopen decennia sterk toegenomen: richtlijnen, verordeningen, rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens en het Europese Hof van Justitie. Hierover ook Linda Senden, *Soft Law in European Community Law. Its Relationship to Legislation*, diss. 2003.

lang of kort geleden, zijn ze totstandgekomen. Er liggen overwegingen, inzichten en keuzen aan ten grondslag die van belang zijn voor hun reikwijdte en betekenis. De jurist die zich hierin verdiept, doet dit niet uit vrijblijvende belangstelling of weetgierigheid, en evenmin om esthetische redenen, zoals de Franse schrijver Stendhal die dagelijks, alvorens met zijn werk te beginnen, een stukje las in de Code Civil om zijn taalgevoel te wetten. De jurist heeft een ander doel. Hij treedt zijn materiaal tegemoet om aan de hand daarvan te achterhalen wat hij hier en nu in het concrete geval dat hem is voorgelegd, behoort te doen. Althans is dit de heersende opvatting en gangbare praktijk. Rechtsregels en precedents hebben bindende, normatieve kracht, precedents minder en anders dan rechtsregels<sup>40</sup>, maar voor beide geldt dat ze geen vrijblijvende aanbevelingen zijn, niet louter lessen uit het verleden, waarvan de jurist al of niet gebruik kan maken. Ze schrijven voor wat rechtens is in de gevallen die ze bestrijken. Een enkele keer doen ze dat heel precies, maar bijna altijd laten ze interpretatieruimte. Soms zijn ze zelfs heel open. Hoe dan ook, de jurist die een casus moet oplossen, kan er niet omheen. Hij dient op zoek te gaan naar rechtsregels en precedents waarin vergelijkbare gevallen of problemen geregeld worden of zijn beslist. Wil hij dat goed doen, dan moet hij zich verdiepen in hun achtergrond. Per land zijn er grote onderlinge verschillen over wat daarbij het belangrijkste is<sup>41</sup>, maar globaal kan gezegd worden dat hij dat doet aan de hand van de wetsgeschiedenis (voor zover het rechtsregels betreft), de precedents en de literatuur, waarin een en ander is uitgewerkt, becommentarieerd en gesystematiseerd. In het algemeen is de literatuur het meest uitvoerig over de achtergronden. De rechtspraak is meestal wat korter. “Dit oordeel geeft in het licht van wat de Hoge Raad in voormeld arrest heeft overwogen, niet blijk van een onjuiste opvatting omtrent de te dezen te hanteren maatstaf”, is bijvoorbeeld een veel gebruikte formule. Daarnaast verwijst de Hoge Raad regelmatig naar de conclusie van de advocaat-generaal, die alles grondig in kaart heeft gebracht. Toch zijn er ook uitspraken waarin op voorbeeldige wijze de overwegingen die aan een wetsbepaling of precedent ten grondslag liggen, uitgebreid worden uiteengezet. Ik citeer één passage uit een arrest over een frauderende hulppersoon, waarin art. 6:76 BW centraal stond.

“Deze regel, inhoudende dat de debiteur op gelijke wijze als voor eigen gedragingen aansprakelijk is voor gedragingen van personen van wier hulp hij bij de uitvoering van de verbintenis gebruik maakt, berust op een aantal overwegingen, die als volgt kunnen worden weergegeven. Vooreerst is van belang dat de debiteur door het inschakelen van hulppersonen zijn bedrijfsactiviteiten uitbreidt en dus van die inschakeling profijt

---

<sup>40</sup> Zie D. Neil MacCormick en Robert S. Summers (Eds.), a.w. (nt. 8).

<sup>41</sup> Vergelijk met name de monumentale studie in twee delen van Stefan Vogenauer, *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent*, 2001, waarin Duitsland, Frankrijk, de Europese Gemeenschap en Engeland met elkaar worden vergeleken. Zie ook Eva Steiner, *French Legal Method*, hoofdstuk 3 over statutory interpretation en 4 over case law (jurisprudence).

heeft, waartegenover dan dient te staan dat hij voor fouten van deze hulppersonen aansprakelijk is. Deze aansprakelijkheid brengt ook mee dat de debiteur genoopt wordt tot een zorgvuldige keuze van de in te schakelen hulppersonen en tot een zodanige organisatie van hun werk dat de kans op fouten zo gering mogelijk wordt. Zou die aansprakelijkheid niet bestaan dan zou de crediteur in geval van fouten van een hulppersoon niet op zijn wederpartij, maar slechts op de hulppersoon verhaal kunnen zoeken, waarbij de crediteur zich, anders dan de debiteur in zijn verhouding tot de hulppersoon doorgaans wel kan, niet op een contract kan beroepen, terwijl ingeval meer hulppersonen zijn ingeschakeld, het voor de crediteur onvoldoende duidelijk kan zijn wie van hen de fout heeft gemaakt.<sup>42</sup>

### 2.3 *De spanning tussen verleden en heden*

Wat mij boeit, is dat een jurist in het burgerlijk recht zowel het geschil als de normen waarmee hij het geschil beoordeelt, dient te “historiseren”. Pas als hij zich volledig heeft gericht op de feiten en normen uit het verleden, mag hij van daaruit de sprong<sup>43</sup> maken naar het heden (en wanneer zijn beslissing precedentwaarde krijgt: tevens naar de toekomst). Weliswaar moet dit beeld enigermate worden gerelativeerd, omdat inmiddels algemeen aanvaard is dat een pure reconstructie niet mogelijk is omdat men altijd van onder de stolp van het heden naar het verleden kijkt<sup>44</sup>, en ook omdat thans meer nadruk mag worden gelegd op de actualisering van de normen uit het verleden. Toch gaat het in essentie in het burgerlijk recht steeds om wat MacCormick en Summers noemen “applying the past to solve problems of present and future”. Zij prijzen dit als “a basic part of human practical reason.”<sup>45</sup> Kronman spreekt in dit verband van “essentially conservative”. Hij bedoelt dit positief. Volgens hem getuigt het van praktische wijsheid en zelfs van lawyer-statesmanship wanneer men de druk tot veranderen weerstaat en er de voorkeur aan geeft “to move slowly and by small degrees.”<sup>46</sup> Ik onderschrijf Kronman's stellingname niet, althans niet als pleidooi. Als pleidooi heeft ze de kracht en de schoonheid van een beschaafd ingehouden verlangen naar verloren tijden. Maar, en ik schrik er zelf van, ik stel vast dat ze wel weer een rake typering is van wat

<sup>42</sup> HR 21 mei 1999, NJ 1999, 733 (r.o. 4.1).

<sup>43</sup> In het burgerlijk recht wordt heel wat gesprongen. In hoofdstuk 1 heb ik geschreven dat de jurist van casus naar casus springt en dat het recht zich sprongsgewijs, van casus naar casus, ontwikkelt. Hier zien we dat de jurist ook bij de casusoplossing een sprong moet maken: van verleden naar heden en toekomst. Zie ook B. van Roermund, *Sprongen bij Scholten*, R & R 2000, p. 215-228.

<sup>44</sup> De Middeleeuwse interpretatiecanon die zegt dat het uitsluitend op de wil, de bedoeling van de regelgever aankomt, ligt ver achter ons. Wetenschaps- en kennistheoretisch is het inzicht dat een pure reconstructie onmogelijk is, algemeen aanvaard.

<sup>45</sup> D. Neil MacCormick en Robert S. Summers (Eds), a.w. (nt. 8), p. 1.

<sup>46</sup> Anthony T. Kronman, a.w. (nt. 7), p. 161. Ter vermijding van misverstanden: een jurist die zich zo opstelt, is volgens Kronman “not a mindless defender of the status quo, but is temperamentally inclined to see a value in the irregularities of the existing order and to proceed with caution in leveling them out.”

er gebeurt.<sup>47</sup> Steeds wordt de jurist geconfronteerd met overwegingen, inzichten en keuzen uit het verleden die in algemene regels en precedents zijn neergelegd en inmiddels zijn uitgebouwd tot een omvangrijk systeem. In hun systematische samenhang bevatten ze de beoordelingscriteria voor het heden. Steeds ook weer blijkt – en het een hangt natuurlijk samen met het ander – dat juristen zeer voorzichtig opereren als het om iets nieuws gaat. Goed luisteren, met beide benen in de maatschappij staan, een beetje meegaan, stapje voor stapje, maar zich hoeden voor wat genoemd wordt de waan van de dag. Evenwicht is het meest gebruikte woord bij de typering van juristen.<sup>48</sup>

#### 2.4 *Springen met lemen voeten .....*

De consequentie van dit vastgeklonken zijn aan het verleden is dat de jurist moet springen met lemen voeten. Een geschil of probleem dat zich aandient, mag hij niet vrijelijk, met open blik tegemoet treden. Hij dient het te kwalificeren in termen van het bestaande juridisch systeem. Dat is het referentiekader waarmee hij het verhaal dat hem verteld wordt meteen omvormt tot een juridische casus. Het is ook het kader waarbinnen hij vervolgens de oplossing moet zoeken, waarbij overigens ook de oplossingen zelf beperkt zijn.<sup>49</sup> Creativiteit en vernieuwing zijn hierbij niet uitgesloten, maar zijn gebonden aan het geldende systeem. Weliswaar is in de tegenwoordig vrij algemeen aanvaarde opvatting over systeem als “a dynamic congeries of rules and precedents in the process of application and development”<sup>50</sup>, meer mogelijk en aanvaardbaar dan wanneer het systeem in statische termen wordt geduid, maar ook een soepel, elastisch en zich ontwikkelend systeem stelt grenzen. Die moeten eerst op hun buigzaamheid worden getest. Tot zolang blijven nieuwe benaderingen of naar huidige inzichten betere oplossingen buiten de poort, hoe creatief en verfrissend ze ook zijn.

Ik zou honderden voorbeelden kunnen geven, van de A van affectieschade en afgebroken onderhandelingen tot de Z van zaaksvervanging en zekerheidsrechten. Ik beperk mij op deze plaats tot één, dat ik vond bij Posner<sup>51</sup>. Hij schetst het geval van iemand die zijn testa-

<sup>47</sup> Vergelijk ook reeds zijn opmerking over de casusgerichtheid in par. 1.1, die eveneens zeer raak is.

<sup>48</sup> Meer hierover in hoofdstuk 5, slot. Hier citeer ik slechts uit Job de Ruiter, Jan Donner jurist. Een biografie, 2003, p. 250, waar hij Donner, President van de Hoge Raad van 1946 tot 1961 typeerde als: geen overdrijving, zeker geen juridische hemelbestorming, maar alles in evenwicht, in balans. Vergelijk ook T. Koopmans die G.J. Wiarda een serene evenwichtskunstenaar noemde (RM Themis 1983, p. 120-131).

<sup>49</sup> Ik bedoel hiermee dat men vorderingen moet instellen en dat men hierbij geen onbeperkte keuze heeft. In het algemeen moet men zich in het burgerlijk recht behelpen met schadevergoeding, herstel, ontbinding, rectificatie, en dergelijke meer. Men name in procedures werkt dit belemmerend. Eiser of gedaagde zou bijvoorbeeld best willen heronderhandelen of op een andere manier genoegdoening willen verkrijgen, maar daartoe is in ons systeem de wederpartij slechts zelden te verplichten.

Vanwege de verreikende consequenties beschouw ik het als een van de indringendste eigenaardigheden in de omgang met het burgerlijk recht.

<sup>50</sup> Zie reeds Gidon Gottlieb, *The Logic of Choice. An Investigation of the Concepts of Rule and Rationality*, 1968, p. 87.

<sup>51</sup> Richard A. Posner, *Law and Legal Theory in England and America*, 1996, p. 49 e.v.

ment wil veranderen om zijn zus in plaats van zijn broer tot erfgenaam te benoemen. De notaris die het nieuwe testament moet opstellen, treuzelt zo lang dat op het moment dat hij het concept wil opstellen, de erflater al overleden is. Weg erfenis voor de zus. De broer daarentegen mag in zijn handen knijpen, want in alle landen waar zich dit soort testamentgevallen voordoen<sup>52</sup>, is de oplossing dat hij erfgenaam blijft en de zus de notaris tot schadevergoeding moet aanspreken op grond van een door de notaris jegens haar gepleegde onrechtmatige daad (gesteld dat ze de fout ontdekt). Deze oplossing volgt uit de beoordelingscriteria van het huidige juridische systeem: enerzijds blijft het oude testament van kracht zolang het niet is herroepen, anderzijds hebben beroepsbeoefenaren soms<sup>53</sup> zorgvuldigheidsplichten jegens derden met wie ze niet in een contractuele verhouding staan. De schadevergoeding kan de omvang aannemen van de misgelopen erfenis. Dat betekent dat door de fout van de notaris het uit te betalen bedrag kan worden verdubbeld, maar de meeste schrijvers en rechterlijke colleges accepteren liever deze consequentie dan dat de notaris vrijuit zou mogen gaan. Posner vindt dit weinig economisch en stelt voor de zus tot erfgenaam te bestempelen en de broer alleen dan een recht te geven op schadevergoeding als hij in het vertrouwen op het ontvangen van de erfenis zijn leven daarop heeft ingericht en redelijkerwijs ook heeft mogen inrichten. Aangezien dit volgens hem slechts zelden het geval zal zijn, is het nettoresultaat van zijn voorstel dat de erfenis maar één keer wordt uitgegeven.<sup>54</sup> Hij beseft dat zijn economische invalshoek nog bepaald geen gemeengoed is en daarom vooralsnog - hij heeft een strijdbare natuur - buiten de stroom van geaccepteerde argumenten zal blijven. Ik denk dat wanneer men de testamentgevallen geheel opnieuw en zonder gebondenheid aan het bestaande systeem zou mogen beoordelen, de benadering van Posner hogere ogen zou gooien dan de oplossing die thans moet worden gevolgd.<sup>55</sup>

## 2.5 ...maar sommigen weten zich er aan te onttrekken

Het voorgaande diende ter illustratie van één aspect van de inherente spanning tussen verleden en heden bij de omgang met het burgerlijk recht. Het verleden stelt de norm en bepaalt de relevante feiten en argumenten, maar de norm past niet altijd in het concrete ge-

<sup>52</sup> Daarover onder meer E.J.A.M. van den Akker, *Beroepsaansprakelijkheid ten opzichte van derden*, diss. 2001, p. 126-130 en p. 149-150, telkens met veel verwijzingen. In het algemeen over de aansprakelijkheid jegens derden D.T. Boks, *Notariële aansprakelijkheid. Enige aspecten van de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de notaris*, diss. 2002, p. 107-157.

<sup>53</sup> Dit "soms" is in alle rechtsstelsels moeizaam bevochten op het beginsel dat overeenkomsten slechts tussen partijen rechten en plichten doen ontstaan. Nog steeds is dit beginsel in de meeste rechtsstelsels sterk verankerd.

<sup>54</sup> Posner is overigens niet de enige voor wie de verdubbeling van het uit te keren bedrag een doorn in het oog is. Vergelijk de opsomming bij E.J.A.M. van den Akker, a.w. (nt. 52), p. 149-150.

<sup>55</sup> Het geval moet worden onderscheiden van dat waarin de notaris een fout maakt in het testament, bijvoorbeeld een gift aan A in plaats van B. Dan bestaan wel mogelijkheden tot correctie. Zie voor het Engelse recht *Walker v Medlicott* [1999] 1 All ER 685 (CA), waarover onder meer Eoin O'Dell, *Restitution, Rectification, and Mitigation: Negligent Solicitors and Wills, Again*, MLR 2002, p. 360-376.

val, wordt door de betrokkene soms onwenselijk gevonden of strookt niet meer met inmiddels gegroeide opvattingen en behoeften. Wat te doen? Hoe te springen met lemen voeten? Soms lukt dit niet, omdat het argument te afwijkend is, zoals het voorbeeld van Posner laat zien. Andere keren is er wel (enige) ruimte tot actualisering, maar of deze ruimte wordt benut en hoe en wanneer dat gebeurt, is niet voor iedere beroepsgroep en voor iedere activiteit precies hetzelfde. Een notaris of advocaat die een overeenkomst moet opstellen, zal het zekere voor het onzekere nemen en niet spoedig geneigd zijn de heersende opvatting te vervangen door een die nog niet algemeen geaccepteerd is. Wel zal hij, als de heersende opvatting voor zijn cliënt bezwaarlijk of ongunstig is, op diens verzoek alle inventiviteit aanwenden om een constructie te bedenken die aan deze nadelen tegemoet komt, maar ook daarbij zal hij aan de veilige kant van het bestaande systeem blijven.<sup>56</sup> Een treffend voorbeeld vormt de situatie bij bankhypotheken. Bankhypotheken bieden zekerheid voor al hetgeen de bank op zeker ogenblik uit welke hoofde ook van de cliënt te vorderen heeft. Uit oude jurisprudentie wordt afgeleid dat de bankhypotheek, anders dan een gewone hypotheek, in geval van overdracht van een of meer van de gezeekerde vorderingen in beginsel niet voor een evenredig deel mee overgaat op de verkrijger. In het huidige financieeringsverkeer levert dit grote problemen op, onder meer bij securitisatie.<sup>57</sup> De oplossing zoekt men vaak in een ingewikkelde, uiterst dure constructie met behulp van speciaal opgerichte rechtspersonen, die - het kan niet missen - special purpose vehicles worden genoemd. Ik heb, samen met enkele anderen, verdedigd dat zo'n constructie helemaal niet nodig is en dat een paar aanvullende bepalingen in de bankhypotheekakte afdoende zijn. Er is evenwel geen notaris of bank die het aandurft, zo min als zij het aandurven hierover een uitspraak van de Hoge Raad uit te lokken.<sup>58</sup>

Heel wat meer moed tonen sommige advocaten in de procespraktijk. Wanneer de belangen van de cliënt erom vragen en zij overtuigd zijn van de pleitbaarheid van hun standpunt dagen ze welbewust de heersende leer en vaste jurisprudentie uit. De bijdrage die

---

<sup>56</sup> Onder meer is voorgesteld de opdracht tot herroeping van het testament te beschouwen als een informele wilsbeschikking die door de rechter kan worden geheeld. Een ander idee is om de notaris een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking toe te staan jegens de niet-beoogde erfgenaam, die dan verrekend kan worden met diens vordering uit onrechtmatige daad jegens de notaris.

<sup>57</sup> Hierbij wordt hypothecair krediet mobiel gemaakt doordat de bank haar hypothecaire vorderingen overdraagt aan een rechtspersoon die met die vorderingen kapitaal aantrekt. Met dat kapitaal kunnen dan weer nieuwe activiteiten worden ontwikkeld. De beoogde consequentie is dat met een en hetzelfde bedrag - de som van het hypothecaire krediet - verschillende keren wordt gehandeld. Zie over securitisatie, met verdere literatuurverwijzingen, onder meer Asser-Van Velten, Goederenrecht III, 2003, nr. 284 en 224.

<sup>58</sup> Vergelijk onder meer M.P. van Achterberg, Overgang van vorderingen en schulden en de gevolgen voor gevestigde (bank)zekerheden, WPNR 6133 en 6134 (1994), p. 295-298 en p. 311-314; J.B.M. Vranken, Roestplekken in de literatuur over bankhypotheken, in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), Yin-Yang (Van Mourik-bundel), 2000, p. 429-434, telkens met veel bronvermeldingen.



de advocatuur<sup>59</sup> op deze manier levert aan de rechtsontwikkeling, is in Nederland nog nooit systematisch onderzocht.<sup>60</sup> Ik denk dat ze wordt onderschat. Uit eigen waarneming in cassatie weet ik dat het zeker niet alleen louter financiële belangen van vermogende cliënten zijn die hierbij de drijfveer vormen, maar meer dan eens oprechte bewogenheid met mensen die het slecht hebben getroffen. Zo is de huidige bescherming van jeugdigen in en buiten het verkeer mede tot stand gebracht doordat toegevoegde cassatieadvocaten verbijsterd en verontwaardigd waren over beslissingen van hoven over schuld van volwassenen jegens een jongen van negen jaar en over eigen schuld van kleuters van drie of vier jaar. Ik noem in dit verband met respect mr. W. Blackstone en mr. S.K. Martens, de latere President van de Hoge Raad. Beiden zijn dwars door de muur gegaan van de toenmalige<sup>61</sup> vaste rechtspraak die beslissingen over (eigen) schuld als overwegend feitelijk en dus in cassatie als niet of nauwelijks aantastbaar bestempelde. De manier waarop Martens de Hoge Raad heeft weten te overtuigen, is geboekstaafd in het tijdschrift *Verkeersrecht* dat zijn pleitnota in de zaak van Jan de Waard uit 1971 heeft gepubliceerd.<sup>62</sup> Ik citeer de bewondering van annotator G.J. Scholten: “Zelden zag ik een zo voortreffelijke pleitnota als die van de aan eiser toegevoegde advocaat. Voor een cassatiepleitnota is zij ongewoon, namelijk in hoge mate feitelijk; zo voortreffelijk echter, dat wie haar gelezen heeft, zich gedwongen voelt te zoeken hoe in deze zaak vernietiging kan worden bereikt.” In de feiten ligt het recht. Paul Scholten, de vader van de annotator, had het al eerder gezegd, maar de kunst is om de feiten te verzamelen en tot spreken te brengen.<sup>63</sup>

---

<sup>59</sup> Meer in het algemeen over de invloed van juristen op rechtspraak, het interessante boek van Neil Duxbury, *Jurists & Judges. An Essay on Influence*, 2001 die dit onderzoekt voor Engeland, Frankrijk en de Verenigde Staten.

<sup>60</sup> 2000 Weken rechtspraak (Wijckerheld Bisdom-bundel), 1978 bevat de enige, mij bekende poging in die richting. Het onderzoek is evenwel niet systematisch opgezet. Het is beperkt tot de bijdrage aan de rechtsontwikkeling van de advocatuur in cassatie en dat nog slechts van één advocaat.

<sup>61</sup> HR 26 maart 1971, NJ 1971, 262 (Jan De Waard/v.o.f. De Waard); HR 30 juni 1978, NJ 1978, 635 (Ebele Dillema I) en HR 25 september 1981, NJ 1982, 254 (Martin Smit). De eerste zaak is gevoerd door mr. Martens, de beide andere door mr. Blackstone. Zie voor het huidige beschermingsniveau bijvoorbeeld HR 17 november 2000, NJ 2001, 260 (FBTO/Delta Lloyd) en HR 4 mei 2001, NJ 2002, 214 (Chan-a-Hung/Maalsté). In beide arresten zet de Hoge Raad de verschillende elementen van deze bescherming puntsgewijs uiteenzet. Het arrest van NJ 2001, 260 betrof een bijna identiek geval als NJ 1971, 262 (Jan de Waard/v.o.f. De Waard): een kind op de fiets wordt op een smalle weg zonder fietspad rakelings gepasseerd door een zware vrachtauto waarna het kind gaat slingeren, valt en door de vrachtauto wordt geraakt.

<sup>62</sup> *Verkeersrecht* 1971, p. 272-282, met in de bijlagen veel gegevens over buitenlands recht en psychologisch en statistisch materiaal over (jeugdige) fietsers in het verkeer.

<sup>63</sup> In de zaak van Martin Smit, de achteruit rijdende mobiele laadschop die Martin (een kleuter van drie jaar) ernstig verwondde, heeft mr. Blackstone zoveel feitelijk materiaal toegevoegd dat het dossier in cassatie, vergeleken met het hof, verviervoudigd was. Alles was uitgezocht: welk weer het was, hoeveel huizen van de nieuwbouw al klaar en bewoond waren, welk deel bestraat was en welk deel niet, hoe veel kleine kinderen er woonden, waar ze speelden (ongeveer 10 meter van de laadschop), het ontbreken van hekken rondom het terrein waar gewerkt werd, hoe de laadschop werd gebruikt, hoe vaak per dag, hoeveel ongevallen er al mee waren gebeurd enz. enz. Het sterkste wapenfeit was de ontdekking van het handboek machinist laadschop. In het handboek werd gewaarschuwd voor een

De advocatuur draagt ook een belangrijke, maar eveneens nog onvoldoende in kaart gebrachte, steen bij aan de rechtsontwikkeling door het opstellen van regelingen, overeenkomsten of algemene voorwaarden op terreinen die nog betrekkelijk nieuw zijn. Vaak leidt dit tot “kantoormodellen” die, indien maar vaak genoeg gebruikt en getest, kunnen uitgroeien tot, dan wel de basis kunnen vormen voor algemeen aanvaarde private regelingen in een bepaalde branche. Bijvoorbeeld lijkt hiervan sprake te zijn in de financieringspraktijk, het effectenverkeer, en in sectoren als telecommunicatie, franchising, ICT, en energie. Mede als gevolg van de razendsnelle ontwikkelingen en het internationale karakter ervan, kan de (internationale) wetgever het op deze terreinen niet bijbenen en moeten betrokkenen het noodgedwongen zelf zien proberen te klaren. De hulp van advocaten is hierbij meestal onontbeerlijk.

Soms is sprake van rechtsontwikkeling in de praktijk doordat deze zich soepeler opstelt dan wat rechtens geldt. Ook dan hoeft niet meer met lemen voeten gesprongen te worden. Verzekeringsmaatschappijen bijvoorbeeld keren een enkele keer uit in gevallen waarin ze daartoe juridisch niet gehouden zijn. Onder meer doen ze dit bij affectieschade, schade die iemand lijdt doordat hij geconfronteerd wordt met het overlijden of ernstig gewond raken van een naaste. Een voorbeeld is het geval van een kind dat door de fout van een ander verlamd raakt en zijn leven lang intensieve verzorging zal behoeven. Voor de ouders, broers en zusters is dit een schok die hun leven psychisch en fysiek totaal kan ontwrichten. De rechtspraak wijst met een beroep op het geldende systeem vergoeding van affectieschade af, maar verzekeraars betalen geheel vrijwillig soms toch kleine bedragen om kosten die te maken hebben met de nauwe familieband te dekken.<sup>64</sup> Het is een teken dat de rechtsovertuiging op dit punt aan het kantelen is en dat nieuwe argumenten het bestaande systeem beginnen binnen te dringen. Inmiddels heeft ook de wetgever het signaal opgepikt en is met een voorstel van wet gekomen tot vergoeding van affectieschade voor een kleine kring van betrokkenen. De bedragen zijn (vooralsnog) betrekkelijk gering en forfaitair. Het voorstel heeft veel kritiek gekregen, omdat het de problematiek van schadevergoeding voor degenen die door fouten van anderen met zorgtaken en soms met peilloos verdriet om hun overleden of gewonde naasten worden opgezadeld, niet breed genoeg aanpakt.<sup>65</sup>

---

grote dode hoek bij het achteruitrijden van de laadschop van het type dat Martin Smit overreden had. Er stond bij dat in de nieuwere typen juist op dat punt het nodige was verbeterd.

<sup>64</sup> Dit doen ze al geruime tijd. Zie het Rapport van de Verbondscommissie schaderegelingsbeleid 1983, *Verkeersrecht* 1984, p. 231 (aanbeveling 7.5) en G.R.J. de Groot, *Schaderegeling bij verkeersongevallen*, 1979, p. 92-94.

<sup>65</sup> Over het onderwerp C.E. du Perron, *Genoegdoening in het civiele aansprakelijkheidsrecht*, preadvies NJV 2003-1, nr. 41-57, waarin tevens verwijzingen naar de relevante rechtspraak (met name HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240 - Kindertaxiarrest) en literatuur, waaraan toe te voegen I. Giesen, *Baby Joost* (HR 8 september 2000, NJ 2000, 734 nt. ARB), in: J.B.M. Vranken en I. Giesen (red.), a.w. (nt. 26), p. 18-22, en de bundel Gerrit van Maanen (red.), *De rol van het aansprakelijkheidsrecht bij de verwerking van persoonlijk leed*, 2003. Het voorstel van wet is te vinden

## 2.6 *Durfals*

“Applying the past to solve problems of present and future” verschilt enigermate per beroepsgroep en per activiteit. Ook de persoonlijkheid en taakopvatting van juristen zorgen voor verschillen. Er zijn nu eenmaal “durfals” die niet schromen de beperkingen van het springen met lemen voeten bij hun beroepsuitoefening tot het uiterste te tarten. De twee genoemde cassatieadvocaten zijn er voorbeelden van. De rechterlijke macht kent eveneens dergelijke pioniers. In common law-landen zijn ze met naam en toenaam bekend. Ik noem, volstrekt willekeurig, Benjamin N. Cardozo, William O. Douglas en Lord Denning. Ieder voor zich hebben ze grenzen verlegd. In Nederland refereert men niet graag aan de invloed van individuele rechters. Liever verwijst men naar presidentschappen of perioden. Zo wordt het laatste kwart van de vorige eeuw, beginnend met het presidentschap van mr. Dubbink, aangemerkt als een periode van grote verandering.<sup>66</sup> Gesproken wordt over een verschuiving in de rechtspraak van toepassing naar belangenafweging.<sup>67</sup> Men kan ook zeggen dat sedertdien regels meer naar de kern zijn genomen.<sup>68</sup> Het gaat niet om wat regels gelet op tekst, wetsgeschiedenis, systeem en strekking in abstracto inhouden<sup>69</sup>, maar om wat ze dienen te betekenen - ik benadruk het normatieve - in verbinding met de concrete omstandigheden van het geval. Hiertoe behoren in ieder geval de onderlinge verhouding van de betrokken partijen, hun belangen, de individuele en maatschappelijke behoeften, achterliggende beginselen, en de (economische) consequenties van een te nemen beslissing. De verbinding met deze factoren wordt meteen vanaf het begin van het beoordelingsproces gelegd en niet pas achteraf bij wijze van correctie, precisering of aanvulling van de in abstracto gevonden norm.

Ontegenzeggelijk biedt deze wijze van rechtspreken openingen voor een actualisering en herijking van de normen uit het verleden. De openingen zijn en worden ook benut. Met enige regelmaat worden uitspraken gepubliceerd waarin de Hoge Raad een eerdere beslissing of zijn eerdere uitleg van een rechtsregel al of niet openlijk heroverweegt en soms terugneemt.

---

in Kamerstukken 28 781.

<sup>66</sup> In het bijzonder J. van Schellen, *Wat doet de Hoge Raad?*, 1980 heeft de invloed van Dubbink achter deze ontwikkeling benadrukt, overigens zeer tegen de zin van Dubbink, want rechtspraak in Nederland is collegiaal en anoniem. In twee andere redes, *achtereenvolgens Wat heeft cassatie ons te bieden?*, 1981, en *Wat leert de Hoge Raad?*, 1983 is hij voorzichtiger.

<sup>67</sup> Ook H.C.F. Schoordijk meent dat onder het presidentschap van Dubbink de Hoge Raad nog meer feitengevoelig en nog minder dogmatisch is geworden dan voordien. Zie zijn bijdrage aan de bundel t.g.v. het 150-jarig bestaan van de Hoge Raad, *De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel*, 1988, p. 3-63. Over het, veel minder sprekende, presidentschap van Jan Donner van 1946 tot 1961 schrijft Job de Ruiter, a.w. (nt. 48), p. 237-262.

<sup>68</sup> Naar de bekende typering van Th. ten Kate in zijn artikel *Procesregels naar de kern genomen*, verschenen in de *Haardt-bundel* onder redactie van W.H. Heemskerk e.a., *Een goede procesorde*, 1983, p. 71-82.

<sup>69</sup> Voor precedenten geldt in wezen hetzelfde: de abstracte ratio decidendi is niet beslissend.

Getoetst wordt - niet altijd even duidelijk overigens - aan nieuwe ontwikkelingen, aan mensenrechten, gebleken behoeften, onvoorziene effecten en veranderde maatschappelijke verhoudingen. Hedendaagse inzichten en overtuigingen, die de in het verleden gemaakte keuzen ter discussie stellen of ronduit onwenselijk achten, spelen bij deze wijze van rechtspreken een grotere rol dan ooit.<sup>70</sup>

### 2.7 *The dragon out of his cave*

Toch mag deze ontwikkeling er niet toe verleiden te concluderen dat de oriëntatie van de jurist niet meer overwegend historisch is. In de overgrote meerderheid van de gevallen is dat namelijk wèl het geval. Nog steeds gaat een jurist aan wie een geval of probleem wordt voorgelegd op zoek naar relevante rechtsregels en precedënten. Hij gaat, met andere woorden, terug naar het verleden en naar de daarin aangereikte oplossingen. De oplossingen zijn voor hem niet slechts een bron van informatie, maar een reden, een rechtvaardiging zelfs, om zijn geval of probleem op soortgelijke wijze te beslissen. Alleen als er iets wringt aan de rechtsregel of het precedent, kan hij er zich niet mee tevreden stellen. Toch zoekt hij ook dan vooral naar aanknopingspunten en een nieuwe inbedding in het systeem.<sup>71</sup> Meer dan eens neemt hij hierbij factoren in aanmerking die, voorzichtig uitgedrukt, niet zonder meer behoren tot de door de rechtsregel of het precedent ontsloten en binnen het bestaande systeem al (ond)erkende gezichtspunten. Dergelijke, vaak rechtspolitieke of beleidsmatige, factoren worden evenwel vrijwel altijd vermomd als interpretatie, want dat is wat gebeurt. In het burgerlijk recht wordt in overwegende mate geargumenteed alsof sprake is van een uitleg van rechtsregels, precedënten en overeenkomsten.<sup>72</sup> Vernieuwingen

---

<sup>70</sup> Het nieuwe van deze benadering volgt uit een vergelijking met de indringende schets die H.R. Hoetink - degene die in Nederland het diepst heeft nagedacht over methodologische aspecten van recht als historisch verschijnsel - heeft gegeven van de wijze van rechtspreken tot het midden van de vorige eeuw. Zie zijn rectorale rede over Historische rechtsbeschouwing, 1949, opgenomen in Ankum e.a. (red.), H.R. Hoetink. Rechtsgeleerde opstellen, 1982, p. 244-273. De bundel bevat nog andere interessante bijdragen over dit onderwerp, zoals Het begrip feit in geschiedenis en rechtswetenschap, en: Komt aan de historische ontwikkeling een normatieve betekenis toe voor het proces van rechtsvorming?, a.w., 1982, p. 297-306 en p. 307-324. Hoetink legde meer dan anderen verbindingen met de algemene geschiedwetenschap en de methodologische ontwikkelingen daarin. Ten onrechte heeft hij geen plaats gekregen in de eregalerij van de zestig meest vooraanstaande juristen van vóór 1975: Th. Veen en P. Kop (red.), Zestig juristen. Bijdragen tot een beeld van de geschiedenis der Nederlandse rechtswetenschap, 1987.

<sup>71</sup> Over de kracht van het systeemdenken en de invloed daarvan op een altijd ietwat deductieve wijze van argumenteren, kom ik nog te spreken. Systeemdenken heeft te maken met de eis van veralgemening van oplossingen opdat gelijke gevallen gelijk behandeld kunnen worden. Welke soort argumenten men ook hanteert, de noodzaak tot systematiseren is er altijd, tenzij men zich volledig beperkt tot wat in ieder afzonderlijk de geval beste oplossing is, maar dan is men niet meer met recht bezig.

<sup>72</sup> Interessant is wat B. van Roermund onder meer met een verwijzing naar Wittgenstein over het volgen van regels schrijft in zijn boek Het verdwijnpunt van de wet, 1997: regels geven niet aan wat de volgende stap is. Beslissingen op basis van regels voegen steeds iets nieuws toe, maar het nieuwe volgt niet uit de regel, maar uit de beslissing. Anders gezegd: een regel biedt wel houvast, maar zegt

gaan daardoor in het algemeen zoals Kronman al zei: “slowly and by small degrees”. Een open debat over wat in de huidige tijd het beste argument of de beste aanpak, benadering of oplossing is, en of deze inpasbaar is of ingepast zou kunnen of moeten worden in het systeem, wordt niet of nauwelijks gevoerd, in de rechtspraak niet en in de literatuur in het algemeen evenmin. De jurist blijft met lemen voeten springen van verleden naar heden. De leem is tegenwoordig alleen iets minder zwaar geworden.<sup>73</sup>

Deze praktijk staat ver af van wat Oliver Wendell Holmes al in 1897 wenste. Hij vergeleek de betekenis van het verleden in het recht met een draak<sup>74</sup> die de poort tot een rationele bestudering van het recht blokkeerde en dus zo snel mogelijk moest worden opgeruimd. “I look forward to a time when the part played by history in the explanation of dogma shall be very small, and instead of ingenious research we shall spend our energy on a study of the ends sought to be attained and the reasons for desiring them”.<sup>75</sup>

---

niets over zijn wijze van toepassen/uitleggen. Op dit laatste komt het aan. Ik ben dat zeer met hem eens. Over de gevolgen hiervan voor de codificatiegedachte, vergelijk W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken, m.m.v. I.N. Tzankova, a.w. (nt. 37), hoofdstuk 12 (p. 247-261).

<sup>73</sup> Ook het procesrecht is op deze leest geschoeid.

<sup>74</sup> Vergelijk dit met de demon van J.B. Charles in *Volg het spoor terug*, a.w. (nt. 33).

<sup>75</sup> Geciteerd door Morton J. Horwitz, *The Transformation of American Law 1870-1960*, 1992, p. 141 uit *Holmes' The Path of Law*, 1897. Opvallend is dat Holmes in *The Common Law* van 1881 nog de opvatting huldigde dat de historische benadering verenigbaar was met de, wat ik maar noem, teleologische (dezelfde positie die volgens H.R. Hoetink in zijn hierboven vermelde rede in Nederland vanaf het eerste kwart van de vorige eeuw en met name na WO II steeds meer in zwang kwam).

## HOOFDSTUK 3 VERHULLEND ARGUMENTEREN

### 3.1 Enkele voorbeelden

In het burgerlijk recht worden oplossingen van casus en problemen veelal gepresenteerd als het resultaat van uitleg van rechtsregels, precedenten en overeenkomsten, schreef ik in het vorige hoofdstuk. Ik voegde eraan toe dat het ook gebeurt in gevallen waarin (over)duidelijk andersoortige overwegingen doorslaggevend of belangrijker zijn.<sup>76</sup> De jurist klampt zich kennelijk met graagte vast aan de overeenkomst of aan de toepasselijk geachte rechtsregel of precedent en gaat daarmee aan de slag. Hij denkt en argumenteert meteen in juridische categorieën in plaats van als uitgangspunt te nemen de vraag: waar gaat het eigenlijk om?

Vaak is dit niet bezwaarlijk, omdat er niets bijzonders aan de hand is. Wanneer men dan kan teruggrijpen op algemeen erkende categorieën waarvan iedere jurist weet wat ermee bedoeld wordt, leidt dat alleen maar tot een vereenvoudiging van het debat. Het is niet nodig in iedere zaak het wiel geheel opnieuw uit te vinden. Sterker nog, het zou zelfs niet goed zijn als het wel zou moeten gebeuren, omdat het zou betekenen dat de voorspellende waarde van rechtsregels en precedenten nagenoeg nihil is. Men zou steeds opnieuw moeten wachten totdat de rechter uitspraak heeft gedaan om te weten of men het beoogde resultaat bereikt heeft. Een dergelijk stelsel veroordeelt zichzelf.<sup>77</sup> Er wordt nu al veel, en zeker niet altijd ten onrechte, geklaagd dat regels en precedenten te weinig precies zijn om betrokkenen werkelijk hulp te bieden bij het vormgeven van hun rechtsbetrekkingen of het oplossen van hun problemen. Er is geen enkele reden deze klacht nog nieuw voedsel te geven ook. Integendeel. Meer precisie is gewenst, zij het dat men hierbij niet mag doorslaan naar de andere kant. Degene die bijvoorbeeld meent dat sprake moet zijn van volledig transparante, voor ieder concreet geval passende regels of precedenten, dient te beseffen dat dit ideaal, zo al bereikbaar, allerminst nastrevenswaardig is. Het leidt tot een ondoordringbaar woud van gedetailleerdheid<sup>78</sup> en een vèrgaande verstarring. Daar is niemand mee gediend. Kortom, zolang juridische categorieën in het concrete geval niet

---

<sup>76</sup> Zie voor eenzelfde typering van de Franse rechtspraak, Eva Steiner, a.w. (nt. 41), p. 164: "French judges are known to reach their decisions relying only on 'legal' arguments (*arguments juridiques*), as opposed to policy arguments (*arguments d'opportunité*). *Arguments juridiques* mean that they justify their decisions solely by showing how the solution they have adopted fits within the prescription of the law, and this is the case even when code provisions and principles do not provide a clear answer to the case before them." (laatste curs. toegevoegd, JBMV)

<sup>77</sup> In feite betekent het dat rechterlijke uitspraken geen meerwaarde, geen precedentwerking meer hebben. Recht is dan de optelsom van de beslissingen in concrete gevallen. Dat is een denaturering van de aanspraak dat recht gericht is op veralgemening, herhaalbaarheid, gelijkheid in gelijke gevallen. In de beschreven zienswijze wordt de casuïstiek tot norm verheven.

<sup>78</sup> Een afschrikwekkend voorbeeld bieden J. de Mot en G. de Geest, De toekomst van het Europees privaatrecht na het Groenboek, NJB 2002, p. 881-890 die geen bezwaar hebben tegen een wetboek voor het Europese civiele recht met vele honderdduizenden artikelen.

geproblematiseerd hoeven te worden<sup>79</sup>, is het verstandig ze te gebruiken. Ook al vormen zij voor niet-juristen wellicht geheimtaal, er is geen sprake van verhullend argumenteren als bedoeld in dit hoofdstuk.

Dit is anders in situaties waarin iets nieuws aan de hand is. Dan leidt de ingesleten houding om oplossingen te presenteren als het resultaat van uitleg van rechtsregels, precedentes en overeenkomsten vaak tot ingewikkelde of nietszeggende redeneringen. Ik durf de stelling wel aan dat hoe ingewikkelder of nietszeggender men te werk gaat, hoe waarschijnlijker het is dat het echte argumentatieniveau zich elders bevindt. Ik licht dit met enkele voorbeelden toe.<sup>80</sup>

### 3.2 *Johanna*

Sprekend is het arrest inzake Johanna, het elfjarig meisje dat door fouten van haar school ernstige brandwonden opliep.<sup>81</sup> Wanneer zij niet in het ziekenhuis was voor een van de zeer vele behandelingen of operaties, werd zij door haar ouders thuis verzorgd. De ouders slaagden erin dit voor een groot deel in hun vrije tijd te doen. Hebben ze recht op vergoeding voor de in die jaren opgeofferde vrije tijd of kan de aangesprokene stellen dat ouders verplicht zijn hun kinderen te verzorgen en dat ze dat altijd in hun vrije tijd doen? Over verlies van vrije tijd als schadepost is veel interessants te zeggen. Er zijn inhoudelijke argumenten pro en contra, zoals de conclusie van advocaat-generaal Spier laat zien. In de uitspraak van de Hoge Raad vindt men hiervan evenwel niets terug. De Hoge Raad schiet meteen in het spoor van het in dit geval nog toepasselijke regel van art. 1407 BW (oud) en de daarop betrekking hebbende precedentes. De regel houdt in dat bij letsel in beginsel<sup>82</sup> alleen de schade van het slachtoffer zelf voor vergoeding in aanmerking komt. Daarmee brengt de Hoge Raad de problematiek terug tot de technisch-juridische vraag of de door de ouders aan de verpleging en verzorging van het kind bestede tijd wel schade van het kind is. Ja, luidt zijn antwoord, en hij hanteert daarbij een redenering met een drievoudige abstractie. Hij vertrekt vanuit de in eerdere rechtspraak neergelegde regel dat degene die aansprakelijk is voor

---

<sup>79</sup> Ik zeg uitdrukkelijk: “niet hoeven te problematiseren.” Alvorens deze conclusie te kunnen trekken, is soms een nader onderzoek nodig, waarbij expliciet wordt getoetst of de bestaande regel inmiddels niet achterhaald is door nieuwe ontwikkelingen of gewijzigde inzichten. HR 28 mei 1999, NJ 2000, 220 (Heep/Heep) is hiervan een fraai voorbeeld. In de conclusies van het parket bij de Hoge Raad geschiedt deze toets bijna standaard. Interessant in dit verband is ook de situatie in België en Frankrijk waar het lagere rechterlijke colleges verboden hun beslissingen te baseren op uitspraken van het Hof van Cassatie resp. de Cour de Cassation.

<sup>80</sup> Verhullend is ook het veelvuldig gebruik van constructies in het recht. Ik besteed daar niet afzonderlijk aandacht aan.

<sup>81</sup> HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564 (Johanna).

<sup>82</sup> Omdat art. 1407 BW (oud) als te knellend werd ervaren, zijn in de rechtspraak soms kosten die ten behoeve van het slachtoffer door derden waren gemaakt, op vordering van het slachtoffer als zijn eigen schade toegewezen. In art. 6:107 en 107a BW zijn thans op beperkte schaal derden als zelfstandig gerechtigden erkend.

letselschade, de gewonde in staat moet stellen zich van de noodzakelijk verpleging en verzorging te voorzien. Vervolgens buigt hij de regel in één ogenschijnlijk vloeiende beweging toe naar het geval van Johanna, waarin (a) de ouders in natura de verzorging op zich nemen, terwijl verzorging en opvoeding hun wettelijke plicht is, (b) zij daarvoor geen aanspraak op een geldelijke vergoeding jegens hun dochter hebben en (c) zij bovendien geen inkomensschade lijden, omdat ze de verzorging in hun vrije tijd doen.<sup>83</sup> De Hoge Raad oordeelt dat in het concrete, bijzondere<sup>84</sup> geval van deze drie omstandigheden moet worden geabstraheerd en dat daarom Johanna de tijd die de ouders besteed hebben aan haar verzorging, als haar eigen schade kan vorderen (tot het bedrag van de bespaarde kosten aan professionele hulp). Enige inhoudelijke argumentatie voor de drievoudige abstractie geeft hij niet, behalve als men een verwijzing naar de redelijkheid als zodanig wil opvatten, maar dat lijkt mij niet. Annotator Bloembergen, misschien puttend uit eigen ervaring als raadsheer in de Hoge Raad, toont begrip voor “deze karige motivering”. Hij schrijft: “Vermoedelijk was het al moeilijk genoeg om tot een beslissing te komen; de motivering schiet er dan wel eens bij in. Bovendien is er een doorwrochte motivering te vinden in de conclusie van de A-G Spier.”<sup>85</sup> Ik geloof niet dat de motivering er om de redenen die Bloembergen noemt bij is ingeschoten. Ik denk dat de motivering welbewust is nagelaten, omdat zij zich te sterk bevond op het niveau van de wenselijkheid van het resultaat. De Hoge Raad heeft mijns inziens een rechtspolitieke keuze gemaakt die in hoge mate gedragen is door de gedachte dat een andere beslissing in de huidige tijd niet meer uit te leggen zou zijn geweest.<sup>86</sup> Maar dergelijke overwegingen omtrent “the ends sought to be attained” geven rechters in Nederland niet gemakkelijk in alle openheid toe, laat staan dat ze een poging wagen “the reasons for desiring them” toe te lichten.<sup>87</sup>

---

<sup>83</sup> Ten aanzien van een andere schadepost, het verlies van vakantiedagen van de ouders, onder meer om Johanna te begeleiden bij de vele, vele onderzoeken in ziekenhuizen of om haar te bezoeken als ze 200 kilometer van huis in een ziekenhuis lag, is de Hoge Raad, anders dan het hof en de advocaat-generaal, heel wat minder toeschietelijk en niet bereid tot een drievoudige abstractie. Het kost (mij) moeite dit verschil te verklaren. In de praktijk vergoeden verzekeringsmaatschappijen wel binnen bepaalde grenzen bezoekkosten van naaste familieleden.

<sup>84</sup> Hierin schuilt een belangrijke beperking. In HR 6 juni 2003, NJ 2003, 504 (Krüter-Van de Pol/Wilton-Feyenoord) vat de Hoge Raad in r.o. 3.3 zelf samen welk type geval het Johanna-arrest betrof: “Het ging om aansprakelijkheid voor ernstig letsel, waarvan het herstel niet alleen ziekenhuisopname en medische ingrepen vergde, maar ook intensieve en langdurige verpleging en verzorging thuis, en de ouders hebben op redelijke gronden zelf de voor genezing en herstel van het kind noodzakelijke verpleging en verzorging op zich genomen in plaats van deze taken aan professionele, voor hun diensten gehonoreerde hulpverleners toe te vertrouwen (rov. 3.3.2)”.

<sup>85</sup> In zijn noot onder het arrest in NJ 1999, 564, p. 3138, l.k.

<sup>86</sup> In deze zin overigens ook zowel de advocaat-generaal Spier (volgende noot) als annotator Bloembergen (p. 3140, l.k.).

<sup>87</sup> Oliver Wendell Holmes, slot vorige hoofdstuk. Advocaten-generaal voldoen soms beter aan wat Holmes wenste. Advocaat-generaal Leijten ging daarin voor. In het onderhavige geval is ook advocaat-generaal Spier heel open geweest. Hij heeft uitdrukkelijk en uitvoerig de vraag naar de wenselijkheid besproken. Zie zijn conclusie, nr. 3.22-3.32, waaruit ik nr. 3.25.1 citeer: “Het is in mijn ogen aan benadeelden niet uit te leggen waarom allerhande schadeposten voor vergoeding in



### 3.3 *Mevrouw Krüter*

Nauwelijks meer zicht op het echte argumentatieniveau van het Johanna-arrest biedt een latere uitspraak.<sup>88</sup> In dat geval was een asbestpatiënt, Krüter, de laatste zes weken van zijn leven thuis verzorgd door zijn echtgenote. Zij vorderde een vergoeding van f. 50,- voor elke dag dat zij dit gedaan had.<sup>89</sup> De vordering was gebaseerd op art. 6:107 BW, de opvolger van art. 1407 BW (oud). Anders dan naar oud recht geeft art. 6:107 BW sommige derden een eigen, zelfstandige aanspraak jegens de aansprakelijke. De omweg van het Johanna-arrest, waarin het kind vergoeding moest vragen van door haar ouders geleden schade, is niet meer nodig. Derden, zoals in casu mevrouw Krüter, hebben echter alleen een eigen aanspraak als het gaat om kosten die zij, anders dan krachtens een verzekering, ten behoeve van de gewonde hebben gemaakt en die deze laatste, zo hij ze zelf zou hebben gemaakt, van de aansprakelijke had kunnen vorderen. Daarvan was volgens de Hoge Raad bij mevrouw Krüter geen sprake, omdat het inschakelen van professionele hulp in gevallen als het hare niet normaal en gebruikelijk is.

Met dit laatste kan de Hoge Raad alleen het oog hebben op particuliere hulp, want op grond van met name de AWBZ bestaan aanspraken op onder meer thuiszorg (huishoudelijke hulp, verpleging gedurende een aantal uren per week), dagverzorging of nachtopvang in een verzorgingstehuis dan wel dagopvang in een verpleegtehuis. Bij het vaststellen welke hulp geïndiceerd is, speelt de gebruikelijke zorg die huisgenoten en familieleden kunnen bieden een rol. Ook de zogenaamde mantelzorg wordt meegewogen, dit is de zorg die partner, gezinsleden, familie, en vrienden hebben besloten te zullen verlenen en die naar aard en duur uitstijgt boven wat gebruikelijk is. Daarnaast is het beleid erop gericht mensen zo veel mogelijk in hun eigen omgeving te laten en daar te ondersteunen. Of dit het beste is dan wel, vanwege de beperkte beschikbare middelen, uit nood is geboren, laat ik in het midden. Het feit ligt er.

Het arrest van de Hoge Raad geeft geen uitsluitel over de vraag of mevrouw Krüter ook AWBZ-zorg heeft ontvangen en zo ja welke. Het is bekend dat als gevolg van capaciteitsproblemen en de vaak enorme bureaucratie niet altijd ondersteuning wordt ontvangen waar dat nodig is, dan wel dat de ondersteuning die men krijgt bescheiden of

---

aanmerking komen, waaronder luttele zaakschades, kabelschades, de kosten van het schrijven van een brief houdende aansprakelijkstelling, de kosten van bloemen voor het slachtoffer, renteneuroses en zoveel meer, terwijl in casu geen enkel vorderingsrecht zou bestaan.” Hij had ook nog kunnen noemen de vergoeding van de opvoedingskosten van een kerngezond kind dat geboren is als gevolg van een wrongful conception (HR 21 februari 1997, NJ 1999, 145).

<sup>88</sup> HR 6 juni 2003, NJ 2003, 504 (Krutër-Van de Pol/Wilton-Feyenoord).

<sup>89</sup> De immateriële schadevergoeding van f. 90.000,- voor Krüter en de overige materiële schade van mevrouw Krüter waren in cassatie niet meer aan de orde.

regelrecht onvoldoende is.<sup>90</sup> Toch lijkt enige hulp eerder regel dan uitzondering. De daarvoor verschuldigde eigen bijdrage kan als materiële schade bij de aansprakelijke gedeclareerd worden. De f. 50,- van mevrouw Krüter en de vergoeding die de ouders van Johanna vroegen, hebben daarop dan ook geen betrekking.

De vergoeding zullen zij ook niet gevraagd hebben om de vrije tijd die zij aan verzorging en verpleging van hun naasten hebben besteed, voor zichzelf economisch rendabel te maken. Ik denk veeleer dat zij op enigerlei wijze genoegdoening wilden voor de zware last die op hun schouders was gelegd door fouten van anderen. De last kan bestaan uit verdriet, maar ook (mede) uit het opgedrongen krijgen van zorgtaken. De behoefte aan genoegdoening is in de huidige tijd groeiende, maar het geldende systeem biedt weinig openingen om hieraan tegemoet te komen, te weinig volgens velen. Pas langzaam worden de grenzen wat opgerekt, maar het blijft behelpen. “Gewoon” verdriet, hoe ernstig ook, is nog steeds onvoldoende. Vereist is een shock die leidt tot een psychiatrisch erkend ziektebeeld.<sup>91</sup> Opgedrongen zorgtaken moeten dermate omvangrijk en intensief zijn dat het normaal en gebruikelijk is daarvoor professionele hulp in te roepen. Voor de ouders van Johanna viel deze laatste toets positief uit, voor mevrouw Krüter niet. Wanneer het wetsvoorstel affectieschade<sup>92</sup> wordt aanvaard, komt er nog een tegemoetkoming bij in de vorm van een vast bedrag aan immateriële schadevergoeding voor naaste verwanten van gewonden en overledenen. Hoewel nu al vaststaat dat de regeling tot nieuwe onevenwichtigheden zal leiden, sluit ik niet uit dat na aanvaarding van het wetsvoorstel in een geval als dat van mevrouw Krüter geen behoefte meer zal bestaan om - moeizaam zoekend in het bestaande, beperkte systeem - een vordering te construeren teneinde de aansprakelijke duidelijk te maken dat zijn fout niet alleen tot de dood van Krüter heeft geleid<sup>93</sup>, maar ook het leven van diens echtgenote heeft verwoest of diepgaand overhoop heeft gehaald.

### 3.4 *De echte argumenten*

Zoekend naar de echte argumenten van de Hoge Raad, denk ik dat de afwijzing van de vordering van mevrouw Krüter niet voortkomt uit een moreel oordeel over waartoe echtgenoten jegens elkaar gehouden zijn. Evenmin meen ik dat de uitspraak een miskennis inhoudt van het feit dat het fysiek en emotioneel uitputtend en soms te veel gevraagd kan

---

<sup>90</sup> Vergelijk o.m. het Zwartwitboek “Vastgelopen in de zorg”, te vinden op <http://www.opkopzorg.nl> (geraadpleegd op 14 juli 2003). Op deze site vindt men ook de per 1 april 2003 vernieuwde nieuwe AWBZ en het daarbij behorende Zorgindicatiebesluit, alsmede veel informatie over hoe de regeling wordt uitgevoerd.

<sup>91</sup> HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240 (Taxibus). Zie ook A.J. Verheij, Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon, diss. 2002, p. 115-187, waarin ook veel rechtsvergelijkende gegevens.

<sup>92</sup> Kamerstukken 28 781.

<sup>93</sup> Krüter was jarenlang welbewust blootgesteld aan de gevaren van asbest. Wilton-Feyenood heeft dit erkend en de aansprakelijkheid voor de gevolgen aanvaard.

zijn een doodzieke echtgenoot tot zijn overlijden te verzorgen. Ik vermoed dat andersoortige argumenten de boventoon hebben gevoerd. Eerst en vooral is dit volgens mij de vrees voor een vloedgolf aan claims van al degenen die ter ondersteuning van hun gewonde naasten of vrienden, meer hulp bieden dan waartoe zij volgens gangbare maatstaven gehouden zijn. Dat moet niet in de hand gewerkt worden. Op de achtergrond hiervan staat het debat over dejuridisering.<sup>94</sup> Voor zover hier van belang is het de onwenselijkheid om maatschappelijke ongenoegens, belangenconflicten en behoeften meteen te vertalen in juridische aanspraken op genoegdoening, bijvoorbeeld schadevergoeding.<sup>95</sup> De onwenselijkheid ligt op twee niveaus. Het eerste is heel praktisch: de torenhoge en op de duur wellicht onbetaalbare prijs die hieraan verbonden is voor iedereen die erbij is betrokken is.<sup>96</sup> Het tweede graaft dieper en verwijst naar de sociaal-culturele dimensie van juridisering.<sup>97</sup> Kort gezegd wordt hiermee bedoeld op het verschijnsel dat als gevolg van met name de voortgaande individualisering, privatisering, verzakelijking, secularisering, pluriformiteit en emancipatie - excuseer de vlakke opsomming<sup>98</sup> -, het onderlinge vertrouwen tussen burgers en hun solidariteit, onder druk zijn komen te staan. Dit verlies aan sociale cohesie - aan gemeenschapszin voor degenen die dergelijke termen niet besmet achten<sup>99</sup> -, moet op de een of andere manier worden

---

<sup>94</sup> Hierover onder meer het themanummer over Juridisering in het NJB 1997, p. 924-968 en in Justitiële verkenningen, 1997, p. 3-69; het kabinetsstandpunt Juridisering in het openbaar bestuur, Kamerstukken 26360 (1988-1999), met op p. 41-47 een overzicht van de discussie over juridisering tot dan toe. Vgl. ook de in noot 97 te noemen literatuur.

<sup>95</sup> In het bijzonder de zeer ruime opvatting over onrechtmatige daad in ons recht, maakt het mogelijk, neutraal gezegd, de opening naar de juridisering en naar de rechter te vinden. Zoals T. Koopmans opmerkte in zijn noot onder het arrest over de inzet van kernwapens (HR 21 december 2001, NJ 2002, 217), wordt "de actie uit onrechtmatige daad langzamerhand geschikt geacht om elk onopgelost maatschappelijk vraagstuk, ongeacht de aard ervan, aan het oordeel van de civiele rechter te onderwerpen." Interessant is de verschuiving die hiermee plaatsvindt in de arena van het debat. Als de politiek niet het gewenste resultaat oplevert, kan men op grond van een onrechtmatige daad het debat voor de civiele rechter (of soms de strafrechter) heropenen. Denk aan Sebrenica, Pim Fortuyn, Enschede, en Volendam, de bouwfraude, en het optreden van de overheid gedurende de varkens- en kippenpest. Over het onderwerp in brede zin ook C.E. du Perron, a.w. (nt. 65), nr. 41-57 en Gerrit van Maanen (red.), a.w. (nt. 65).

<sup>96</sup> Voor het aansprakelijkheidsrecht wordt dit met name door J. Spier voortdurend benadrukt, onder meer in zijn preadvies voor de NJV 1996 over De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, in zijn afscheidsrede in Tilburg over Een nieuwe dageraad voor het aansprakelijkheidsrecht?, 1999 en in zijn oratie in Maastricht over Rampscenario's, 2002. Empirische gegevens waaruit zou blijken dat de vrees werkelijkheid wordt (of al is), ontbreken.

<sup>97</sup> Ik baseer mij hierbij met name op de sociologen C.J.M. Schuyt, Bronnen van juridisering en hun confluentie, NJB 1997, p. 925-930 en A.C. Zijderveld, Maatschappelijke juridisering, AA 1999, p. 634-638. Zij vinden de beperking in de juridische literatuur tot juridisering in de verhouding burger en openbaar bestuur, niet juist. Vergelijk ook het rapport van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, De toekomst van de nationale rechtsstaat, 2002, hoofdstukken 4 (Individualisering, burgerschap en rechtsstaat) en 5 (De veranderingen in de civil society).

<sup>98</sup> Ik besef dat ik hier ongelijke grootheden naast elkaar plaats, maar het voert te ver al deze factoren precies uit te werken en onderling af te bakenen. Het gaat erom een idee van de achtergrond te geven. Meer hierover, met verdere verwijzingen, in de literatuur, vermeld in de vorige noot.

<sup>99</sup> In de huidige tijd is deze term politiek niet meer correct, lijkt het. Met gemeenschapszin doel ik op de erkenning van het belang van persoonlijke, langdurige relaties en sociale contacten in bepaalde, meestal kleinere verbanden (familie, buurt, school, bedrijf, woonplaats, verenigingsleven) waar men op elkaar aan kan en men elkaar helpt als dat nodig is.

gecompenseerd. De weg die men daarbij is ingeslagen en waartegen de dejuridisering zich keert, is die van de vlucht in juridische posities. Dit wil zeggen dat men bescherming zoekt in wettelijke kaders, normeringen, procedures en rechterlijke beslissingen. In het algemeen creëren die geen betrokkenheid tussen burgers. Integendeel. Wanneer in een samenleving de leden elkaar bij het minste of geringste bestoken met juridische claims en met een “see you in court”, wordt de aandacht ten onrechte gericht op de ander en op wat die moet doen, terwijl juist meer nadruk gelegd zou moeten worden op de eigen verantwoordelijkheid en de bereidheid elkaar te helpen.

Geplaatst tegen deze achtergrond ging het in Johanna en Krüter om de vraag hoe de kennelijke, groeiende behoefte in de maatschappij aan enige vorm van genoegdoening voor naaste verwanten van gewonden die door fouten van anderen zware zorgtaken krijgen opgedrongen, dient te worden afgewogen tegen de op een algemener niveau gelegen belangen van dejurisering. En ook: is de rechtszaal de meest geschikte arena voor een debat hierover? De materie is in beweging en heeft inmiddels de aandacht van de wetgever getrokken. Die kan in beginsel de problematiek op een meer structurele manier aanpakken dan de Hoge Raad.<sup>100</sup> De Hoge Raad heeft de zaken niet zelf voor het uitzoeken. Ook op de volgorde waarin de zaken aan hem worden voorgelegd, heeft hij geen invloed. Hij moet hopen van de ene casus naar de andere en maar hopen dat de zaken die hem bereiken de gelegenheid bieden de problematiek voldoende breed en in de kern aan te pakken. In zo'n situatie wordt het in het algemeen verstandiger gevonden als hij de wetgever niet voor de voeten loopt met uitspraken die wellicht onvermoede gevolgen hebben, dan wel een richting inslaan die deze uiteindelijk niet zal kiezen. Alleen in extreme gevallen kan de Hoge Raad dan nog iets doen. Dat is dan ook wat de afgelopen paar jaar gebeurd is. Ik refereer aan de gevallen van de man die zijn zoontje vermoordde om te verhinderen dat het na echtscheiding aan de vrouw zou worden toegewezen, aan de moeder die haar net dodelijk verongelukte kind van de straat moest oprapen (Taxibus), aan Johanna, en aan de comateuze patiënt die in een moment van helderheid immateriële schadevergoeding vorderde.<sup>101</sup> Helaas heeft de Hoge Raad het laten afweten in het geval van Joost, een baby van enkele maanden die door een medische fout een menselijk wrak werd en wiens ouders besloten de levenslange zorg zelf op zich te nemen.<sup>102</sup>

Aan deze gevallen gemeten, is het lot dat mevrouw Krüter door toedoen van Wilton-Feyenoord getroffen heeft niet zo extreem dat ook daar ingrijpen door de Hoge Raad

---

<sup>100</sup> Al lijkt het er niet op dat dit gebeurt. Het wetsvoorstel affectieschade (Kamerstukken 28 871) getuigt als eerder gezegd niet van een brede heroriëntatie op de problematiek.

<sup>101</sup> Achtereenvolgens HR 26 oktober 2001, NJ 2002, 216 (opzettelijke doodslag); HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240 (Taxibus); HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564 (Johanna) en HR 20 september 2002, RvdW 2002, 142 (comateuze patiënt).

<sup>102</sup> HR 8 september 2000, NJ 2000, 734 (Baby Joost).

geboden was, hoe zeer men ook met haar kan meevoelen en begrip hebben voor de zware taak die ze heeft moeten dragen en waar ze niet om gevraagd heeft. Hoewel? Wat zou de Hoge Raad hebben beslist indien mevrouw Krüter wèl particuliere, professionele hulp had ingeroepen, bijvoorbeeld voor nachtopvang, omdat zij dat zelf absoluut niet aankon en AWBZ-zorg niet beschikbaar was. Indien zij dit voldoende aannemelijk zou hebben gemaakt, zou de Hoge Raad haar dan vergoeding van die kosten onthouden hebben met het argument dat in haar omstandigheden hulp niet normaal en gebruikelijk is? Ik ben er vrij zeker van dat de kosten als directe materiële schade van Krüter zouden zijn aangemerkt en vergoed. Ook wanneer Krüter op grond van een verzekering aanspraak had kunnen maken op particuliere, professionele hulp, zou de verzekeringsmaatschappij zonder twijfel de kosten op Wilton-Feyenoord hebben kunnen verhalen. Dit wijst erop dat het criterium van de Hoge Raad dat het inroepen van professionele hulp normaal en gebruikelijk moet zijn, niet juist is.<sup>103</sup>

### 3.5 *De weerspannige, vierjarige ruïn*

In de arresten van Johanna en Krüter valt meteen bij eerste lezing op dat de echte argumenten niet genoemd zijn. Andere keren is het minder evident en wordt het pas zichtbaar bij nadere doordinking of studie. Met name stijlfiguren als aard en strekking van regels of overeenkomsten, verkeersopvattingen en redelijkheid en billijkheid lenen zich bij uitstek voor verhullend argumenteren.<sup>104</sup> Ze verdienen een forse dosis scepsis. Hun kracht is de suggestie, niet de precieze analyse en scherpe redenering. Bij mij gaan inmiddels alarmbellen rinkelen zodra ik ze lees of ze zelf wil gebruiken. Tegelijk moet ik vaststellen dat het soms moeite kost hun verleiding te weerstaan: ze klinken vertrouwd, bieden volop ruimte voor eigen gedachten, interpretaties en overtuigingen, en ik kan ze navoelen. Ik vrees echter dat dit vooral het gevolg is van mijn in de loop van de jaren door opleiding en ervaring gevormd denkkader.

Laat ik deze ambivalentie illustreren aan de hand van het arrest inzake de weerspannige vierjarige ruïn.<sup>105</sup> Scholten, vaste dierenarts voor het bedrijf van Donkers en gespecialiseerd in paarden, werd op zeker ogenblik door Donkers gevraagd zijn paarden in te enten tegen tetanus en influenza. Scholten had de dieren al vaker ingeënt en nooit problemen ontmoet. Deze keer echter ging het bij het vierde paard mis, hoewel Donkers uit voorzorg het

<sup>103</sup> Ook al omdat het zelden voorkomt dat mensen dit op particuliere basis doen, gewoon omdat het voor de meesten onbetaalbaar is. Veel beter zou zijn een redelijkheidstoets op de manier als voorgesteld door C.E. du Perron, a.w. (nt. 65), p. 136/137.

<sup>104</sup> Vergelijk ook de afscheidsrede van M.M. Mendel, Motiveren met: "de aard van de overeenkomst" en "de aard van de rechtsregel"?, 2003, die ervoor pleit dat de Hoge Raad en andere rechters wanneer zij op deze manier argumenteren, uitleggen wat zij bedoelen. Een enkele keer doen ze dat al, zoals Mendel laat zien, maar meestal niet.

<sup>105</sup> HR 27 april 2001, NJ 2002, 54 (Donkers/Scholten).

dier al de halster had aangedaan en Scholten, merkend dat het paard erg nerveus en gespannen was, eerst de neuspraam was gaan halen. Een neuspraam is een knijper die op de (uiterst gevoelige) neus van het paard wordt geplaatst als het onrustig is, waardoor het beter in toom kan worden gehouden. Op het moment dat Scholten, met de neuspraam in de linkerhand langs zijn lichaam hangend, de drempel van de stal bereikte, steigerde het paard en trapte hem. Scholten raakte zwaar gewond en werd uiteindelijk voor 75% arbeidsongeschikt verklaard. De reactie van het paard was totaal onverwacht, ook volgens de door de rechtbank aangewezen deskundige. Die oordeelde dat Scholten met een van een dierenarts, gespecialiseerd in paarden, te verwachten bekwaamheid en voorzichtigheid te werk was gegaan.

Wie draait voor de letselschade van Scholten op? De vraag is nieuw, in de zin dat het geval nog niet eerder aan de Hoge Raad is voorgelegd en ook geen duidelijke oplossing vindt in wet, overeenkomst of literatuur. Desondanks is het juridisch kader waarbinnen de oplossing moet worden gezocht, niet moeilijk. Aan de ene kant is er de mondelinge overeenkomst tussen Scholten en Donkers, die echter bij gebreke van een wettelijke regeling of van toepasselijke algemene voorwaarden<sup>106</sup>, slechts inhoudt dat Scholten tegen betaling de paarden inent. Aan de andere kant staat art. 6:179 BW, dat de bezitter van het paard in beginsel aansprakelijk stelt voor de door het dier aangerichte schade, ook als hem zelf geen enkele blaam treft.

De vraag is hoe art. 6:179 BW en de behandelingsovereenkomst op elkaar inwerken bij het toerekenen van het risico van letselschade. Ik formuleer de vraag met opzet zo open, omdat men al meteen voor de keuze staat waar te beginnen: met de aansprakelijkheid van Donkers ingevolge art. 6:179 BW, die dan kan worden opzijgezet door de overeenkomst, of omgekeerd? Dat is in de kern ook het nieuwe van de casus waarover de Hoge Raad moest beslissen. De Hoge Raad laat zich echter aan het nieuwe niet veel gelegen liggen. Zonder motivering gaat hij uit van art. 6:179 BW en oordeelt dat de behandelingsovereenkomst hieraan niet afdoet. Hij kleedt zijn beslissing in als uitleg van de overeenkomst en van de wet. Volgens hem brengen noch de aard en strekking van de overeenkomst, noch de verkeersopvattingen mee dat in een geval als het onderhavige de dierenarts het risico van letsel moet dragen. Donkers is aansprakelijk. Maar op welke aard en strekking van de overeenkomst hij het oog heeft en aan welke verkeersopvattingen hij refereert, maakt hij niet duidelijk. Daardoor blijft verborgen wat voor hem doorslaggevend is geweest.

---

<sup>106</sup> Dierenartsen hanteren geen algemene voorwaarden. Dit betekent dat overeenkomsten tussen dierenartsen en cliënten meestal niet meer inhouden dan de afspraak om tegen betaling zekere, al of niet specifiek omschreven, diergeneeskundige handelingen te verrichten. Ik vraag mij af of in de huidige tijd niet van beroepsbeoefenaren uit hoofde van een jegens hun cliënten in acht te nemen informatie- en zorgvuldigheidsplicht mag worden verlangd dat zij algemene voorwaarden hanteren, waarin allerlei regelingen over informatie, aansprakelijkheid, betaling, klachten, verzekering e.d. zijn opgenomen.

Elders heb ik een poging ondernomen wèl inzicht te verschaffen in het wat en waarom van de beslissing in dit geval. Ik heb daarbij de vorm van het arrest van de Hoge Raad behouden, maar inhoudelijk de uitspraak geheel herschreven. Daarbij heb ik zo open en inzichtelijk mogelijk de van belang zijnde gezichtspunten besproken en tegen elkaar afgewogen. Uiteindelijk kom ik tot een andere beslissing dan de Hoge Raad. Dat was niet wat ik beoogde en ik beschouw het ook niet als wezenlijk voor verhullend argumenteren dat een andere manier van argumenteren ook tot andere oplossingen moet leiden, maar nu het eenmaal zo is, voegt het aan de vergelijking van zijn en mijn arrest vanzelfsprekend wel iets extra's toe.<sup>107</sup>

### 3.6 *De uitspraak over de weerspannige, vierjarige ruin herschreven*

## HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

### Uitspraak

#### in de zaak van Donkers/Scholten

.....

1. Het geval dwingt de Hoge Raad tot het maken van een duidelijke keuze. Waar het op aankomt, is een gemotiveerde en beredeneerde afweging van de in aanmerking komende belangen om de aansprakelijkheid voor de letselschade van de dierenarts in de uitoefening van zijn beroep òfwel krachtens art. 6:179 BW in beginsel op de bezitter van het dier (Donkers) te leggen, òfwel in beginsel tot het contractuele beroepsrisico van de dierenarts (Scholten) te rekenen.
  
2. De Hoge Raad stelt voorop dat voor beide opvattingen verdedigbare argumenten zijn aan te voeren en dat de advocaten van partijen dit ook hebben gedaan. De Hoge Raad bespreekt beide opvattingen achtereenvolgens.

---

<sup>107</sup> J.B.M. Vranken , Het paard en de dierenarts (HR 27 april 2001, NJ 2002, 54), in: J.B.M. Vranken en I. Giesen (red.), a.w. (nt. 26), p. 31-40. Ik citeer hieruit niet letterlijk, omdat er ook allerlei organisatorische snufjes en voorstellen in verweven zijn die in het kader van het onderwerp "verhullend argumenteren" niet relevant zijn. Vergelijk de Inleiding in de bundel voor een uitleg over het waarom, wie, wat en hoe van het experiment. Het boek bevat nog twaalf andere herschreven uitspraken van de Hoge Raad. Vrijwel alle auteurs illustreren dat een minder verhullende manier van motiveren en redeneren zeer wel mogelijk is

3. De aansprakelijkheid uit hoofde van art. 6:179 BW voor de door het dier veroorzaakte schade vindt haar grondslag in de eigen energie van het dier en het onberekenbare element dat daarin ligt besloten. Vergelijk Parl. Gesch. Boek 6, p. 763 en HR 24 februari 1984, NJ 1984, 415 (Bardoel/Swinkels). Dat is precies wat in dit geval blijkt de door de rechtbank onderschreven mening van de deskundige aan de hand was: het paard ging totaal onverwacht “door het lint”.

4. Op zichzelf is het *in de verhouding tot derden* allerminst onredelijk om het risico dat een dier schade veroorzaakt, in beginsel voor rekening te laten van de bezitter. Wanneer deze het gedrag van het dier had behoren te voorkomen, spreekt dit voor zich, maar het gaat ook op als hij er, zoals Donkers, niets aan kon doen. Dit laatste is wat de wetgever in art. 6:179 BW heeft bepaald. De achtergrond ervan is, kort samengevat, dat iedereen weet dat dieren onberekenbaar zijn. Het risico dat ze schade veroorzaken, is dus altijd aanwezig. De bezitter heeft dit risico welbewust aanvaard, zo niet in het leven geroepen. Hij is ook degene die plezier van het dier heeft (bij huisdieren) of er de geldelijke voordelen van plukt (bij beroeps- of bedrijfsmatig ingezette dieren). Dat schept verantwoordelijkheden. Derden hebben er niet om gevraagd met de onberekenbare nukken en grillen van het dier geconfronteerd te worden, en al helemaal niet om, zonder dat ze er iets aan kunnen doen, schade te lijden of gewond te raken. In zo'n geval ligt aansprakelijkheid van de bezitter eerder in de rede dan dat de derde de schade moet accepteren als iets dat hem nu eenmaal kan overkomen.

5. Dit geldt in nog sterkere mate indien de bezitter zich op aanvaardbare voorwaarden tegen het risico van schade kan verzekeren. Een belangrijk winstpunt van deze risicoverdeling is dat de benadeelde vrijwel meteen weet wie hij moet aanspreken en dat hij, dit doende, geen moeizame discussie hoeft te voeren over de vraag of de bezitter het gedrag van het dier had kunnen of behoren te verhinderen.

6. Door middel van een vergelijking van de voorwaarden van de meest gebruikte aansprakelijkheidsverzekeringen heeft de Hoge Raad kunnen vaststellen dat sinds enige tijd Aansprakelijkheidsverzekeringen voor Particulieren de schade dekken die huisdieren aan derden berokkenen. De Aansprakelijkheidsverzekeringen voor Bedrijven deden dit al langer ten aanzien dieren die bij de uitoefening van een beroep of bedrijf worden gebruikt. Voor beide verzekeringen geldt wel de eis dat de bezitter van het dier jegens de derde civielrechtelijk aansprakelijk is. Of aan die eis voldaan is in gevallen als de onderhavige



waarin de dierenarts gewond raakte tijdens een veterinaire behandeling, is juist de vraag die beslist moet worden.

7. Hieromtrent overweegt de Hoge Raad als volgt. Een dierenarts is niet een willekeurige derde die toevallig en ongevraagd met de nukken en grillen van dieren van anderen wordt geconfronteerd. Het is zijn beroep om met ze om te gaan. In zekere zin zoekt hij ze op. Hij verdient er zijn levensonderhoud mee. Op basis van een afspraak met de bezitter onderzoekt hij de dieren, gaat na wat aan de hand is en behandelt ze, indien dat nodig mocht blijken. Dat hij de dieren daarbij soms opzettelijk pijn moet doen, is onvermijdelijk, maar als geen ander behoort hij de extra risico's te kennen die hieraan in de sfeer van onberekenbaar gedrag zijn verbonden. Dieren reageren instinctief op wat ze aanvoelen als een gevaar of bedreiging. Maar wat ze op zeker ogenblik aanvoelen als een gevaar of bedreiging, is voor mensen niet altijd te voorspellen. In het onderhavige geval zijn er veel elementen die de onberekenbare reactie van het paard hebben kunnen uitlokken: halster, neuspraam, inentingsspuiten, het gedrag van de andere paarden die al ingeënt waren, spanning in de stal, een mogelijke herkenning van de situatie in verband met eerdere inentingen en dergelijke meer. Ook al is Scholten geheel conform de van hem te vereisen bekwaamheid en voorzichtigheid te werk gegaan, hij weet dat dieren desondanks volledig uit de band kunnen springen. Het zijn de risico's die tot zijn beroep behoren. Sterker: bij de uitoefening van zijn beroep versterkt hij dit risico van onberekenbaar gedrag van dieren nog.

8. Het voorgaande wil niet zeggen dat de dierenarts alle tijdens de veterinaire behandeling van het dier veroorzaakte schade moet dragen, zoals zaaksschade of letsel aan derden (d.w.z. anderen dan bezitter en dierenarts). Dat zou alleen te rechtvaardigen zijn als de arts een fout heeft gemaakt en het dier als gevolg daarvan de schade heeft veroorzaakt. Dan wordt de schade gedekt door zijn beroepsaansprakelijkheidsverzekering, welke verzekering door de Koninklijke Nederlandse Maatschappij voor Diergeneeskunde verplicht is gesteld voor alle zelfstandig gevestigde dierenartsen. In het geval dat hier aan de orde is, heeft de dierenarts echter geen fout gemaakt. Dan dekt zijn beroepsaansprakelijkheidsverzekering de schade van derden niet. In de verhouding tot derden is het dan het meest aanvaardbaar dat de bezitter van het dier aansprakelijk is, ook al heeft deze evenmin een fout gemaakt. Een ander standpunt zou dierenartsen met hoge en mogelijk onverzekerbare risico's opzadelen, waarvan de consequentie zou kunnen zijn dat de zorg voor dieren in gevaar komt, hetzij omdat het beroep van dierenarts financieel te belastend wordt, hetzij omdat dierenartsen bepaalde

veterinaire behandelingen niet meer zullen verrichten of nog slechts onder zeer beperkende voorwaarden. Mede in aanmerking genomen dat de door de bezitter van het dier gesloten Aansprakelijkheidsverzekering, zowel voor Particulieren als voor Bedrijven, zo'n geval onder de normale dekking brengt, acht de Hoge Raad het niet nodig het risico van deze mogelijke, verreikende consequentie voor de zorg voor dieren, te lopen: niet de dierenarts, maar de bezitter is dan jegens derden aansprakelijk.

9. In de *verhouding tussen de bezitter en de dierenarts* ligt dit naar het oordeel van de Hoge Raad anders. Wanneer het dier de arts tijdens de veterinaire behandeling schade toebrengt, zonder dat de arts een fout heeft gemaakt, is dit een schade die op grond van het onder 7 gestelde tot het beroepsrisico van de arts behoort en in beginsel door hem zelf gedragen moet worden. De dierenarts kan zich tegen dit risico verzekeren, zowel voor de ziektekosten als voor de arbeidsongeschiktheid en het daaruit voortvloeiende verlies aan inkomen. Dat gebeurt ook. Het sluiten van een deugdelijke verzekering tegen de gevolgen van arbeidsongeschiktheid behoort tot de verplichtingen die de Koninklijke Nederlandse Maatschappij voor Diergeneeskunde aan zelfstandig gevestigde dierenartsen oplegt. Dierenartsen in loondienst kunnen een beroep doen op de sociale verzekeringen en zich desgewenst, net als ieder ander, particulier aanvullend verzekeren.

10. Het voorgaande leidt tot de regel dat een dierenarts in beginsel zelf de schade dient te dragen die het dier hem toebrengt tijdens een veterinaire behandeling, indien noch hij, noch de bezitter, noch één van degenen voor wie zij verantwoordelijk zijn, een toerekenbare fout heeft gemaakt. Op basis van de gegevens waarover de Hoge Raad nu beschikt, behoeft niet gevreesd te worden voor onverzekerbaarheid van het beroep. Daarvoor is het aantal keren dat een dierenarts zo zwaar gewond raakt als Scholten in het onderhavige geval, vermoedelijk te gering. Precieze cijfers ontbreken, maar het beroep van dierenarts staat in de publieke opinie niet bekend als opvallend gevaarlijk. Wel komen met enige regelmaat lichtere verwondingen voor, maar die leiden niet of nauwelijks tot inkomensverlies, slechts tot medische behandelkosten. De omvang hiervan lijkt niet veel groter dan bij andere beroepen waarin de aard van het werk risico's van (letsel)schade in zich bergt.

11. De regel lijdt uitzondering, wanneer het dier abnormaal gevaarlijk of onberekenbaar is en de bezitter dit wist, maar het niet heeft gemeld aan de arts (en deze daarvan ook anderszins

niet op de hoogte was of behoorde te zijn). In het onderhavige geval zijn partijen het erover eens dat van abnormaliteit geen sprake was.

12. De Hoge Raad realiseert zich dat de onder 10 gehanteerde term “tijdens de veterinaire behandeling” in concrete gevallen interpretatieproblemen kan opleveren. Daarom stelt hij als vuistregel vast dat beslissend is het moment waarop de bezitter het dier tijdelijk aan de arts toevertrouwt en hem de leiding geeft over wat er met het dier gebeurt. Niet relevant is of de bezitter zelf bij de behandeling aanwezig is of er actief bij betrokken is, bijvoorbeeld door het dier vast te houden. Of de behandeling in de kliniek of praktijk van de dierenarts plaatsvindt, dan wel bij de bezitter thuis, is slechts in zoverre van betekenis dat bij een behandeling in de kliniek of praktijk het dier vrijwel zeker als aan de arts toevertrouwd zal hebben te gelden.

13. Met deze uitspraak geeft de Hoge Raad invulling aan een passage in de parlementaire geschiedenis over de beoordeling van gevallen als de onderhavige. ‘Indien een dier tijdelijk aan iemand is toevertrouwd – bij voorbeeld een ruiter, jockey, dompteur, hoefsmid, dierenarts – en het dier aan die persoon schade toebrengt, moet in de eerste plaats worden nagegaan in hoeverre in de overeenkomst besloten lag een acceptatie van het risico dat door de schadetoebrenging verwezenlijkt is.’ (Parl. Gesch. boek 6, p. 765). De Hoge Raad is van oordeel dat de eventuele risicoacceptatie door de dierenarts niet per individueel geval gezien kan worden. Het is niet reëel te veronderstellen dat de bezitter van een dier die een dierenarts inschakelt, tevoren gaat onderhandelen over de civiele aansprakelijkheid voor het geval het dier de arts verwondt of zaakschade berokkent zonder dat de arts (of de bezitter) een fout maakt. Natuurlijk zullen, wanneer partijen in een concreet geval wèl afspraken hebben gemaakt, deze geldig zijn, voor zover ze blijven binnen de grenzen van wet en recht, maar de rechtsvraag dient naar het oordeel van de Hoge Raad op een algemener niveau te worden beslist.<sup>108</sup> Hierbij zijn verwijzingen naar ‘aard en strekking van de overeenkomst’ en naar ‘de verkeersopvattingen’ even juist als nietszeggend, zo lang ze niet steunen op een openlijke afweging van in aanmerking komende belangen bij het vaststellen van reële en aanvaardbare risicoverdeling. Dat is wat de Hoge Raad in het voorgaande heeft geprobeerd.

---

<sup>108</sup> In HR 25 oktober 2002, RvdW 2002, 172 (Bunink/Manege Nieuw Amstelland) was opnieuw een geval aan de orde over de verhouding van art. 6:179 BW en een overeenkomst (over paardrijles, gesloten tussen een particulier en een manege). Daarin heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een deel van de schade die door het onberekenbaar gedrag van het paard tijdens de rijles was toegebracht aan degene die rijles had, in het algemeen voor diens eigen rekening kwam op grond van aard en strekking van de overeenkomst. Maar in welke mate dit gebeurt hangt af van aard en inhoud van de overeenkomst en de overige omstandigheden van het geval. De eerste regel vind ik juist, maar daaraan wordt afbreuk gedaan door de tweede regel.

14. De Hoge Raad heeft voor zijn beslissing inspiratie geput uit de, overigens schaarse en tegengestelde, rechtspraak en literatuur in andere landen waarin de kwestie al eerder is beslist. In Frankrijk en Duitsland is de bezitter van het dier aansprakelijk gesteld (Dalloz 2002, art. 1385, aant. 5, p. 1215, met verwijzingen naar rechtspraak, resp. Palandt, 1998, par. 833, Rd. 2 en BGH 28 mei 1968, NJW 1968, p. 1932-1933). In België hebben het Hof van Beroep te Gent in een uitspraak van 26 april 1995, RW 1996-1997, p. 1406-1407, en de rechtbank Brussel, 11 april 1997, TBBR 1999, 643, de arts aansprakelijk gehouden voor zijn eigen schade. Dit is ook gebeurd in Engeland (Wallace v Newton, [1982] 2 All ER, p. 106-111) en door de Courts of Appeals in Louisiana en South Carolina in de Verenigde Staten (Bowen v Skillman, 3 april 1996, resp. Henry v. Lewis 2 juni 1997, te vinden op [www.law.utexas.edu/-dawson/cases/ground](http://www.law.utexas.edu/-dawson/cases/ground), voor het laatst geraadpleegd op 27 juni 2002).

15. De vordering van Scholten tot vergoeding van de materiële en immateriële schade wordt afgewezen.

### 3.7 *I keep six honest serving-men*

Ik citeer de eerste strofe van een gedicht van Rudyard Kipling:

I keep six honest serving-men  
 (They taught me all I knew);  
 Their names are What and Why and When  
 And How and Where and Who.  
 I send them over land and sea,  
 I send them East and West;  
 But after they have worked for me  
 I give them all a rest.

De gebruikelijke uitleg van dit gedicht is volgens Jolowicz<sup>109</sup>, “Don’t ask too many questions.” Daar lijkt het in het recht ook vaak op. Met name vragen naar het wat en waarom schieten er bij in of worden afgedaan zoals in Johanna, Krüter en de weerspannige ruïn.

### 3.8 *Het niet-vermelden van de achterliggende overwegingen en keuzen.*

Waarom is dit? Wat steekt er achter de houding om net te doen alsof men regels, overeenkomsten en precedënten uitlegt, ook wanneer dit geen inzicht verschaft of wanneer

---

<sup>109</sup> J.A. Jolowicz, On Civil Procedure, 2000, p. 1, bij wie ik dit gedicht geciteerd zag.

(over)duidelijk is dat in werkelijkheid de beslissing gedragen wordt door andere overwegingen en keuzen? Laat ik vooropstellen dat de houding niet specifiek is voor de rechtspraak, maar kenmerkend is voor alle omgang met het burgerlijk recht. Ook in de literatuur zijn er veel voorbeelden van te vinden. Het heeft alleen geen zin ze hier op te voeren, omdat ze, behoudens details, niets toevoegen aan het beeld van verhullend argumenteren waar het mij in dit hoofdstuk om gaat. Instructiever lijkt mij om enkele uitzonderingen op het algemene beeld te noemen. Zo lees ik in een beschouwing over de vraag of een stuwadoor zijn met de wederpartij (vervoerder) overeengekomen exoneratiebeding mag tegenwerpen aan een derde, die geen partij is bij het contract (te weten de eigenaar van de vervoerde goederen), de opmerking dat het antwoord uiteindelijk ervan afhangt hoeveel bescherming men wil van enerzijds de stuwadoor en anderzijds de derde. Dat is een rechtspolitieke keuze die mede gedragen wordt door andere overwegingen dan die welke tot nu toe in rechtspraak en literatuur gebruikelijk zijn: de vrije hand laten, bijzonder intensieve band en het stelsel van de wet.<sup>110</sup> Hetzelfde geldt in feite voor het aansprakelijkheidsrecht als geheel: wens en wein in een bepaald type gevallen aansprakelijkheid, en waarom of waarom niet? Discussies over de omkeringsregel, over relativiteit, causaliteit, bijzondere zorgplichten, en dergelijke hebben deze vraag naar de wenselijkheid van aansprakelijkheid als achtergrond. De vraag wordt echter zelden openlijk gesteld, ook niet naderhand bij wijze van reflectie. Interessante testcases in de nabije toekomst vormen de aansprakelijkstellingen van de gemeenten Enschede en Volendam wegens tekortschieten in hun taakvervulling, waardoor de rampzalige ontploffing resp. brand mogelijk (mede) zijn veroorzaakt. In welke termen zal het debat hierover worden gevoerd?

De idee van toerekeningsfactoren en rechtspolitieke keuzen geldt ook voor het overeenkomstenrecht. Wanneer gebondenheid ontstaat, in welke gevallen en met welke inhoud wordt naar heersende opvatting in verband gebracht met partijautonomie, contractsvrijheid, wil en vertrouwen. Ik meen dat er iets anders aan de hand is en dat de vraag of een overeenkomst omtrent bijvoorbeeld draagmoederschap rechtens bindend is en waartoe ze verplicht, in hoofdzaak berust op een waardering van morele overtuigingen, sociaal-psychologische gegevens, fundamentele beginselen, economische gevolgen, praktische overwegingen en aan het bestaande stelsel van het (overeenkomsten)recht ontleende

---

<sup>110</sup> C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden*, diss. 1999, p. 337 (noot 851 waar hij instemmend C.H.J. Brunner aanhaalt). Dat is iets geheel anders dan het criterium dat hij aan het begin van het hoofdstuk over doorwerking van bedingen (p. 309) formuleerde: doorwerking moet haar grondslag vinden in een rechtsbetrekking tussen partij en derde, waarin omstandigheden zijn aan te wijzen die, mede in het licht van het autonomie- en vertrouwensbeginsel, het beroep op de relativiteit van de contractswerking ontnemt.

gezichtspunten over wat een samenleving op zeker ogenblik bereid is te accepteren of aan betrokkenen wenst op te leggen.<sup>111</sup>

Ik beschouw het niet-vermelden van de echte, achterliggende overwegingen en keuzen als een derde kenmerk van argumenteren in het burgerlijk recht, zowel in de rechtspraak als in de literatuur. Wel is de rechtspraak in zoverre bijzonder dat wanneer eenzelfde redenering als bijvoorbeeld in het Johanna-arrest zou zijn opgezet in een wetenschappelijk artikel, daaraan weinig tot geen overtuigingskracht zou zijn toegekend. Hooguit zouden de lezers het beoogde resultaat sympathiek hebben kunnen vinden. Nu de Hoge Raad het doet, is er een nieuwe norm geschapen, waarop in toekomstige, vergelijkbare gevallen een beroep zal worden gedaan. Beter: gegeven de in de nieuwe norm ingebouwde beperkingen en grenzen, bepalen deze het debat in toekomstige gevallen. Er wordt voortaan over de uitleg en de reikwijdte van Johanna gediscussieerd, niet meer over de problematiek ten gronde. Het Krüter-arrest vormt van deze gang van zaken een treffende illustratie. Zowel de advocaat-generaal als de Hoge Raad plaatsen het geval, zonder nadere toelichting, meteen en uitsluitend<sup>112</sup> in de sleutel van de in Johanna gemaakte keuze.<sup>113</sup> Daarin was sprake van een extreme situatie, bij Krüter niet. Zonder dat het met zoveel woorden gezegd wordt, blijkt deze omstandigheid doorslaggevend te zijn voor de uitkomst.

Ik vraag mij af wat er gebeurd zou zijn als beide zaken in omgekeerde volgorde aan de Hoge Raad waren voorgelegd.<sup>114</sup> Hoe zou dan de beslissing in Krüter hebben geluid en hoe zou die hebben doorgewerkt in Johanna? Ik ben er vrij zeker van dat dan een eventuele vergoeding voor de ouders van Johanna geheel anders zou zijn gemotiveerd. De drievoudige abstractie, zoals nu als noodgreep is gebruikt, zou achterwege hebben kunnen blijven. Nog scherper zou de problematiek aan de orde zijn gekomen indien Krüter als eerste was geweest en indien mevrouw Krüter daadwerkelijk hulp had ingeschakeld, omdat ze de

<sup>111</sup> Dit is echter allerm minst gemeengoed. Ik heb er, onder de titel Over partijautonomie, contractsvrijheid en de grondslag van gebondenheid in het verbintenissenrecht, over geschreven in J.M. Barendrecht, M.A.B. Chao-Duivis en H.A.W. Vermeulen (red.), *Beginselen van contractenrecht* (Benita Nieskens-bundel), 2000, p. 145-155.

<sup>112</sup> Voor de goede lezer: niet helemaal, want de Hoge Raad toetst in rechtsoverweging 3.4 de door de rechtbank aangelegde maatstaf en oordeelt deze, "ook" in het licht van Johanna, niet onjuist. Het "ook" wijst erop dat ook los van de maatstaf van Johanna de beslissing niet onjuist is. Op welke andere maatstaf hij hierbij het oog heeft, blijft verborgen.

<sup>113</sup> Zie behalve het Krüter-arrest van HR 6 juni 2003, NJ 2003, 504 ook al HR 8 september 2000, NJ 2000, 734 (Baby Joost). In die, deels met Johanna vergelijkbare zaak, vorderden de ouders (im)materiële schadevergoeding. Tevergeefs, maar ze werden door advocaat-generaal Langemeijer en annotator Bloembergen "getroost" met de opmerking dat ze op basis van het Johanna-arrest toch recht hadden op een (beperkte) vergoeding voor de verzorgingstijd, zij het als schade van het kind. Die bestreek echter slechts een zeer klein deel van hun werkelijke materiële en immateriële schade.

<sup>114</sup> Op het belang van de volgorde waarin zaken aan de rechter worden voorgelegd en de rechter dus van casus naar casus moet hopen, heb ik hierboven in paragraaf 3.4 al gewezen. In dit geval wordt dit belang nog versterkt doordat in Krüter op basis van de maatstaf van art. 6:107 moest worden geoordeeld, waarvan ik mij afvraag of die op dezelfde manier zou zijn ingevuld als de maatstaf die in Johanna is ontwikkeld. (en vervolgens, zonder op het verschil te letten, in Krüter is overgenomen, waardoor ook in Krüter niet aan art. 6:107 is getoetst).

verzorging zelf niet aankon. Gesteld dat haar vordering tot vergoeding van de kosten van deze hulp zou zijn toegewezen - en daarvan ben ik vrij zeker<sup>115</sup> -, langs welke lijnen en aan de hand van welke gezichtspunten zou dan zijn geargumenteed in het Johanna-arrest en in de literatuur?

### 3.9 Vier redenen

Terug naar het waarom. In een civil law-stelsel als het Nederlandse zie ik vier samenhangende redenen waarom argumenten zo veel mogelijk gepresenteerd worden als het resultaat van uitleg van regels, precedënten en overeenkomsten. De eerste is het regelkarakter van het recht. Object van studie en grondslag van het handelen in het recht is niet de feitelijke, maatschappelijke werkelijkheid, maar het hierop betrekking hebbende regelbestand.<sup>116</sup> Regels doen meer dan zo maar iets “in goede banen leiden”. Regels in het burgerlijk recht zijn de uitdrukking van wat voor mij de meest elementaire notie van recht is, te weten dat het niet gericht is op eenmaligheid, maar op herhaalbaarheid in gelijke gevallen. Oplossingen van casus en problemen moeten zich derhalve lenen voor veralgemening. Al het andere dat in dit verband wordt genoemd, zoals ordening, vertrouwen, zekerheid en bescherming, is volgens mij hiervan afgeleid.

De tweede reden voor de nadruk op uitleg, is dat in civil law-stelsels het burgerlijk recht qua structuur en inhoudelijk meestal vèr gaand is gecodificeerd. De wetgever heeft op dit terrein het primaat. Codificatie is in Nederland zelfs grondwettelijk voorgeschreven (art. 107 GW). Hoewel de voorrangspositie van de wetgever inmiddels aan betekenis heeft ingeboet door de brede erkenning van de onmisbaarheid van rechterlijke rechtsvorming,<sup>117</sup> en door het dulden van soft law<sup>118</sup>, worden juristen nog steeds opgeleid in de structuur van het wetboek. Ze moeten leren te vinden waar “iets staat”. Van daaruit beginnen ze te redeneren, waarbij ze de uitwerkingen en ontwikkelingen die in rechtspraak en literatuur hebben plaatsgevonden, dienen mee te nemen.

Dit brengt mij op de derde reden: de historische oriëntatie waar ik in het vorige hoofdstuk over heb geschreven. In een codificatie en ook in wetten is al veel voorwerk verricht doordat de wetgever de (toen) relevante gezichtspunten en de voor- en nadelen van een bepaalde keuze heeft afgewogen. De civil law-jurist die daarna met een bepaald geschil

<sup>115</sup> Hierboven paragraaf 3.4 slot.

<sup>116</sup> Vergelijk T. Koopmans, *Conserverende en activerende rechtsbegrippen*, 1972, opgenomen in T. Koopmans, *Juridisch stippelwerk*, 1991, p. 166-172 (166). Onder regels versta ik ook precedënten.

<sup>117</sup> Omslagpunt is HR 7 maart 1980, NJ 1980, 353 (Stierkalf). Meer daarover onder meer in R.J.P. Kottenhagen, *Van precedent tot precedent*, 1986, p. 12-50. Over gronden en grenzen van rechterlijke rechtsvorming recent onder meer P. Rijkema, *Rechtsrecht*, 2001; Erik-Jan Broers en Bart van Klink (red.), *De rechter als rechtsvormer*, 2001; J.B.M. Vranken en I. Giesen (red.), a.w. (nt. 26).

<sup>118</sup> Dit onderwerp staat nog niet prominent op de agenda van privaatrechtjuristen, maar dat duurt niet lang meer, verwacht ik. Ik kom er in hoofdstuk 6 op terug. Bij soft law gaat het dus om private regelgeving naast of als een alternatief voor wetgeving.

of probleem wordt geconfronteerd, sluit daarop aan. Naar gangbare opvatting moet hij dat ook doen. Common law is in aanzet<sup>119</sup> anders. Markesinis heeft het verschil beeldend verwoord aan de hand van het voorbeeld van de “pure economic loss” in Duitsland en Engeland, dit is zuivere vermogensschade, niet zaak- en letselschade.

“Paragraph 823 I BGB has thus told him that pure economic loss is not included among the list of protected interests. The German judge thus does not have to search for wider - we could call them policy - reasons ‘of principle’ that will lead him, as they lead his English counterpart, to the conclusion to ‘strike out a claim’ for pure economic loss. The wider issues of floodgates, insurability, and the like will thus not be invoked (or even hinted at) in the German judgment whereas they will play a major part in the Common law counterpart.” En even verder: “The result of all this is that much of what appears in the English judicial opinion will not figure (and does not have to figure) in the comparable German judgment. But this does not mean that the issues that have occupied the English judges have escaped the attention of their German legal establishment; it only means that consideration of some of those issues might have taken place in a different forum and must be searched for in a different text”, te weten in de parlementaire stukken en in de literatuur.<sup>120</sup>

Hetzelfde geldt voor de meeste civil law-landen. Eva Steiner schrijft dat naar gangbare opvattingen in Frankrijk casus dienen te worden beslist aan de hand van regels. De aan de regels ten grondslag liggende overwegingen en keuzen (policies) behoren tot het domein van de wetgever. Ze worden vermeld in het “exposé des motifs” en maken deel uit van de “travaux préparatoires”. Weliswaar neemt de rechter hiervan kennis, mede aan de hand van wat er in de literatuur over is geschreven, maar in zijn uitspraak verantwoordt hij niet hoe hij ze heeft meegewogen. Hierin is een deel van de verklaring gelegen waarom de Franse Cour de Cassation volgens Steiner gemiddeld niet meer dan dertig regels nodig heeft voor de

<sup>119</sup> In aanzet, want in de praktijk zijn de tegenstellingen minder groot. Zie met name Stefan Vogenauer, a.w. (nt. 41), p. 1295-1334 (Ergebnis). Vergelijk voorts onder meer Ernst A. Kramer, Konvergenz und Internationalisierung der juristischen Methode, en James Gordley, Legal Reasoning: Some Parallels in Common Law and Civil Law, beide gepubliceerd in: Heinz-Dieter Assmann, Gert Brüggemeier, Rolf Sethe (Hrsg.), Unterschiedliche Rechtskulturen – Konvergenz des Rechtsdenkens; Different Legal Cultures – Convergence of Legal Reasoning, 2001, p. 31-47 resp. p. 63-74; E.H. Hondius, Nieuwe methoden van privaatrechtelijke rechtsvinding en rechtsvorming in een Verenigd Europa, Mededelingen van de afdeling Letterkunde KNAW, Nieuwe reeks, deel 64 no. 4, 2001, p. 11-13 en p. 32-39 over o.m. de wetsgeschiedenis als bron van argumenten die in Engeland pas sinds kort op beperkte wijze is toegelaten. Voor een krachtig tegengeluid onder meer Pierre Legrand, Fragments on Law-as-Culture, 1999. Hij acht de verschillen tussen common law en civil law, kort gezegd, onoverbrugbaar.

<sup>120</sup> Basil Markesinis, Judicial Style and Judicial Reasoning in England and Germany, Cambridge Law Journal 2000, p. 294-309 (298 en 299). Markesinis trekt hieruit de conclusie dat de Duitse rechtspraak deductiever is, althans deductiever oogt dan de Engelse.



schriftelijke weerslag van zijn beslissing, zelfs in hoogst belangrijke zaken waar buitenlandse colleges vele, vele bladzijden aan wijden.<sup>121</sup>

De civil law-jurist die teruggrijpt op een regel of een precedent dient deze wel te actualiseren, bijvoorbeeld met het oog op een onvoorziene situatie of als gevolg van veranderde maatschappelijke opvattingen. Actualiseren is echter, als eerder gezegd, vaak springen met lemen voeten. De regel en het precedent staan voorop. Zij zijn het vertrekpunt. Ik denk dat, hoe men het wendt of keert, hiervan een sterke druk uitgaat om argumenten te ontleen aan c.q. te duiden in termen van uitleg van regels of precedents. Een sterke druk: het kan anders. Men kan de druk weerstaan en dat gebeurt ook. Er zijn tientallen voorbeelden waarin openlijk nieuwe leerstukken zijn gecreëerd of tot dan nog niet erkende belangen zijn beschermd, in één keer of stapje voor stapje. Toch lijkt mij dat de neiging om actualisering en vernieuwing te presenteren als het resultaat van uitleg, niet vreemd is aan een omgang met het burgerlijk recht die de regel en het precedent zo centraal stelt als in de meeste civil law-landen en in ieder geval in Nederland gebeurt. De vrijere houding van de afgelopen decennia in Nederland tegenover regels en precedents heeft hierin geen wijziging gebracht. De Hoge Raad is tegenwoordig zelfs nog uitgesprokener. Vaker dan ooit begint hij zijn rechtsoverwegingen met de zinsnede: bij de beoordeling van het cassatiemiddel moet het volgende worden vooropgesteld, waarna een leerstellige uiteenzetting volgt over de betekenis en reikwijdte van de voor het concrete geval toepasselijk geachte regels en precedents. Dit is in de plaats gekomen van een vooral wetshistorische oriëntatie die betrekkelijk kort geleden nog de overhand had, tot verdriet van sommigen.<sup>122</sup>

Een vierde en laatste hier te vermelden reden waarom in het burgerlijk recht argumenten bij voorkeur worden herleid tot uitleg, is dat op deze manier nieuwe oplossingen gemakkelijker in het systeem kunnen worden ingepast. De drang om dit te doen vloeit voort uit het regelkarakter van het recht, hierboven omschreven als de eis van herhaalbaarheid en veralgemening. Een beslissing waarin bijvoorbeeld voor het eerst een beroep op een rechtsregel of contractsbepaling wordt afgewezen, is in ons recht eerder herhaalbaar als ze gegrond wordt op de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid dan op “unclean hands.” “Unclean hands” is, vind ik, scherper en ook sprekender dan redelijkheid en billijkheid, maar het is (nog) geen als zodanig erkend gezichtspunt.<sup>123</sup> Bekende voorbeelden

---

<sup>121</sup> Eva Steiner, a.w. (nt. 41), p. 164-171. Over België onder meer Boudewijn Bouckaert, Hoe gemotiveerd is Cassatie?, Thorbecke-colleges, 1997. De Casebooks on the Common Law of Europe van het *Ius Commune*-project onder leiding van Walter van Gerven geven delen van uitspraken van de hoogste rechterlijke colleges weer. De Franse kunnen daarbij soms vrijwel volledig worden geciteerd.

<sup>122</sup> Zie o.m. H.C.F. Schoordijk, De privaatrechtelijke rechtscultuur van de twintigste eeuw in context, Mededeling van de afdeling Letterkunde KNAW, Nieuwe reeks, deel 66 no 2, 2003, p. 14-25, die verdedigt dat de nadruk op de wetshistorie de ontwikkeling van het privaatrecht in Nederland tot aan de jaren zeventig van de vorige eeuw ernstig heeft vertraagd.

<sup>123</sup> Voor een poging het onderwerp “unclean hands” te plaatsen, verwijs ik naar M.J. van Laarhoven,

waarin deze keuze speelde, zijn de gevallen over de vraag of een vordering al verjaard kan zijn voordat de betrokkene ze geldend kan maken als gevolg van omstandigheden die kunnen worden toegerekend aan de debiteur: seksueel misbruik of kindermishandeling die zodanig traumatiserende gevolgen hebben dat het slachtoffer niet in staat is om binnen de verjaringstermijn er zelfs maar over te praten.<sup>124</sup> In beide zaken is geargumenteed op basis van de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid die het invoeren van de verjaring door de debiteur verhinderde, en niet op basis van “unclean hands”. Misschien dat mede hierdoor de Hoge Raad een jaar later dezelfde grondslag in afwijking van betrekkelijk recente rechtspraak, kon uitbreiden naar gevallen waarin geen sprake was van onfatsoenlijk gedrag van de debiteur, maar waarin de vordering pas bekend werd nadat de verjaringstermijn al verstreken was.<sup>125</sup> Zou in de seksueel misbruik- en kindermishandelingsarresten gebruik zijn gemaakt van “unclean hands”, dan had deze uitbreiding niet gekund en had de Hoge Raad om hetzelfde resultaat te bereiken, een nieuwe weg moeten ontwikkelen. Uit een oogpunt van systematiek is dit minder aantrekkelijk, omdat dan de afbakeningsvraag rijst welke grondslag voor welke typen gevallen geldt, of ze inhoudelijk verschillen en indien ja, of dit verschil gerechtvaardigd is, en indien neen, waarom dan twee grondslagen nodig zijn. Hier staat tegenover dat op deze manier de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid als een soort stofzuiger wordt gebruikt voor zeer uiteenlopende situaties, met het risico dat ze vervalt tot nietszeggende algemeenheden. Op uitdagende wijze heeft Hesselink betoogd dat dit risico in een aantal civil law-landen, waaronder Duitsland en Nederland, zich al heeft verwezenlijkt.<sup>126</sup> In een recente Franse dissertatie zijn soortgelijke geluiden te horen over de neiging in de Franse doctrine het gehele contractenrecht te duiden in termen van redelijkheid en billijkheid. 'En réalité, la bonne foi peut servir à justifier toute règle de droit des contrats (...). Cette attitude doit être évitée car elle contribue principalement à la confusion de toutes ses règles et à un amalgame abusive.'<sup>127</sup>

---

Unclean hands in the Netherlands. Enige opmerkingen over de betekenis van 'unclean hands' in het Nederlandse privaatrecht, in: J.M. Barendrecht, M.A.B. Chao-Duvis en H.A.W. Vermeulen (red.), a.w. (nt. 111), p. 59-74.

<sup>124</sup> HR 23 oktober 1998, NJ 2000, 15; HR 9 september 2000, NJ 2001, 2 en HR 11 oktober 2002, NJ 2002, 558 (seksueel misbruik); HR 25 juni 1999, NJ 2000, 16 (kindermishandeling).

<sup>125</sup> HR 28 april 2000, NJ 2000, 430 en 431 (mesothelioom); HR 6 april 2001, NJ 2002, 383 (Vellekoop/Wilton Feyenoord).

<sup>126</sup> M.W. Hesselink, De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht, diss. 1999.

<sup>127</sup> Béatrice Jaluzot, La bonne foi dans les contrats. Étude comparative de droit français, allemand et japonais, diss. 2001, p. 539 (citaat enigszins ingekort). Over het onderwerp ook H.C.F. Schoordijk, a.w. (nt. 122), 2003, p. 41-42. Over de betekenis van goede trouw in zestien landen aan de hand van dertig casus, R. Zimmermann en S. Whittaker, Good Faith in European Contract Law, 2000.

## HOOFDSTUK 4

HET ONTBREKEN VAN EEN DEUGDELIJKE  
FEITELIJKE GRONDSLAG4.1 *Yorkshire Ripper*

Geheel in stijl met wat ik in het eerste hoofdstuk kenmerkend noemde voor juridisch argumenteren, leid ik het onderwerp van dit hoofdstuk in met een casus, de Yorkshire Ripper.<sup>128</sup> Het geval betrof een seriemoordenaar die pas na zeer lange tijd gegrepen werd. De moeder van het laatste slachtoffer stelde de politie aansprakelijk voor deze traagheid. Haar stelling was dat wanneer de politie beter en sneller gewerkt had, haar dochter nog in leven zou zijn. De politie verweerde zich met een beroep op de zgn. public policy immunity: het algemeen belang laat een vordering als die van de moeder niet toe.<sup>129</sup> Het verweer slaagde. Interessant, zeker voor continentaal juristen die deze stijl van redeneren niet kennen, zijn de drie argumenten die de House of Lords aanvoerde voor de immuniteit. Ik vat ze samen:

- a. aansprakelijkheid leidt niet tot meer zorgvuldigheid bij de politie, maar integendeel tot een defensieve wijze van beroepsuitoefening. Het vermijden van claims wordt belangrijker dan de eigenlijke taak van de politie: het opsporen van criminelen.<sup>130</sup>
- b. het toelaten van claims tegen de politie wegens onzorgvuldigheid dwingt de rechter om alles wat tijdens het onderzoek door de politie gedaan of niet gedaan is, te toetsen, terwijl het vaak om beslissingen gaat met een hoog discretionair en casuïstisch karakter. “Many of these decisions would not be regarded by the courts as appropriate to be called into question”, zo meenden de Lords.
- c. de politie zou hoge kosten moeten maken en veel menskracht moeten inzetten om zich tegen dit soort claims te verdedigen. Ook dit gaat ten koste van haar primaire taak.

4.2 *Immunititeit*

De uitspraak in Yorkshire Ripper heeft een voor burgers bijna onneembare vesting opgetrokken die de politie beschermt tegen aansprakelijkheid bij nalatigheden in haar

---

<sup>128</sup> Hill v The Chief Constable of West Yorkshire [1989] 1 AC 53.

<sup>129</sup> Vertaald in Nederlandse begrippen komt dit verweer neer op een niet-ontvankelijkheid vanwege het algemeen belang. Tot aan de ontwerpen Loeff van 1905 die de aanzet vormden voor een stelsel van administratieve rechtspraak, was ook in Nederland de wijze waarop het algemeen belang werd gediend aan juridische beoordeling onttrokken, tenzij de wet anders bepaalde. Het algemeen belang kon slechts inzet zijn van een politieke, niet van een juridische discussie. Vergelijk met name J. van der Hoeven, Drie dimensies van bestuursrecht, VAR-reeks 100, 1989, p. 74 en 123. De Engelse uitdrukking in dit verband is: “The King can do no wrong”, of: “The King can do wrong, but no action lies against him.”

<sup>130</sup> De voormalig Amsterdams hoofdcommissaris Nordholt sprak plastischer van boeven vangen.

taakvervulling. Zo bijvoorbeeld in een geval waarin de politie was gewaarschuwd dat op een druk kruispunt alle stoplichten tegelijk op groen en op rood sprongen, maar pas ruim een uur later verscheen om het verkeer te regelen. Inmiddels was er een ernstig ongeval gebeurd. De politie werd niet aansprakelijk gehouden.<sup>131</sup> Evenmin lukte dit in een geval waarin de politie, gealarmeerd voor een inbraak, alleen de achterzijde van het pand controleerde, niet de voorkant, waar de dieven zich hadden verscholen. Nadat de politie vertrokken was, konden ze alsnog hun slag slaan.<sup>132</sup> Steeds werd geargumenteed op basis van Yorkshire Ripper. "Gewone" onzorgvuldigheid is niet voldoende. Alleen bij opzettelijke en onredelijke nalatigheid ligt het anders.<sup>133</sup> Hetzelfde geldt voor andere overheidsorganen dan de politie, zij het dat onzorgvuldigheden bij gevangenhoudingen eerder tot aansprakelijkheid leiden.<sup>134</sup>

Inmiddels ligt er een uitspraak van het EHRM van 1998 in de zaak Osman, waarin is beslist dat het te rigoureuus niet toelaten van claims tegen de politie in strijd kan zijn met het recht op toegang tot de rechter (art. 6 EVRM).<sup>135</sup> De consequenties van de uitspraak van het EHRM zijn nog steeds niet helemaal duidelijk.<sup>136</sup> Wel noteer ik uit de pen van Lord Browne-Wilkinson dat thans "extreme care ... must be taken in striking out claims in this confused and developing area of law." Lord Woolf vreesde dat de vernieuwingen van het civiele procesrecht in de door hem ontworpen Civil Procedure Rules, ingevoerd in april 1999, door de beslissing onder druk zouden komen te staan. De Engelse rechter in het EHRM, N. Bradza, constateerde dat de uitspraak veel vijandige publiciteit was ten deel gevallen. De kroon spande echter Lord Hoffmann, verklaard voorvechter van de public policy immunity en daarom vol kritiek op de uitspraak van het Europese Hof. Hij permitteerde zich de onvoorstelbaar arrogante opmerking dat "when we joined the European Convention on Human Rights, it was not because we thought it would affect our own law, but because we thought it right to set an example for others."<sup>137</sup>

De argumenten van het House of Lords in Yorkshire Ripper steunden niet op feitelijk onderzoek, noch op gegevens die in de procedure waren verstrekt. "Ultimately they were

<sup>131</sup> Clough v Bussan [1990] 1 All ER 431.

<sup>132</sup> Alexandrou v Oxford [1993] 4 All ER 328.

<sup>133</sup> W (Minors) v Bedfordshire CC [1995] 2 AC 633. Zie ook Stovin v Wise (Norfolk County Council, third party) [1996] AC 923.

<sup>134</sup> Vergelijk onder meer Ulele Burnham, Negligent False Imprisonment – Scope for Re-emergence?, MLR 1998, p. 573-579. Interessant is dat inmiddels de Court of Appeal zelfs voor het eerst een wetgevend orgaan aansprakelijk heeft gehouden wegens onzorgvuldige regelgeving: Watson v British Boxing Board of Control [2000] 2 WLR 1256.

<sup>135</sup> Osman v. United Kingdom (1998) ECHR 245, becommentarieerd onder meer door G. Monti in ICQL 1999, p. 757 e.v.; T. Weir in CLJ 1999, p. 4 e.v., en zeer uitvoerig door Conor A. Gearty in MLR 2001, p. 159-190.

<sup>136</sup> Dit hangt mede samen met de in oktober 2000 in werking getreden Human Rights Act 1998, die door velen met vrees is tegemoet gezien.

<sup>137</sup> Zie het in noot 135 vermelde artikel van Conor A. Gearty, p. 161 (met bronvermeldingen). Opvallend is dat de twee eerstgenoemden hun opmerkingen maakten in rechterlijke beslissingen in andere zaken.

based upon the submissions of counsel and the thoughts of the judges, all based on speculation".<sup>138</sup> Markesinis, die de uitspraak heeft vergeleken met Franse en Duitse equivalenten, vond de argumenten niet sterk.<sup>139</sup> De gedachte bijvoorbeeld dat aansprakelijkheid zal leiden tot een defensieve houding noemde hij even speculatief als het omgekeerde, dat niet-aansprakelijkheid zal leiden tot slordigheden. Immers, wie doet de politie wat als ze onzorgvuldig opereert? Markesinis drong aan op empirisch onderzoek. Hij is op zijn wenken bediend, waarschijnlijk tot zijn eigen verbazing, want meestal leiden dergelijke oproepen tot niets. Een aantal onderzoekers heeft de argumentatie van het House of Lords onderzocht.<sup>140</sup> Daartoe trokken ze een vergelijking met een casus over de aansprakelijkheid van de brandweer: de Hampshire case uit 1997.<sup>141</sup> De reden om de brandweer te nemen, was dat een van de onderzoekers hoogleraar in het brandweerrecht was.<sup>142</sup>

### 4.3 *Hampshire*

In de Hampshire case had een brandweercommandant tijdens de bluswerkzaamheden opdracht gegeven de sprinkler-installatie van het brandende gebouw af te zetten. Het gebouw brandde tot de grond toe af. Het verwijt van de eigenaren was dat als de sprinklerinstallatie niet was afgezet, de brand eerder onder controle was geweest en het gebouw minder beschadigd had. De brandweer verweerde zich, net als in Yorkshire Ripper, met een beroep op de public policy immunity. De zaak diende voor de Court of Appeal. Diens uitspraak is voer voor juristen, omdat de Court precies dezelfde argumenten hanteerde als de House of Lords in Yorkshire Ripper, maar tot precies tegenovergestelde resultaten kwam. Ik loop de argumenten weer na:

- a. aansprakelijkheid leidt volgens de Lords niet tot grotere zorgvuldigheid, maar integendeel tot een defensieve houding. Onjuist, aldus de Court of Appeal, want het is niet erg realistisch te denken dat brandweerlieden zich bij de uitoefening van hun functie steeds afvragen of een bepaalde handeling claimgevoelig is of niet.

<sup>138</sup> Aldus John Hartshorne, Nicholas Smith, Rosemarie Everton, "Capiro Under Fire": a Study into the Effects upon the Fire Service of Liability in Negligence, MLR 2000, p. 502-522 (505).

<sup>139</sup> Basil Markesinis, Judicial Style and Judicial Reasoning in England and Germany, Cambridge Law Journal 2000, p. 294-309 (303). Het artikel is een verkorte en onvolledige samenvatting van een boek van Basil Markesinis, Jean-Bernard Auby, Dagmar Coersten-Waltjen, Simon F. Deakin, Tortious Liability of Statutory Bodies: A Comparative and Economic Analysis of Five English Cases, 1999. De rechtsvergelijking omvat het Franse en Duitse recht. Diepgaand schreven over de problematiek ook S.H. Bailey en M.J. Bowman, Public Authority Negligence Revisited, Cambridge Law Journal 2000, p. 85-132. Voor Nederland is relevant onder meer C.P.M. Cleiren, R.M.G.E. Fokué, J.L.M. Gribnau, R.M. van Male, P.A.M. Mevis (red.) Voor risico van de overheid? Vooruitzichten van de aansprakelijkheid van de overheid in bestuurs-, straf- en civielrechtelijk perspectief, 1996.

<sup>140</sup> Zie de in noot 138 genoemde publicatie.

<sup>141</sup> Capital and Counties and Digital Equipment v Hampshire County Council [1997] QB 1004

<sup>142</sup> Terzijde: in Nederland bestaan zeer veel bijzondere leerstoelen, maar hoogleraar brandweerrecht is wel heel apart (wellicht vergelijkbaar met de bijzonder hoogleraar vliegtuig besturen aan de TU Delft?).

b. een civiele procedure is volgens de Lords niet geschikt om het handelen van de brandweer te toetsen. Onjuist, aldus de Court of Appeal, want een intern onderzoek bij de brandweer heeft in dit geval minder opgeleverd dan de discovery (disclosure in het nieuwe procesrecht van 1999) voor de civiele rechter.

c. de Lords vonden vorderingen tegen de brandweer onwenselijk vanwege de kosten en menskracht. Onjuist, aldus de Court of Appeal, omdat dan iedere organisatie met publieke taken immuniteit zou moeten hebben en dat is niet zo. Het is ook niet nodig, want ze kunnen zich net als ieder ander verzekeren. Een beetje venijnig voegde de Court hier nog aan toe dat als de brandweer haar taak fatsoenlijk uitoefent, ze niet bang hoeft te zijn veel tijd en geld te moeten besteden aan het verdedigen tegen claims, want die zijn er dan niet.

#### 4.4 *Wahrheit oder Dichtung?*

Kortom: twee uitspraken waarin op basis van dezelfde argumenten een volstrekt tegenovergesteld resultaat wordt bereikt. Geen van beide rechterlijke colleges kon zijn argumenten staven met feitelijke gegevens. Bij beide berustte de argumentatie op taxaties, speculaties, veronderstellingen en voorspellingen over wat het gevolg zou zijn van aansprakelijkheid van brandweer en politie. Wie heeft gelijk? Wat is Wahrheit en wat is Dichtung? Dat was wat de onderzoekers wilden weten. Ze togen aan het werk en deden dat heel grondig. Ze stelden questionnaires op, raadpleegden databases, hielden diepteinterviews met brandweerlieden van hoog tot laag en liepen bij wege van participerende observatie zelfs nog een tijdje mee. Hun conclusie was, kort en goed<sup>143</sup>, dat Hampshire niet aantoonbaar heeft geleid tot een defensieve opstelling noch tot de door de House of Lords gevreesde te hoge, wellicht zelfs onverzekerbare aanslag op publieke middelen. Als direct resultaat van Hampshire kon slechts worden genoteerd dat alle studieboeken voor de opleiding tot brandweerman of – vrouw sindsdien de waarschuwing bevatten: 'don't turn sprinklers off'.

Het onderzoek illustreert een vierde kenmerk van juridisch argumenteren: het gebrek aan feitelijke grondslag van gehanteerde argumenten. Nu is dit natuurlijk zeker niet altijd het geval. Voor het juiste perspectief stel ik dit nadrukkelijk voorop. Er zijn veel beslissingen waarbij de gedachte aan een feitelijke grondslag zelfs niet eens rijst. Voorbeelden zijn uitspraken over puur juridische kwesties, zoals over de betekenis van een verklaring voor erfrecht of over de vraag of tegelijk zowel echtscheiding als scheiding van tafel en bed kan worden uitgesproken. In andere gevallen is de feitelijke grondslag voldoende duidelijk c.q. is geen nader empirisch onderzoek nodig om dit nog eens vast te stellen. Zo bijvoorbeeld bij afspraken tussen echtgenoten die verplichten tot een jaarlijkse verrekening. Dat daaraan niet

---

<sup>143</sup> Enkele nuances: de Hampshire-uitspraak was bekend bij het kader, maar minder op de werkvloer. Een paar brandweerddivisies hadden hun wijze van opereren ietwat aangepast en sommige hadden hun aansprakelijkheidsverzekering verhoogd. Alles bijeengenomen echter was de impact van Hampshire uiterst bescheiden, aldus de onderzoekers.

de hand wordt gehouden zolang het huwelijk goed is, is zonneklaar. “Welke echtgenoot zal het in zijn hoofd halen een rechtsvordering tot verrekening in te stellen zolang het huwelijk nog dragelijk is?”, zo heet het retorisch in de literatuur. Pas als het mis begint te gaan, wil men verrekenen (afrekenen is dan soms de betere term), maar dan staat er vaak een vervalbeding aan in de weg. De Hoge Raad heeft het beroep op de vervaltermijn evenwel stevig ingebonden met het argument, in mijn woorden, dat aan waakzaamheid voor de eigen rechtspositie in dit type gevallen nu eenmaal geen hoge eisen mogen worden gesteld.<sup>144</sup>

In het licht hiervan is onbegrijpelijk de beslissing van de Hoge Raad in het geval van een samenwoner die na het overlijden van de huurder niet binnen de vervaltermijn van een half jaar voortzetting van de huurovereenkomst had gevorderd. De reden dat hij dit niet tijdig gedaan had, was ook hier de bekende praktijk dat zo lang de verhuurder niet “piept”, velen zich niet om hun rechtspositie bekommeren. Waarom zouden ze ook? In het concrete geval woonde de betrokkene er al vijftig jaar en er was nog nooit iets van gezegd. Helaas voor hem strafte de Hoge Raad zijn gebrek aan waakzaamheid nu wèl af.<sup>145</sup> Waarom de Hoge Raad hier anders heeft geoordeeld dan in de zaak van de vervaltermijn bij verrekenbedingen tussen echtgenoten, kan ik niet verklaren. De enige reden die ik kan bedenken is dat niemand in de gehele procedure deze invalshoek heeft belicht en dat ook de Hoge Raad zelf niet op de gedachte is gekomen. Het debat zat vast in de fuik van de termijnoverschrijding en daaraan is ontsnappen inderdaad bijna niet mogelijk.<sup>146</sup>

#### 4.5 *Geen deugdelijke feitelijke basis*

Dan nu situaties waarin de feitelijke grondslag er wèl toe doet, maar ontbreekt. Ze zijn te talrijk om hier te bespreken. Ik beperk mij daarom tot enkele typen. Het eerste betreft de consequenties en effecten van zekere beslissingen, regels of opinies. De net besproken Engelse cases van de Yorkshire Ripper en Hampshire behoren tot dit type. Ook het

---

<sup>144</sup> Het is immers iets anders hoe men de dagelijkse praktijk dat men niet erg waakzaam is voor de eigen rechtspositie, juridisch waardeert: als aan de betrokkene zelf toe te rekenen onvoorzichtigheid of als reden tot bescherming? Het huidige antwoord is bescherming, maar dat is pas sinds HR 19 januari 1996, NJ 1996, 617:een beroep op het vervalbeding bij verrekening wordt geacht naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar te zijn, tenzij degene die er zich op beroept het tegendeel stelt en bewijst.

<sup>145</sup> HR 21 maart 2003, NJ 2003, 591 (Westerheide Holding/Van Wageningen), met mijn zeer kritische noot. In de noot heb ik ook oudere rechtspraak vermeld waarin wèl op de m.i. juiste manier is ingespeeld op de omstandigheid dat samenwoners in de dagelijkse praktijk vaak weinig aandacht hebben voor de eigen rechtspositie.

<sup>146</sup> Pas onlangs heeft hij in twee typen gevallen een uitzondering op de striktheid van de termijn mogelijk geacht, gebaseerd op de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid. Zie par. 3.9 slot. Hoe terughoudend de Hoge Raad is, blijkt met name uit het tweede type, de asbest-zaken waarin de betrokkenen niet eens wisten dat ze een vordering hadden omdat hun ziekte zich pas na afloop van de verjaringstermijn manifesteerde. Zelfs in dit type heeft de Hoge Raad de termijnoverschrijding niet zonder meer toelaatbaar geoordeeld, maar afhankelijk gemaakt van een lange lijst van verdere omstandigheden en factoren (HR 28 april 2000, NJ 2000, 430 en 431).

floodgate-argument in het aansprakelijkheidsrecht, soms kortweg aangeduid als 'Amerikaanse toestanden', kan men ertoe rekenen. In common law is het een vaak gebruikt argument, zowel in de literatuur als in de rechtspraak. In civil law verwijzen rechters er nauwelijks naar. Een uitzondering is het schokschade-arrest over de moeder die haar net dodelijk verongelukte kind van de straat wilde oprapen en daarbij tot haar ontzetting moest ervaren dat het achterhoofd van het kind vrijwel helemaal verbrijzeld was. De Hoge Raad erkende de aanspraak op schadevergoeding, maar drong tegelijk aan op terughoudendheid, "omdat te ruim getrokken grenzen van aansprakelijkheid in maatschappelijk opzicht tot onaanvaardbare gevolgen zouden kunnen leiden."<sup>147</sup> Het argument is louter speculatief, want het kan niet worden geschraagd door cijfers of andere gegevens. Dat is in de regel ook het geval wanneer het in de literatuur wordt opgeworpen: het lukt niet er handen en voeten aan te geven.<sup>148</sup> De belangrijkste reden hiervoor is dat floodgate nauw samenhangt met dreigende onverzekerbaarheid en juist dat is moeilijk inzichtelijk te maken, mede omdat verzekeraars zelf niet bepaald scheutig zijn met het verschaffen van informatie.<sup>149</sup>

Een ander voorbeeld is het verschoningsrecht van journalisten om hun bronnen geheim te houden. Het argument, ook voor het EHRM<sup>150</sup> in de Goodwin-uitspraak van 1996 waarin het verschoningsrecht in beginsel is erkend, is dat anders de bronnen zullen opdrogen en de pers haar, voor een democratie essentiële, waakhondfunctie niet goed kan vervullen. Maar wie zegt dat bronnen inderdaad zullen opdrogen? Jarenlang is in Nederland het verschoningsrecht van journalisten niet erkend. Pas in mei 1996, onder druk van de Goodwin-uitspraak van het EHRM, is dit geschied.<sup>151</sup> Betekent dit dat de pers in Nederland pas sinds mei 1996 in staat is haar waakhondfunctie ten volle te spelen (en heeft ze die de laatste anderhalve eeuw dus niet goed kunnen vervullen, omdat potentiële informanten werden afgeschrikt door het risico dat de journalist zijn bron moest openbaren)? Ik geloof er niets van. Ik geloof ook niet dat bronnen zullen opdrogen indien een verschoningsrecht ontbreekt, maar evenmin als Wigmore, die een handboek in tien delen schreef over het bewijsrecht in common law en daarbij ook twijfel had over de houdbaarheid van de genoemde

<sup>147</sup> HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240 (r.o. 4.1).

<sup>148</sup> In Nederland met name J. Spier in veel van zijn publicaties, vermeld in noot 96. Zie voorts onder meer A.R. Bloembergen in zijn noot onder HR 5 november 1999, NJ 2000, 63 (p. 466/467) en Basil Markesinis, a.w. (nt. 139), 2000, p. 298.

<sup>149</sup> Hierover, behalve de in de vorige noot al genoemde J. Spier, onder meer M.G. Faure en T. Hartlief, Verzekering en groeiende aansprakelijkheidslast, 1997; dez., Nieuwe risico's en vragen van aansprakelijkheid en verzekering, 2002, p. 137 e.v.; de discussie tussen S.D. Lindenbergh en A.S. Fransen van de Putte in AV&S 2002, p. 31 en 113-114. Verzekeraars trekken zich terug op terreinen waar zij menen dat de risico's te groot worden, maar buitenstaanders krijgen geen inzicht in de cijfermatige overwegingen die hieraan ten grondslag liggen.

<sup>150</sup> EHRM 26 maart 1996, NJ 1996, 577 (Goodwin/UK).

<sup>151</sup> HR 10 mei 1996, NJ 1996, 578 (Van den Biggelaar/Dohmen en Langenberg), waarin de Goodwin-uitspraak van het EHRM vrijwel letterlijk is overgenomen.



argumenten om een verschoningsrecht voor journalisten te erkennen, kan ik deze twijfel met feiten staven.

Een tweede type situatie waarin de feitelijke grondslag van argumenten er toe doet, maar ontbreekt, is wanneer gedragsnormen in het spel zijn. De meest sprekende voorbeelden<sup>152</sup> zijn de gevallen uit het verleden: aansprakelijkheid voor de in de jaren zestig en zeventig veroorzaakte bodemverontreinigingen en ziekten door asbest en roken. Was het volstorten van een veenplas met huisvuil toen onrechtmatig? Had men moeten waarschuwen tegen de risico's van roken, zoals een koninklijk besluit ons tegenwoordig vanaf billboards toeroept? Hoe men daarover dacht in de jaren zestig en zeventig en, niet onbelangrijk, of men zich er ook naar gedroeg, is nauwelijks te reconstrueren. Het beeld wordt al spoedig vertroebeld door huidige inzichten, kennis en ervaring, beter: door het ongeloof dat men toen, hoewel het nog maar kort geleden is, niet of nauwelijks oog had voor dit soort risico's.<sup>153</sup> Men mag verwachten dat de situatie zich over enige tijd zal herhalen met allerlei nieuwe, nu nog niet bekende beroepsziekten of andere risico's. De fantasie schiet tekort om zelfs maar enige indicatie te geven welke dit zouden kunnen zijn. Psychische schade opgedaan op de werkvloer als gevolg van pesten, stress, te hoge werkdruk, burn out, en (sexueel) intimiderende werkomstandigheden hebben het aansprakelijkheidsrecht al bereikt. Daar zal het niet bij blijven.

Een derde type situatie betreft gevallen waarin waarden, beginselen of grondslagen van ons rechtssysteem aan de orde zijn. Daarvan zijn tientallen voorbeelden te geven. Ik noem er een paar<sup>154</sup>: het belang van het kind, privacy en persvrijheid, ook als deze vrijheid tot impertinente schreeuwtaal leidt (om Kees Schuyt te citeren)<sup>155</sup>, en de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht.<sup>156</sup> Zonder uitzondering hebben deze waarden en beginselen

---

<sup>152</sup> Andere voorbeelden zijn onder meer de verwijzing naar verkeersopvattingen, het inzetten op hanteerbaarheid in de praktijk, of het "meenemen" van de psychologische situatie van een sollicitant (HR 20 maart 1981, NJ 1981, 507 inzake Mijns). Ook het criterium dat het inschakelen van professionele hulp bij de verzorging en verpleging van naasten "normaal en gebruikelijk" moet zijn, is een slag in de lucht (HR 6 juni 2003, NJ 2003, 504 inzake Krüter-Van de Pol/Wilton Feyenoord, hierboven par. 3.4 slot).

<sup>153</sup> W.H. van Boom, Structurele fouten in het aansprakelijkheidsrecht, oratie 2003, laat zien dat wijsheid achteraf een van de belangrijkste psychologische beperkingen vormt bij het vellen van waarschijnlijkheidsoordelen, zoals juristen veelvuldig moeten doen.

<sup>154</sup> Behalve de in de tekst genoemde, nog de volgende: family life; partijautonomie, slachtoffer- en consumentenbescherming, contractsvrijheid, waarheidsvinding, een goede procesorde en zo meer.

<sup>155</sup> Met name gaat het om de verhouding van deze beide. Noch privacy, noch persvrijheid heeft volgens de heersende opvatting absolute betekenis. Waar het op aankomt is een afweging in het concrete geval. Het oordeel hierover leent zich evenwel naar zijn aard niet voor een scherpe motivering, aldus HR 21 januari 1994, NJ 1994, 473 (Ferd/E). De verwijzing naar Kees Schuyt betreft diens opinie in de Volkskrant van 10 november 1999.

<sup>156</sup> Over het ontbreken van empirische gegevens hierover, onder meer de dissertatie van W. Weterings, Efficiëntere en effectievere afwikkeling van letselschadeclaims, 2003, p. 10-14 en 23 (met veel rechtsvergelijkende gegevens in de noten 27, 29, 87 en 88); W.H. van Boom, Verhaalsrechten van verzekeraars en risicodragers, 2000, p. 108 (met verdere verwijzingen naar Nederlandse literatuur). Ongereflecteerd positief over de preventieve werking van aansprakelijkheid, en daardoor

een grote argumentatieve betekenis, maar waarop steunen ze? In een Engelse uitspraak over wrongful birth<sup>157</sup> lees ik dat de House of Lords aansprakelijkheid van de arts voor de opvoedingskosten van het niet-gewenste, maar gezonde kind afwijst met het argument dat aansprakelijkheid niet “just and reasonable” zou zijn voor “the man on the Clapham omnibus”, noch voor de “commuter on the Underground”. De Lords zullen zeker niet hun oor in bus of metro te luisteren hebben gelegd alvorens dit te overwegen, neem ik aan, maar gesteld dat ze het wel hadden gedaan, wat dan nog? Is de mening, het “emphatic no” van de forenzen in de Londense metro de juiste grondslag? Neen, zou ik menen, maar wat dan wel? Enquêtes? Statistieken? Ook niet, omdat empirische gegevens over hoe er in de samenleving over waarden, beginselen en grondslagen wordt gedacht, nuttig zijn, maar op zichzelf nog geen bindende kracht hebben. Daarvoor is een oordeel nodig, dat in iets anders bestaat dan een verwijzing naar een (vermeende) feitelijkheid, zoals de Lords doen.

#### 4.6 *Wèl een deugdelijke feitelijke basis*

Slechts een enkele keer lukt het om de feitelijke grondslag van ingeroepen waarden, beginselen of grondslagen (empirisch) te toetsen. Ik geef twee voorbeelden. Het eerste betreft de stelling van sommigen dat in het zakenleven contract contract is en dat dit vooral zo dient te blijven.<sup>158</sup> Daarmee bedoelt men dat zakenlieden niet ach en wee roepen als iets fout gaat, maar gewoon hun verlies nemen. Gezegd wordt dat zakenlieden behoefte hebben aan hard and fast rules, waaraan niet snel getornd mag worden. Waar die mening op steunt, wordt er niet bij vermeld. Ze strookt in ieder geval niet met het feit dat bijv. aanpassings- en wijzigingsbevoegdheden voor het eerst regelmatig werden gehanteerd in handelscontracten, en dat redelijkheid en billijkheid via het handelsrecht tot het burgerlijk recht is doorgedrongen, niet omgekeerd. Toch wordt volgehouden dat in het zakenleven contract contract is en wordt die stelling als feit geponeerd. Hieraan worden vervolgens vèrgaande consequenties verbonden, onder meer dat er een bijzonder privaatrecht voor ondernemers moet

---

niet overtuigend, is J.H. Duyvensz, *De redelijkheid van de exoneratiecausule*, diss. 2003, passim.

<sup>157</sup> *McFarlane v Tayside Health Board* [1999] 4 All ER 963. Ik weersta de verleiding de wrongful birth-zaken uit te diepen, omdat dit als een soort “naconcluderen” zou kunnen worden aangemerkt bij HR 21 februari 1997, NJ 1999, 145, en dat wil ik niet. Hier merk ik slechts op dat overal, in alle rechtstelsels waarin zich deze zaken hebben voorgedaan, geargumenteed is op basis van dezelfde zes à zeven argumenten, die echter, voor zover relevant voor mijn betoog, geen van alle konden steunen op een deugdelijke feitelijke grondslag. Vergelijk de analyse door W.A. van Boom en C.E.C. Jansen, *McFarlane v Tayside Health Board: aansprakelijkheid van artsen voor wrongful conception*, NTBR 2000, p. 276-288.

<sup>158</sup> Onder meer C.H.J. Brunner, *Rechtsvinding onder het nieuwe BW*, 1992, p. 87-100; F.W. Grosheide, *Evenwichtigheid en onevenwichtigheid in internationale commerciële contractsverhoudingen*, in: *Molengrafica* 1996, p. 45-97; R-J. Tjittes, *Naar een bijzonder contractenrecht voor ondernemers*, in: S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, A.A. van Rossum, H.L.E. Verhagen (red.), *Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht*, 1997, p. 375-388; T. Hartlief, *De vrijheid beschermd*, 1999, nr. 67; A.C. van Schaick, *De ondernemer, consument en hun overeenkomsten*, preadvies *Vereeniging Handelsrecht*, 2000, p. 83-128. Voor een historisch inleiding, zie Leon E. Trakman, *The Law Merchant: The Evolution of Commercial Law*, 1983.

komen, waarin voor de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid slechts een geringe plaats behoort te worden ingeruimd. De treffende woordspeling om deze afkeer te uiten, is dat men spreekt over de “drogerende” werking van redelijkheid en billijkheid. Mendel heeft in zijn recente preadvies voor de Vereeniging Handelsrecht dit betoog zeer uitgebreid en gemotiveerd bestreden.<sup>159</sup> Het zou verhelderend zijn als in de discussie de inzichten niet alleen van juristen in wetenschap en rechtspraak, maar ook die van de ondernemers zelf zouden kunnen worden betrokken. Dan wordt meteen duidelijk welk type ondernemer men op het oog heeft: de honderdduizenden éénpitters zonder personeel, de ruim half miljoen kleine ondernemers met minder dan tien personeelsleden, de vijftigduizend middelgrote ondernemingen met tot honderd personeelsleden of de paar duizend echt grote ondernemingen. Nog belangrijk is dat mede onderzocht wordt de manier waarop contracten tussen ondernemers worden gesloten, uitgevoerd, aangepast en beëindigd, alsook hoe met meningsverschillen die bij de uitvoering rijzen, wordt omgegaan. Onder meer zal daarbij blijken dat men in handelscontracten al veel langer dan in de rest van het contractenrecht vertrouwd is met de figuur van een bemiddelaar die ervoor zorgt dat meningsverschillen niet ontaarden in juridische procedures, maar in onderling overleg, worden opgelost. Een, overigens beperkt, rechtssociologisch onderzoek naar de manier waarop kleine ondernemers met elkaar omgaan bij klachten en onderlinge geschillen, ondersteunt dit. Aan “hard and fast” contractenrecht is geen behoefte, wel aan “zachte”, niet-juridische vormen van probleempreventie en -oplossing.<sup>160</sup> Tekenend is voorts dat de algemene Principles of European Contract Law (de Lando Principles) nagenoeg identiek zijn met de louter op het handelsverkeer betrekking hebbende Principles of International Commercial Contracts (de Unidroit Principles).<sup>161</sup>

#### 4.7 *De staatssecretaris van financiën*

Een uitermate geslaagd voorbeeld van ontmaskering van argumenten door feitelijk onderzoek speelde onlangs in het belastingrecht. Het ging om een fundamentele kwestie: de verhouding van wetgever en rechter. De staatssecretaris van financiën verweet de belastingkamer van de Hoge Raad dat deze de regering beleidsinstrumenten ontnam door te pas

<sup>159</sup> M.M. Mendel, Welke rol spelen in het handelsrecht de redelijkheid en billijkheid - met name in hun beperkende werking - in rechtsverhoudingen tussen ondernemers en wat behoort die rol te zijn?, preadvies Vereeniging Handelsrecht, 2000, p. 129-238; idem Roger Brownsword, Individualism, Cooperativism and on Ethic for European Contract law, MLR 2002, p. 630 (nt 10).

<sup>160</sup> Alex Jettinghof, Het komt zelden voor. Beheersing van klachten en geschillen in relaties tussen bedrijven, diss. 2001.

<sup>161</sup> Hiermee spoort ook de studie van Nagla Nassar, Sanctity of Contracts Revisited. A Study in the Theory and Practice of Long-term International Commercial Transactions, 1995, waarin een aantal leerstukken wordt besproken, toegespitst op duurovereenkomsten van commerciële aard: interpretatie, goede trouw, informatie-, samenwerkings- en heronderhandelingsplicht, aanvulling van leemten, en aanpassing en wijziging op grond van veranderde omstandigheden. Er is weinig verschil met het niet-commerciële privaatrecht.

en vooral te onpas belastingwetten strijdig te oordelen met het gelijkheidsbeginsel van art. 26 IVBPR. De staatssecretaris meende dat de belastingkamer hiertoe in ons staatsbestel, gebaseerd op een evenwicht van machten, niet gerechtigd was. Zware verwijten derhalve, met een hoge inzet. Happé heeft de handschoen opgepakt en elf jaar rechtspraak van de belastingkamer over het gelijkheidsbeginsel van art. 26 IVBPR onderzocht.<sup>162</sup> Ik vermeld enkele cijfers van zijn bevindingen<sup>163</sup>: in totaal zijn er in die periode vijfenzeventig beslissingen over het beginsel gepubliceerd. In zes daarvan is discriminatie aangenomen. Dat is ongeveer 8% van het totaal. Op zichzelf al niet veel, maar het wordt nog minder. Van de zes discriminatieuitspraken zijn er drie vrijwel onmiddellijk door de wetgever gecodificeerd. Dat wijst er niet op dat de wetgever vond dat de rechter het mis had gehad. Van de overige drie beslissingen betrof één een kwestie die bij amendement was ingevoegd en waarvan de staatssecretaris zelf al in de tweede kamer aanvaarding had ontraden, omdat zijns inziens sprake was van strijd met het gelijkheidsbeginsel van art. 26 IVBPR. De HR liet uiteraard niet na in zijn motivering hiernaar te verwijzen. Happé spot: gelukkig maar, staatssecretaris, dat er een rechter was die deed wat u politiek niet klaarspeelde. Alleen moest de staatssecretaris daardoor wel 250 à 300 miljoen gulden ophoesten en dat deed natuurlijk pijn. De beide resterende uitspraken hadden betrekking op het autokostenforfait en het arbeidskostenforfait. De Hoge Raad oordeelde die regelingen discriminatoir, maar vond dat het zijn rechtsvormende taak te boven ging te bepalen wat moest gebeuren. Dat hield in dat hij de overheid de financiële gevolgen van de discriminatie bespaarde. Vraag: is dat een rechter die de wetgever/regering beleidsinstrumenten uit handen slaat? De vraag is retorisch, want het onderzoek van Happé laat geen andere conclusie toe dan dat van de zware verwijten van de staatssecretaris aan de belastingkamer niets, maar dan ook niets overbleef.

#### 4.8 *Behoefte aan harde feiten onmiskenbaar*

Het verheldert de discussie derhalve aanzienlijk indien men over dit soort harde feiten beschikt. Zo wordt bijvoorbeeld het echtscheidingsrecht vaak genoemd als een bij uitstek geschikte proeftuin voor mediation. Uit cijfers blijkt evenwel dat slechts in 10% van de zaken partijen er in onderling overleg niet uitkomen. Daarmee staat vast dat het onverstandig zou zijn wanneer men over de gehele linie in echtscheidingszaken mediation zou invoeren.<sup>164</sup> Interessant is ook de vraag of erfenissen en schenkingen in de huwelijksgemeenschap behoren te vallen. Thans luidt het antwoord bevestigend, maar in het nieuwe, nog in werking

<sup>162</sup> R. Happé, *Schuivende machten. Over trias politica en het gelijkheidsbeginsel in het belastingrecht*, oratie 1999, nader uitgewerkt in zijn artikel *Toetssteen of steen des aanstoots*, *Regelmaat*, 2000, p. 151-161.

<sup>163</sup> Met weglating van nuances. Zie daarvoor de in de vorige noot genoemde bronnen.

<sup>164</sup> Antwoord van de Minister van Justitie tijdens een algemeen overleg op 7 januari 2003 met de Tweede Kamer over de begroting van justitie, *Kamerstukken II 2002/03*, 28 600 VI, nr. 123, p. 7.

te treden, huwelijksvermogensrecht wordt dit anders en blijven de verkrijgingen privé. De wetgever heeft bij wege van overgangsregel gekozen voor eerbiedigende werking, dit wil zeggen dat in bestaande huwelijksgemeenschappen de verkrijgingen gemeenschappelijk blijven. Het argument is de rechtszekerheid, die een zo ingrijpende wijziging niet zou verdragen. Verbeke<sup>165</sup> toont evenwel met cijfers aan dat er helemaal geen ingrijpende veranderingen plaatsvinden als men niet voor eerbiedigende werking kiest, omdat bij schenkingen vrijwel altijd wordt bepaald dat ze buiten de gemeenschap moeten blijven en omdat 85% van alle erfenissen van enige omvang openvallen in de top 20% van de rijkste families waar testamentaire regelingen met uitsluitingsclausules gebruikelijk zijn.

Helaas echter zijn toetsbare gegevens vaak niet beschikbaar. De jurist oordeelt dan toch (de rechter moet wel), maar dat gaat op zijn best als volgt. Is een mobiele laadschop - een grote machine om zware voorwerpen te versjouwten, bijvoorbeeld bij bouwprojecten of bij bestratingen van wegen - voor een kind van drie iets dat afschrikt of juist een onweerstaanbare aantrekkingskracht uitoefent? De vraag is van belang in verband met de voorzorgsmaatregelen en daaraan verbonden kosten die men van de gebruiker van de laadschop mag eisen om ongelukken te voorkomen. Het hof oordeelde in de zaak van Martin Smit<sup>166</sup> dat men ervan mag uitgaan dat een kind van drie geïmponeerd is en op veilige afstand van de machine zal blijven. De Hoge Raad daarentegen sprak van een gevaarlijke attractie voor zeer jonge kinderen, waarop de machinist - niet gewoon chauffeur of bestuurder, maar machinist - had moeten anticiperen. Wat is waar? De annotator was niet geïnteresseerd: ongeacht of het oordeel van de Hoge Raad door kinderpsychologen wordt onderschreven, de beslissing is uit een oogpunt van veiligheid voor kinderen alleen maar toe te juichen. Het waardeoordeel vervangt de feiten.

Met zoveel woorden is dit laatste vooropgesteld in het interim-rapport over een fundamentele herziening van het burgerlijk procesrecht in Nederland. Gezegd wordt dat de gedane voorstellen niet zijn ingegeven en niet worden gedragen door empirische gegevens over problemen en knelpunten – die gegevens zijn er niet -, maar dat ze berusten op het door studie en ervaring gevormde eigen kompas van de onderzoekers.<sup>167</sup> Ook Du Perron betoogt in zijn preadvies over genoegdoening in het civiele recht dat nadere studie naar de werkelijke behoeften en wensen van slachtoffers dringend geboden is.<sup>168</sup> Het huidige aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht is grotendeels gebaseerd op overgeleverde

<sup>165</sup> Alain Verbeke, Overgangsrecht in de derde tranche huwelijksvermogensrecht, WPNR (2003), p.

<sup>166</sup> HR 25 september 1981, NJ 1982, 254 (Martin Smit).

<sup>167</sup> W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken, m.m.v. I.N. Tzankova, a.w. (nt. 37), p. 18.

<sup>168</sup> C.E. du Perron, a.w. (nt. 65), p. 105-161 (p. 118, 137, 144, 159, 160). Het wordt geprobeerd in Gerrit van Maanen (red.), a.w. (nt. 65). De psychiater Eric Vermetten, Posttraumatische Stress Stoornis. Belang van een zorgvuldige diagnose, concludeert daarin op p. 79 dat het niet bekend is wat de gevolgen zijn van financiële compensatie voor schokschade. Ook hij bepleit nader (psychiatrisch) onderzoek.

indelingen en keuzen. Het wordt tijd voor een mede op sociaal-wetenschappelijk onderzoek steunende nieuwe aanpak.<sup>169</sup> Werken zekerheidsrechten naar behoren? Wij weten het niet. Is een Europese harmonisatie van het overeenkomstenrecht nodig voor een goed functionerende gemeenschappelijke markt? Academics beweren van wel, maar hebben daarvoor nog geen enkele bewijs aangedragen. Het bedrijfsleven zelf weerspreekt de bewering.<sup>170</sup>

#### 4.9 Een voorzichtige trendbreuk?

Inmiddels is sprake van een verhoogde aandacht voor de feitelijke grondslag en voor de maatschappelijke, soms averechtse effecten van voorgenomen oplossingen en keuzen. Voorlopig komen wij echter nog niet veel verder dan dat meer mensen dan tot voor kort het belang onderkennen van empirisch onderzoek. Het is beslist nog geen standaardonderdeel van literatuur en rechtspraak. Ook bij wet- en regelgeving speelt het op dit moment geen echt belangrijke rol, aldus Van den Bergh.<sup>171</sup> Dat er tijdens de studie niet of nauwelijks aandacht is voor inter- en multidisciplinariteit is hiervan eerder oorzaak dan gevolg. Men moet leren er oog voor te hebben en er mee om te gaan, want rechtseconomische gezichtspunten vormen niet meer dan een waarde temidden van andere waarden. Gesteld bijvoorbeeld dat bescherming van huurders op individueel niveau een groot goed is, maar macro-economisch gezien zeer nadelige gevolgen heeft voor de beschikbaarheid van voldoende woningen, dan betekent dit niet dat de bescherming moet worden afgeschaft, wel dat de behoefte aan bescherming moet worden afgewogen tegen de zwaarte van de nadelen en de mogelijkheden om ze in te dammen. Die afweging is niet eenvoudig, alleen al niet omdat juristen niet gewend zijn op macro-niveau te denken.<sup>172</sup> Individuele rechtvaardigheid ligt hen veel meer dan welvaartsmaximalisatie, al wordt individueel onrecht wel eens geofferd op het altaar van de rechtszekerheid.<sup>173</sup> Daarom, ook als gegevens beschikbaar zijn, is nog lang niet zeker dat juristen ze zullen gebruiken. Ik denk hierbij aan twee boeken over

<sup>169</sup> Hoe moeilijk dit is, blijkt al uit het feit dat ook de studiegroep Spier/Koziol die zich bezighoudt met de Europese harmonisatie van het aansprakelijkheidsrecht, niet tot een verbinding met sociaal-wetenschappelijk onderzoek is gekomen, althans tot nu toe niet. Evenmin is dit het geval in Zwitserland waar gewerkt wordt aan een algehele herziening van het aansprakelijkheidsrecht: Pierre Widmer en Pierre Wessner, *Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts*, 2000.

<sup>170</sup> Wouter Sniijders, a.w. (nt. 22), p. 9-11 wijst hierop. Ook Roy Goode, *Contract and Commercial law: the Logic and its Limits of Harmonisation*, 2003, p. 13, stelt vast dat de academics weinig empirisch ondersteuning voor hun bewering hebben gegeven, die "ironically, is disputed by the very sector on whose behalf it is made."

<sup>171</sup> R.J. van den Berg, *Averchts recht*, oratie 2000, p. 36-40. Van den Bergh concentreert zich op averechtse effecten van wet- en regelgeving. Een korte paragraaf is gewijd aan de rechtspraak (p. 54-60). Een uitputtend overzicht van de rechtseconomie biedt Boudewijn Bouckaert and Gerrit de Geest (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, 2000 (enkele duizenden bladzijden).

<sup>172</sup> Zie de voorbeelden die ik genoemd heb in par. 1.5.

<sup>173</sup> De harde opstelling tegenover termijnoverschrijdingen, niet alleen bij verjaring, maar ook in het proces- en beslagrecht, en in het hierboven genoemde voorbeeld van de samenwoner die huurder wilde worden, is een bekend voorbeeld.

informatieplichten in het overeenkomstenrecht, die beide mede op basis van rechtseconomische analyses proberen criteria te ontwikkelen wanneer op welke partij welke informatieplicht plicht rust.<sup>174</sup> Er gebeurt helaas vooralsnog weinig mee.<sup>175</sup>

---

<sup>174</sup> J.M. Barendrecht en E.J.A.M. van den Akker, *Informatieplichten van dienstverleners*, 1999 en Annick de Boeck, *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, diss. Antwerpen 2000, p. 45-74.

<sup>175</sup> Ik ben benieuwd hoe de verbinding die Van Boom, a.w. (nt. 153) legt met de psychologie zal uitpakken.

## HOOFDSTUK 5      AFSTANDELIJKHEID

### 5.1      *Notaris Q.*

Chazia Mourali heeft een bovenwoning in Amsterdam gekocht. Samen met een vriend wacht ze in de hal van notariskantoor Q. op haar afspraak voor het ondertekenen van de leverings- en hypotheekakte.

"Toen kwam Q. de trap af. Eén blik van zijn haviksoog en zachtjes mompelend volgden we hem naar zijn werkkamer. Daar kwamen de laatste, definitieve documenten op tafel. Over een paar kwartier zou het bovenhuis aan het water van mij zijn. De voorlezing begon.

"De op het verkochte betrekking hebbende titelbewijzen en bescheiden als bedoeld in artikel 9 Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek zijn, voorzover verkoper deze in zijn bezit had, aan koper afgegeven." Iemand moet me iets hebben toegestopt. Maar wat?

"Roerende zaken die volgens verkeersopvattingen bestemd zijn of zullen worden het pand duurzaam te dienen en door hun vorm als zodanig zijn te herkennen ...". Op deze woorden krijgen mijn hersenen evenmin vat. "Die mond kan weer dicht", zegt Q. meelevend. "Dat betekent sleutels". Nadat ik mijn kin van het tafelblad heb gelicht vraag ik opstandig waarom er dan niet sleutels staat. "Dat zou aanleiding geven tot verwarring", antwoordt Q. De anderen schijnen daaraan niets onlogisch te vinden en ik hou me weer in.

"Ingeval van verkoop van het onderpand, verpande roerende zaken en/of inning van verpande vorderingen strekt de netto-opbrengst in de eerste plaats tot verhaal van al hetgeen de debiteur alsdan aan de bank onder 1 genoemd verschuldigd is uit hoofde van verplichtingen, tot zekerheid waarvoor deze hypotheek is verleend. Voor zover na voldoening van de hiervoor bedoelde schulden van de debiteur aan de bank onder 1 genoemd nog een batig saldo van de netto-opbrengst overblijft, strekt dit tot verhaal van al hetgeen de debiteur alsdan aan de bank onder 2 genoemd verschuldigd is uit hoofde van verplichtingen, tot zekerheid waarvoor deze hypotheek is verleend."

Nu begint het me te dagen. Het is helemaal niet de bedoeling dat ik precies begrijp wat daar staat. Want wat voor handel wordt er eigenlijk gedreven in deze wereld van dorre dossiers en droogstoppelige contracten? Hier wordt vastgelegd wat broeit in de krochten van de menselijke ziel. De wrok waarmee een vader zijn zoon onterft, de hartstocht waarmee geliefden hun bezit delen, het wantrouwen waarmee een bankier zijn schuldenaar bedreigt. Q. leidt ons van de ene levensfase naar de andere en heerst over begeerte, haat, liefde en dood. Ontvlambaar spul. Maar zijn plechtstatige jargon smoort elke emotie. Stel dat ik meteen zou snappen wat voor geselen de bank mij in het vooruitzicht stelt als ik niet meer in staat ben mijn lening af te betalen. Dan zou ik



waarschijnlijk morren na alle glimlachende adviezen waarin haar employés mij de afgelopen weken hebben gekoesterd. Nu teken ik gedwee dat ik glimlachend zal toezien hoe de deurwaarder mijn keuken zal slopen, mijn meubels zal weghalen en mijn woning zal veilen.”<sup>176</sup>

## 5.2 *De taal van de jurist*

De taal van de jurist weerspiegelt de manier waarop hij met het recht omgaat, maar ordent tegelijk die manier zelf ook, doordat de jurist alles wat aan hem in zijn hoedanigheid wordt voorgelegd, niet anders kan en mag benoemen dan in termen van het recht. Bij dat benoemen wordt hij in het burgerlijk recht geconfronteerd met begrippen en leerstukken die, als gevolg van eeuwenlange analyse en verfijning, inmiddels een zeer hoge abstractiegraad hebben bereikt.<sup>177</sup> Doel daarvan is het mogelijk maken van gelijkheid, veralgemening, herhaalbaarheid en voorspelbaarheid. Dat gaat echter niet zomaar; nodig is een dubbele vertaalslag.<sup>178</sup> Bij de eerste zoekt hij dwars door het individuele en particuliere van het concrete geval heen naar het abstracte begrip of leerstuk. De betrokken burger wordt als het ware herleid tot een mens zonder bijzondere eigenschappen; de zaak wordt ontdaan van alles wat haar uniek en anders maakt. Vervolgens maakt hij dan vanuit het abstracte begrip en leerstuk de vertaalslag terug naar het concrete geval. Hierbij zijn de specifieke omstandigheden wel relevant, maar niet helemaal. Alleen voor zover ze kunnen worden geschoven onder het in de eerste vertaalslag gevonden begrip of leerstuk worden ze in aanmerking genomen. Wat tot dat perspectief behoort, staat niet vast, maar is onderhevig aan veranderde inzichten en overtuigingen. Voor de beoordeling van de geldigheid van exoneratiebedingen bijvoorbeeld waren lange tijd uitsluitend omstandigheden relevant die licht konden werpen op de vraag of het beding bij het aangaan van de overeenkomst in strijd was met de openbare orde en goede zeden. Thans gaat het om een hele lijst omstandigheden, die bovendien niet beperkt zijn tot het aangaan van de overeenkomst.<sup>179</sup>

Kortom: alleen door een dubbele vertaalslag is in het burgerlijk recht een beoordelingskader te vinden dat uitstijgt boven het individuele en particuliere, en dat gelijkheid, veralgemening, herhaalbaarheid en voorspelbaarheid mogelijk maakt. De prijs die moet

---

<sup>176</sup> Chazia Mourali, Q., Volkskrant Magazine, 24 februari 2001, p. 13.

<sup>177</sup> In civil law-landen is dit versterkt door de codificatiegedachte van de 18<sup>e</sup> en 19<sup>e</sup> eeuw. Die was gericht, kort samengevat, op het verschaffen van een begripsmatige basisstructuur aan het burgerlijk recht.

<sup>178</sup> Dit wijst weer op twee nieuwe sprongen, de ene van concreet naar abstract, de tweede in omgekeerde richting. Zie voor andere sprongen par. 2.3.

<sup>179</sup> Het gaat onder meer om de hoedanigheid en onderlinge verhouding van betrokkenen, de wederzijdse belangen, de wijze van totstandkomen van het beding, en de verdere omstandigheden van het geval. Zie ook hierna in par. 5.3, waaruit blijkt dat wat in dit opzicht bij exoneratiebedingen is gebeurd, algemeen kenmerkend is voor het gehele burgerlijk vermogensrecht.

worden betaald, is fors. Er vindt een reductie plaats van wat de direct betrokkenen en andere geïnteresseerden als belangrijk ervaren. Ofwel wordt voorbijgegaan aan waar het hen nu juist om gaat, ofwel wordt nadruk gelegd op wat zij zelf niet essentieel vinden. Ook hun emoties en gevoelens, hoewel meestal sterk aanwezig, tellen niet echt mee. Ze worden gestold in juridische rationalisaties. Het gevolg is vervreemding, afstand. Betrokkenen herkennen zich niet meer in de feiten die de advocaat presenteert en de rechter tot uitgangspunt neemt.<sup>180</sup> Jan Leijten heeft dit proces van vervreemding heel mooi verwoord in “The judge’s story”.<sup>181</sup> Ik doe mij geweld aan en beperk mij tot het beginstuk en de slotzin.

“Dichten is afleren, moet Jacques Bloem ooit gezegd hebben: de dichter moet steeds meer durven weglaten om de kern van leven en dood te benaderen. Ook rechtspraak is in zekere zin afleren (al moet er zeker zoveel bijgeleerd worden): rechters moeten de kunde bezitten al het bijkomstige, al het niet kernachtige uit hun beslissing te weren. Maar het te bereiken doel, de kern, is bij dichter en rechter zeer verschillend. Rechtspraak is *reductie* van de werkelijkheid, leren ons de rechtssociologen. En alleen daardoor is rechtspraak in staat de veelvoudige werkelijkheid te temmen. Dichters die afleren verheven daardoor de werkelijkheid: het verhaal wordt korter, maar zegt meer. Het verhaal van de rechter – neergelegd in zijn vonnis – behoeft in het geheel niet kort te zijn en toch is het vaak een vermindering van de werkelijkheid.....

(D)e reductie heeft haar werk gedaan. Het verhaal is van zijn ziel beroofd.”

### 5.3 *Magistratelijkheid*

Twee consequenties van het voorgaande wil ik hier bespreken. De eerste is de moeizame verhouding van recht en maatschappij, de tweede is de al even moeizame omgang met emoties en gevoelens van betrokkenen en derden in het burgerlijk recht.

Schoo heeft het eerste met een deftig woord – het woord alleen al schrijdt, beseft hij – de magistratelijkheid van juristen genoemd.<sup>182</sup> Magistratelijkheid duidt op de afstandelijke houding van juristen jegens, kort gezegd, alles wat te maken heeft met de “stem van de maatschappij”. Op zichzelf is dit merkwaardig, want er bestaat een heel directe, onmisbare band tussen recht en maatschappij. Regels vertalen maatschappelijke verhoudingen in wat algemeen behoort. Vervolgens leggen ze dit behoren bindend op. Samengebracht in een systeem functioneren ze als een normatief raster dat de maatschappelijke werkelijkheid omspant. Welbewust en nadrukkelijk zijn veel verbindingen tussen beide tot stand gebracht. Zij bevestigen de onder-

<sup>180</sup> Zie ook J.B.M. Vranken, *Algemeen Deel*, 1995, nr. 13 en 14 over de manier waarop het verhaal van de cliënt eerst “gezeefd” wordt door de advocaat en vervolgens nog eens door de rechter.

<sup>181</sup> Jan Leijten, *Kleine hebzucht loont niet*. Kronieken, 2003, p. 287-289.

<sup>182</sup> H.J. Schoo, *Strafrecht, openbaarheid en de zweepslag van de democratie*, in: A. Ellian en I.M. Koopmans (red.), *Media & strafrecht*, 2001, p. 11-28.

linge afhankelijkheid en betrokkenheid en dwingen de jurist het burgerlijk recht te hanteren op een wijze die rekening houdt met wat in de maatschappij leeft. Met name gebeurt dit door in het recht criteria te formuleren die hem verwijzen naar – en nu volgt een lange, niet volledige lijst - de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt, naar de hoedanigheid van partijen en de in hun sociale kring bestaande gebruiken en gewoonten, naar de maatschappelijke en persoonlijke belangen, naar de omstandigheden van het concrete geval, en naar de redelijkheid en billijkheid, bij de vaststelling waarvan de jurist onder meer rekening moet houden met de in Nederland levende rechtsovertuigingen. De verwijzingen houden het recht open. Ze bestrijken grote delen, zo niet het gehele burgerlijke vermogensrecht. Hiermee spoort dat men aan een goed jurist de eis stelt dat hij met beide benen in de samenleving staat, zijn oren en ogen wijd open houdt en gevoel heeft voor maatschappelijke verhoudingen en ontwikkelingen.

Toch is de relatie tussen recht en maatschappij minder rimpelloos dan het voorgaande doet vermoeden. Er zijn spanningen en fricties. Sommigen spreken zelfs van een kloof. Hoe komt dat? Ik zie twee redenen. De eerste is dat juristen nooit geleerd hebben waar ze op moeten letten wanneer ze hun oren en ogen open houden. Wat worden ze verondersteld te zien en te horen? Welk gevoel voor welke verhoudingen moeten ze hebben? In de rechtenstudie, de rechtspraktijk en ook in het juridisch onderzoek spelen maatschappelijke of sociaal-wetenschappelijke invalshoeken, vraagstellingen en gegevens nog nauwelijks een rol. Het debat in het recht is vooral juridisch-conceptueel van aard, waarbij juristen soms weliswaar een beroep doen op bijvoorbeeld de behoeften van het handelsverkeer of de praktijk, maar, zoals gezegd in het vorige hoofdstuk, slechts hoogst zelden in staat zijn dit beroep met feiten te ondersteunen. En dan nog: wat zeggen bepaalde feiten in een juridische context? De tweede reden is dat juristen pretenderen het soms beter te weten dan wat men in de maatschappij vindt. Sterker nog: ze worden aangespoord het soms beter te weten. Zij mogen zich niet laten meesleuren door de waan van de dag, maar dienen het hoofd koel te houden, wordt gezegd. Het recht kent zijn eigen rationaliteit, heeft een eigen systeem en juristen zijn ervoor om deze rationaliteit, dit systeem in ere te houden en te verdedigen tegen inbreuken vanuit “de” maatschappij. Ook dit is een eigenschap die van een goed jurist wordt verlangd. Voor hem geldt, kortom, met een variant op een gedachte van Confucius die ik ergens las: denken in het recht zonder te letten op wat leeft in de maatschappij is dom; letten op wat leeft in de maatschappij zonder zelf te denken, is gevaarlijk.<sup>183</sup> De vraag naar de legitimiteit van de bijzondere status die juristen hiermee claimen wordt niet gesteld.

---

<sup>183</sup> Eertijds speelde dezelfde discussie in de rechtsvindingsliteratuur omtrent de “aanvaardbaarheid van rechterlijke uitspraken voor de justitiabelen.” Aanvaardbaarheid is niet het slaafs volgen van de meerderheidsopinie, zo luidde het betoog, maar dient hier soms dwars tegen in te gaan. Wanneer en onder welke omstandigheden? Dat is niet in het algemeen te zeggen. De rechter heeft zijn eigen

Een treffend voorbeeld van deze houding is te vinden in de discussie over het onbehagen in het strafrecht. Het voorbeeld kan “straffeloos” worden overgeplaatst naar het burgerlijk recht, want daar doet zich hetzelfde voor. Th. de Roos heeft over het onbehagen in het strafrecht een boek geschreven.<sup>184</sup> Daarop is door verschillende personen gereageerd, juristen en niet-juristen. Tot de laatsten behoort de al genoemde Schoo, uitgever en voormalig hoofdredacteur van Elsevier en adjunct-hoofdredacteur van de Volkskrant. De typering van magistratelijheid heeft hij in dit verband gemaakt. Eerst echter citeer ik de afsluitende conclusie van een jurist (een rechter): “... (E)r is niets op tegen dat onbehagen wordt geuit; dat houdt ook de rechter bij de les. Laat de rechter vooral ogen en oren open houden, laat hij vooral ook merken dat hij met de onvrede bekend is, laat hij duidelijk en begrijpelijk uiteenzetten waarom hij van oordeel is dat er beslist moet worden zoals er wordt beslist, en niet volstaan met de hautaine houding dat hij in zijn onafhankelijkheid en onafzetbaarheid en in de politieke luwte kan volstaan met het uitspreken van het machtswoord. Maar laat hij zich vervolgens vooral niet leiden door de luimen van de dag. Het recht kent zijn eigen consistentie en evenwichtigheid. De rechter is er voor om die te behoeden en te behouden.”<sup>185</sup>

De reacties van de andere juristen ademen een zelfde geest uit. De rechter dient vooral op zijn post te blijven. Hij moet wel beter luisteren, maar ook beter uitleggen wat hij doet en waarom hij niet anders kan. Communicatie is het toverwoord.<sup>186</sup> Zo niet de buitenstaanders die op het boek van De Roos hebben gereageerd. De cultuursocioloog G.J.M. van den Brink<sup>187</sup> merkt op dat de ondertitel van het boek “Emotie en onbegrip over de rol van het strafrecht” doet vermoeden dat De Roos schrijft vanuit het perspectief van de burger die ontevreden is over het strafrecht en dat hij onderzoekt hoe maatschappelijke noties en ervaringen van buiten de rechtszaal beter tot hun recht komen in de juridische systematiek. Het tegendeel is het geval, aldus Van den Brink. Het boek is een apologie van het bestaande systeem. “Rationaliteit van en begrip voor het strafrecht”, zou daarom een betere ondertitel zijn geweest. De Roos is een professional die enerzijds bezorgd is over de afstand tussen de professionals en het publiek, over de spanning tussen de eigen overwegingen van het juridisch systeem en de eisen en behoeften van zijn maatschappelijke omgeving. Anderzijds is hij vol reserve en wantrouwen als het erom gaat de oplossing te zoeken in een aanpassing of openstelling van

---

verantwoordelijkheid. Maar welke is dit?

<sup>184</sup> Th. de Roos, *Het grote onbehagen. Emotie en onbegrip over de rol van het strafrecht*, 2000.

<sup>185</sup> J.H.M. Willems, *De rechter en het onbehagen*, NJB 2000, p. 2190. Het artikel is gepubliceerd in een special van het NJB (2000, p. 2169-2191) en bevat, behalve van Willems, bijdragen van de cultuursocioloog G.J.M. van den Brink en van de juristen C.P.M. Cleiren, N.A. Kalsbeek-Jasperse, J.L. de Wijkerslooth en Th. de Roos zelf.

<sup>186</sup> Overigens is dit een reactie die men altijd aantreft, ook buiten het juridische. Een voorbeeld: een politieke partij doet het niet goed bij de kiezers. De oplossing? Men kan meestal niets anders verzinnen dan: beter luisteren naar de achterban, maar (vooral) ook beter uitleggen wat de leiding van de partij doet en waarom.

<sup>187</sup> G.J.M. van den Brink, *Waar komt het grote onbehagen vandaan?*, NJB 2000, p. 2173-2178 (1277).

het juridisch systeem. Schoo is over dit laatste feller: “Juristen hebben een afkeer van externe invloeden, de straat, de waan van de dag, van het behagen van het gepeupel, van de pers ook.” Het recht is een zaak van ingewijden, van professionals. Alleen aan hen kan het delicate handwerk met een gerust hart worden toevertrouwd. De professionals willen ook niet anders, want leken kunnen het niet.<sup>188</sup> Die maken er een rommeltje van.

Om die reden is bijvoorbeeld ook juryrechtspraak in civil law-landen uit den boze, zowel in het strafrecht als in het burgerlijk recht. Jury's leiden alleen maar tot een terugval in primitiviteit, irrationaliteit, onwetendheid, emotionaliteit, oppervlakkigheid en sensatielust. De berichten uit de Verenigde Staten waarin jury's in civiele zaken aan zieke rokers tientallen miljoenen dollars schadevergoeding toekennen, zijn in dit opzicht koren op de molen van de juristen. Vergelijk dit eens met de status die Lord Devlin in 1971 nog aan juryrechtspraak in Engeland toekende: “Each jury is a little parliament. The jury sense is the parliamentary sense. I cannot see the one dying and the other serving. The first object of any tyrant in Whitehall would be to make Parliament utterly subservient to his will; and the next to overthrow or diminish trial by jury, for no tyrant could afford to leave a subject's freedom in hands of twelve of his countrymen. So that trial by jury is more than an instrument of justice and more than one wheel of the constitution: it is the lamp that shows that freedom lives.”<sup>189</sup> Inmiddels zijn in Engeland in civiele zaken de jury's vrijwel over de gehele linie afgeschaft.<sup>190</sup> Daar is geen tiran aan te pas gekomen, het parlement is nog springlevend en ook brandt de fakkel van de vrijheid nog steeds. Anders dan Lord Devlin meende, is afschaffing van juryrechtspraak dus toch geen symptoom van een democratisch tekort.

#### 5.4 *Emoties en gevoelens*

De taal van de notaris Q. in het verhaal van Chazia Mourali aan het begin van dit hoofdstuk is de taal van de jurist in het burgerlijk recht. Meestal iets minder plechtstatig, gelukkig, maar in het algemeen is zijn taalgebruik zakelijk, rationeel, nuchter, formeel, een beetje ouderwets ook, en soms doorspekt met Latijnse uitdrukkingen.<sup>191</sup> De afstandelijkheid van de juristentaal kan

---

<sup>188</sup> Uitgaande van de bestaande situatie is dat ook zo. De abstractiegraad van het burgerlijk recht is zo hoog dat speciale “intermediators” (juristen) nodig zijn om de vertaalslag te maken naar het concrete geval met al zijn bijzonderheden. De intermediators doen dat echter op een manier die qua aanpak en argumentatie sterk geënt blijft op de hoge abstractiegraad, en dat vergt opleiding, oefening en ervaring.

<sup>189</sup> Lord Devlin, *Trail by Jury*, revised edition 1971, p. 164.

<sup>190</sup> Dat is al in de jaren tachtig gebeurd en gecontinueerd in de, op basis van de rapporten van een commissie onder leiding van Lord Woolf, eind april 1999 in werking getreden nieuwe Civil Procedure Rules. Het recht op juryrechtspraak bestaat met name nog in zaken over deceptie, libel, slander, malicious prosecution en false imprisonment.

<sup>191</sup> Zie over het gebruik van Latijnse begrippen uitdrukkingen in de rechts- en procestaal onder meer H.L. Drucker, *De taal onzer vonnissen*, RM 1896, p. 257-271, met verdere bronvermeldingen. Inmiddels is het minder geworden. In Frankrijk is zelfs een commissie ingesteld met de opdracht tot modernisering van de taal in het recht, waaronder het vervangen van Latijnse uitdrukkingen door

doorwerken tot in iemands persoonlijk leven. Van de beroemde Engelse jurist Austin wordt verteld dat hij, geknecht door zijn jarenlange gebruik van de juridische taal, de brief waarin hij zijn toekomstige vrouw ten huwelijk vroeg, in dezelfde stijl aan haar heeft toegezonden. Verontrust heeft zij zich tien maanden moeten bedenken.<sup>192</sup>

Er zijn onderlinge verschillen tussen de beroepsgroepen. Het meest “tongue in cheek” is de procespraktijk. Voor zover ik kan zien<sup>193</sup>, gedragen de professionele procesdeelnemers zich in hun onderlinge verkeer overwegend beheerst. Een rechter veegt in zijn uitspraak een advocaat niet gauw de mantel uit omdat die bijvoorbeeld een stelling of verweer heeft laten liggen.<sup>194</sup> Ook tussen hogere en lagere rechters gebeurt dit zelden of nooit. Het omgekeerde, waardering of respect voor diens aanpak of beslissing, treft men overigens in de regel evenmin aan.<sup>195</sup> Eventuele kritiek op rechterlijke uitspraken wordt door advocaten meestal in hoffelijke termen gegoten, vaak nog voorafgegaan door verontschuldigen als: met alle eerbied, of: ik kan mij vergissen, maar ik verstout mij toch op te merken dat (en dan volgt de kritiek). Aan de scherpheid van de kritiek hoeft dit overigens niet af te doen. Zo in een geval waarin de emoties gierend om de hoek lagen en de vraag rees: waarom cassatieberoep, advocaat? Het antwoord is als een sissende vulkaan onder een ijskap. “Omdat, Edelhoogachtbaar College, in deze zaak, naar mijn overtuiging, onrecht dreigt te geschieden, althans omdat daarin, naar mijn overtuiging, tot nu toe, door samenloop van omstandigheden, géén recht is gedaan.”<sup>196</sup> Ook de dubbele en driedubbele ontkenningen zijn uitermate geschikt om te tonen dat men zich moeilijk in een uitspraak kan vinden, maar de boosheid nog net niet uit de band laat springen.

---

Franse. De praktijk heeft er zich weinig van aangetrokken, aldus Eva Steiner, a.w. (nt. 41), p. 156-157.

<sup>192</sup> Gelezen in Jan Leijten, *God houdt niet van rechters*, 2000, p. 142

<sup>193</sup> Ik heb geen voldoende zicht op de manier waarop advocaten hun correspondentie voeren en evenmin hoe het er in de lagere rechtspraak aan toe gaat, bijvoorbeeld bij comparities.

<sup>194</sup> Er is wel discussie over of dit niet anders moet worden, in die zin dat de rechter partijen hierop wijst als dat voor de beslechting van het geschil beter is. W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken, m.m.v. I.N. Tzankova, a.w. (nt. 37), p. 79-84 hebben hierover suggesties gedaan, maar tot nu toe is daarop overwegend negatief gereageerd. Vergelijk M.M.L. Harreman en M.L. Tuil, *Verslag van de voorjaarsvergadering van de Nederlandse vereniging voor procesrecht over het Interim-rapport*, TCR 2003, p. 49-58 (p. 49), en A. Hammerstein, *Een evenwichtig rapport*, TCR 2003, p.60/61. Zie ook het themanummer over het Interim-rapport in het NJB, 2003, p. 1695-1717, onder meer de grondige bespreking ervan door H.J. Snijders, *They have a dream...een fundamenteel nieuw wetboek van rechtspleging*, p. 1696-1707.

<sup>195</sup> J.M. Barendrecht, *De Hoge Raad op de hei. Kwaliteitsbewaking en leiding over de rechtspraak door de civiele cassatie: een analyse en denkrichtingen voor de toekomst*, 1998, o.m. p. 82-136 toont aan dat de Hoge Raad (als hoogste in de hiërarchie) talrijke andere mogelijkheden heeft om leiding te geven aan de rechtspraak dan de thans gepraktiseerde: vernietiging van de lagere uitspraak en verwerping van het cassatieberoep. Overigens kan de oplettende lezer van de rechtspraak van de Hoge Raad vaststellen dat behalve vernietiging en verwerping de Hoge Raad ook veel verfijndere methoden gebruikte en nog steeds gebruikt. Vergelijk reeds de analyses door J.van Schellen eind jaren zeventig, begin jaren tachtig van de vorige eeuw, achtereenvolgens te vinden in *Handelingen NJV 1978-2*, p. 24-31, en in de in noot 66 vermelde drie redes. Voor een overzicht van nog weer andere, soms heel vergaande mogelijkheden van de Hoge Raad om zijn taak als leidinggevende instantie beter te vervullen, vergelijk J.B.M. Vranken en I. Giesen (red.), a.w. (nt. 26), o.m. p. 171-176.

<sup>196</sup> Pleitnota van mr. S.K. Martens in de zaak van HR 26 maart 1971, NJ 1971, 262 (Jan de Waard), gepubliceerd in *Verkeersrecht 1971*, p. 272-282 (p. 272).

Ian McEwan noemt de salonhoffelijkheid van dit soort dubbele ontkenningen ontroerend verhelderend. Vrij vertaald is het verwijt immers: Had beter nagedacht, rechter, voordat je een beslissing nam! Nu heb je iets gedaan waar we geen kant mee op kunnen.<sup>197</sup>

Advocaten-generaal bij de Hoge Raad zijn soms uitgesprokener. Koopmans heeft ooit over een cassatiemiddel de onvolprezen opmerking gemaakt dat het even ondoordingbaar was als een namiddagse subtropische regenbui. Meestal echter sneuvelen dit type opmerkingen over advocaten en partijen (en over de beslissingen van lagere rechters) onder de deleteknop van de pc zodra de irritatie is gezakt; en dat is vaak al meteen nadat ze zijn opgeschreven. Advocaat-generaal Spier heeft de deleteknop niet gevonden toen hij verzekeraar AMEV kapittelde over diens procedeerlust. “Wat bezielt een verzekeraar om voor ongeveer f. 23.000 een dergelijke poging te ondernemen? Een poging die, bij succes, allicht voor hem en vele andere verzekeraars en laedentes als een boemerang met veel geweld terugslaat in andere zaken waarin wèl relevante bedragen in het geding zijn. Het ligt voor de hand te veronderstellen dat zich in deze zaak – en in zoveel andere zaken, helaas – wreekt dat iemand zich blindstaart op één geval zonder zich de vraag te stellen wat de consequenties kunnen zijn voor andere gevallen. Kortom: AMEV speelt met vuur.”<sup>198</sup> Waar de sympathie van de advocaat-generaal lag, is duidelijk: bij de verzekeraar, maar helaas was die volgens hem zo onverstandig een rechterlijke uitspraak uit te lokken die hem naderhand alleen maar last kan bezorgen. De verzekeraar had naar zijn mening de kwestie beter onbeslist kunnen laten. Maar willen wij dat verzekeraars zich zo opstellen?, vragen ook Hartlief en Tjittes<sup>199</sup> zich af. Behoort het niet tot hun maatschappelijke verantwoordelijkheid om waar dat kan duidelijkheid jegens verzekerden te creëren en niet uit eigenbelang de handen vrij te willen houden om eventuele claims af te wijzen?<sup>200</sup> De vraag stellen is haar beantwoorden.

Ook annotatoren kunnen er soms wat van. Annoteren is van oudsher nauw verbonden met rechtsvorming.<sup>201</sup> Doel ervan is, behalve uitleg en voorlichting, beïnvloeding van de rechter in toekomstige gevallen. Dat gebeurt door de uitspraak te plaatsen in een bredere context, te wijzen op implicaties en mogelijke tekortkomingen, te zoeken naar de echte argumenten die er achter schuil gaan, en, als daar reden voor is, alternatieve uitkomsten, benaderingswijzen of

<sup>197</sup> Ik vond dit voorbeeld bij Ian McEwan, Het beschreven blad, Van der Leeuw-lezing 2002, in vertaling gepubliceerd in De Volkskrant van zaterdag 9 november 2002, Wetenschapskatern, p. 1. Hij schrijft daarin over Crick en Watson die in een artikel uit 1953 van nog geen twaalfhonderd woorden de DNA-structuur blootlegden.

<sup>198</sup> Conclusie onder 3.6 voor HR 31 januari 2003, NJ 2003, 346 (Drewel c.s./AMEV).

<sup>199</sup> T. Hartlief en R-J. Tjittes, Kroniek van het vermogensrecht, NJB 2003, nr. 16.

<sup>200</sup> De advocaat-generaal had de opmerkingen ook (alleen al) beter achterwege kunnen laten, omdat hij AMEV een stelling toedichtte die deze blijkens de beslissing van de Hoge Raad niet innam.

<sup>201</sup> Buitengewoon instructief over annoteren, ook wat de verschillen betreft tussen civil law-landen en common law-landen, is Neil Duxbury, a.w. (nt. 59), p. 48-59. Specifiek over de situatie in Frankrijk, Eva Steiner, a.w. (nt. 41), p. 179-185, die haar uiteenzettingen begint met een citaat van Dawson: “The analytical note is a great invention. It is hard to imagine what French Law would be without it.” In Frankrijk is het annoteren al begonnen in 1845 in het tijdschrift Dalloz. Zie voor Nederland C.J.H. Jansen, De Nederlandse bakermat van het annoteren, NJB 2003, p. 1757-1759.

redeneringen voor te stellen. Aandacht voor rechtsvergelijking kan met name bij dit laatste zeer vruchtbaar zijn.<sup>202</sup> Meestal is de toon van de annotatie gematigd en de kritiek zakelijk, maar er zijn uitzonderingen. Bekend is de filippica van H. Drion bij een arrest van 1968 over een 3-jarig kind dat spelend op de stoep door een vuilniswagen was overreden. “In deze zaak zien we - op een wijze die ik in 1968 voor onmogelijk had gehouden - de hartstocht van juridisch formalisme “tout entière à sa proche attachée” (...). Een advocaat die een onbegrijpelijke fout maakt, een Gemeente die ten laste van het slachtoffer van die fout wil profiteren, en een Hof dat de door de Rechtbank aan het slachtoffer toegeworpen reddingsboei wegrukt: al met al iets, waar je als jurist met een rood hoofd kennis van neemt.”<sup>203</sup>

Tegenwoordig lijkt de procespraktijk wat ongeduldiger te zijn geworden. In cassatie reageren advocaten in veel zaken op de conclusie van het parket door middel van zogenaamde Borgers-brieven<sup>204</sup>. Ze zijn soms uitermate vinnig. Ook worden sinds kort meer wrakingsverzoeken tegen rechters ingediend dan ooit. Toch is vergeleken met bijvoorbeeld de Bondsrepubliek Duitsland de kritiek op rechterlijke uitspraken in Nederland nog steeds buitengewoon mild, ook in de literatuur. De behoefte om de uitspraak in te bedden in het systeem wint het vaak van de kritische reflectie over wat er aan de hand was en hoe de uitspraak ook had kunnen luiden. Denken in mogelijkheden en alternatieven is in civil law-landen niet sterk ontwikkeld. De overheersende houding is er een van: met de uitspraak is een bepaalde kwestie beslist en het is verstandig daarvan goede nota te nemen. Het is veel belangrijker zo precies mogelijk de betekenis en reikwijdte ervan te doorgronden dan zich af te vragen of het niet beter of anders had gekund.

De felste kritieken worden in Nederland geleverd door juridische auteurs op elkaars werk. Desalniettemin ontaarden ze zelden in polemieken, tenzij men iedere reactie en naschrift op artikelen in juridische tijdschriften als zodanig wil betitelen, maar dat zou bepaald te veel eer zijn. In het Weekblad van 't Recht werd in de 19e eeuw heel wat vaker en ook scherper gepolemiseerd. Maar toen rekende de redactie van het tijdschrift het nog niet tot haar taak

<sup>202</sup> Overigens wordt tegenwoordig niet slechts geannoteerd in tijdschriften die (nagenoeg) uitsluitend rechtspraak publiceren - daar is het annoteren begonnen -, maar heeft vrijwel ieder tijdschrift in Nederland op het terrein van het burgerlijk recht een rubriek rechtspraak waarin de recente uitspraken van, vooral, de Hoge Raad geannoteerd worden. De literatuur die via tijdschriften de jurist in het burgerlijk bereikt, bestaat voor gemiddeld tenminste een derde gedeelte uit weergave van en commentaren op rechtspraak. Ze reiken bepaald niet allemaal diep (dit is juristentaal voor: in meerderheid zijn ze grenzeloos oppervlakkig). Vaak herhalen ze alleen maar wat de Hoge Raad heeft beslist, en vullen dat aan met een niet altijd duidelijk verantwoorde greep uit de conclusie van het parket, hier en daar gevolgd door een korte eigen mening.

<sup>203</sup> Noot onder HR 26 april 1968, NJ 1969, 19 (Rietbroek/Alkemade). H. Drion was overigens in deze zaak ook over de Hoge Raad niet tevreden, want die had volgens hem de kern van de zaak miskend.

<sup>204</sup> Gevolg van een beslissing van EHRM 30 oktober 1991, NJ 1992, 73, waarin is geoordeeld dat een conclusie in cassatie, zelfs al is deze objectief, vanuit het gezichtspunt van de procespartijen niet als neutraal kan worden beschouwd. Daarom moeten partijen uit hoofde van het beginsel van fair trial de gelegenheid hebben op de conclusie te reageren. De uitspraak van het EHRM betrof een strafzaak, maar de betekenis ervan is ook aanvaard in civiele cassaties. Sinds 2002 is dit in art. 44 lid 3 Rv verankerd. De termijn om te reageren bedraagt twee weken.



stevige aanvallen op anderen te weigeren of te laten bijstellen. Ook schoolvorming, met de daarmee verbonden verkettering van andersdenkenden, komt in het burgerlijk recht veel minder voor dan in andere wetenschappen. De reden is de verhoudingsgewijs gebrekkige theorievorming in het recht.<sup>205</sup>

### 5.5 *Jonge kinderen ontroeren het meest*

De toegankelijkheid en leesbaarheid van de uitspraken van de Hoge Raad zijn aanmerkelijk verbeterd sinds hij eind jaren zeventig van de vorige eeuw is overgegaan op het gebruik van de directe rede en zijn uitspraken bovendien volgens een vast patroon is gaan indelen in paragrafen met tussenkopjes. Het formele en geserreerde van de tot dan gebruikelijke dat-stijl, is toen in de ban gedaan. Opvallend is dat Van Schellen indertijd de overgang niettemin heeft begroet als een demonstratief te kennen geven van de Hoge Raad dat hij geschillen voortaan zakelijk afdoet, zonder franje en poeha. De uitspraken worden ontdaan van opsmuk; er is een zekere versobering, schrijft hij.<sup>206</sup> Mijns inziens kon het niet soberder dan voordien.

Wat hiervan zij, de taal van de Hoge Raad is afstandelijk gebleven. Empathie, mildheid, begrip, medeleven, empathie of afkeuring over de worstelingen en ontsporingen van de condition humaine, of over het lot dat sommigen wel erg hard kan treffen, kan men op zijn best tussen de regels door lezen. Een vrouw, buiten gemeenschap van goederen gehuwd met een rijke tandarts, maar zelf onvermogen, moet gedurende het echtscheidingsgeding met twee minderjarige kinderen zien rond te komen van een alimentatie die als gevolg van beslagen door de man, jarenlang niet meer bedraagt dan de beslagvrije voet (90% van het minimumniveau). Op zeker ogenblik heeft de vrouw, mogelijk uit wanhoop dat ze de eindjes niet aan elkaar kon knopen, de handtekening van haar man vervalst en een aan hem toebehorend aandelenpakket verkocht voor bijna f 9.200. De man had de aandelen jaren eerder gekocht voor f 25.000, maar nadien waren ze sterk in waarde gedaald. Hij ontdekt wat gebeurd is en vordert f 25.000 terug. De rechtbank wijst toe, maar het hof matigt de terugbetaling tot f 9.200, het bedrag dat de vrouw zelf uitgegeven had. De Hoge Raad maakt korte metten met de beslissing van het hof. Matiging is slechts bij hoge uitzondering toegestaan en de omstandigheden van het concrete geval rechtvaardigen geen uitzondering, klinkt het streng.<sup>207</sup> De Hoge Raad zegt het niet, maar op de achtergrond proeft men: fraude mag niet. Punt uit. Voor begrip en compassie is geen plaats. Kennelijk ook niet voor de vraag waaraan de vrouw het geld heeft besteed (het maakt verschil of dit aan plezierreisjes is opgegaan dan wel aan noodzakelijke kosten van levensonderhoud voor haar en de kinderen), en of ze andere mogelijkheden had het tekort aan te vullen (wijziging van de alimentatie voor de kinderen bijvoor-

<sup>205</sup> Ik besef dat ik deze stelling moet toelichten. Ik doe dat in een volgend hoofdstuk.

<sup>206</sup> J. van Schellen, *Handelingen NJV 1978-2*, p. 25.

<sup>207</sup> HR 28 mei 1999, NJ 1999, 510

beeld). Moet ze door toedoen van de man nòg langer leven op minder dan het minimumniveau? Als dat is wat de man wil bereiken, is het de vraag of het recht dit moet honoreren. De Hoge Raad laat het zonder enige kanttekening toe. Of speelt hier, afgezien van cassatietechniek, mee dat het geschil tussen partijen gefragmenteerd is en op diverse gescheiden fronten moet worden uitgevochten<sup>208</sup>, waardoor het niet als één geheel op zijn bord lag?

Slechts een enkele keer laat de Hoge Raad duidelijk blijken dat hij door een zaak is geraakt. Onder meer is dit het geval wanneer hij versterkende of vergrotende woorden gebruikt. In het Lekkende Kruik II-arrest doet hij dit zelfs op ongekend ruime schaal. Aan de orde was de aansprakelijkheid van een kraamverzorgster die lang geleden een kruik met heet water in het bedje van een pasgeboren baby (een meisje) had gelegd. De kruik was gaan lekken. Daardoor was de baby zo ernstig verbrand dat zij vanaf de eerste dag van haar leven invalide was. Het meisje, inmiddels een volwassen vrouw geworden, sprak de werkgever van de kraamverzorgster aan. De Hoge Raad: “Het betreft hier een *uitdrukkelijk* en *stringent* geformuleerd, in de kraamverpleging gebruikelijk veiligheidsvoorschrift (om alleen de zgn. Jordense veiligheidskruiken te gebruiken. JBMV), dat klaarblijkelijk strekt ter bescherming van *uitermate hulpelozen* - pas geboren baby's - tegen het gevaar van *zéér ernstig* letsel...” (mijn cursivering).<sup>209</sup> Het definitieve oordeel over de aansprakelijkheidsvraag moet de verwijzingsrechter vellen, maar de beslissing van de Hoge Raad voorspelt veel goeds voor eiseres.

In het algemeen kan men zeggen dat de Hoge Raad het meeste gevoel toont als het om kinderen gaat. Ook de hierboven vermelde filippica van Drion bij het arrest van 1968 en de woede van de advocaat Martens in 1971 hadden beide betrekking op zaken waarin jonge kinderen ernstig gewond waren geraakt door auto-ongelukken. In Ebele Dillema I van 1978<sup>210</sup>— met Drion in de kamer van de Hoge Raad die moest beslissen - was opnieuw zo'n geval aan de orde en opnieuw valt op hoe de Hoge Raad formuleert: “In 's Hof's opvatting wordt uit het oog verloren, dat voor een *zeer jeugdig* kind het gemotoriseerde verkeer *extra risico's* meebrengt, welke verband houden met het *onvermogen* van zulk een kind om een op de *gevaaren* van dat verkeer ingestelde voorzichtigheid te betrachten” (mijn cursivering). Daarmee waren de bakens uitgezet en was het niet meer nodig om in ieder nieuwe zaak over kinderen gevoelens van betrokkenheid uit te spreken als reden voor hun bescherming. De taal van de

<sup>208</sup> Partijen waren verwickeld in een echtscheidingsprocedure, alimentatieprocedure, boedelscheidingsprocedure, beslagprocedure en de onderhavige “gewone” procedure, gebaseerd op onrechtmatige daad.

<sup>209</sup> HR 1 oktober 1993, NJ 1995, 182 (Van Uitert/Stichting Kraamzorg). Zowel de advocaat-generaal De Vries Lentsch-Kostense als annotator C.J.H. Brunner betwijfelen of het in de tijd dat het ongeval gebeurde (1965) al zo gebruikelijk was om alleen Jordense veiligheidskruiken te gebruiken, zoals de Hoge Raad aan zijn beslissing ten grondslag legt.

<sup>210</sup> HR 30 juni 1978, NJ 1978, 685.

Hoge Raad is sindsdien in dit type zaken dan ook weer afstandelijk geworden, de motivering van zijn beslissing als vanouds overwegend juridisch-technisch.<sup>211</sup>

### 5.6 *Twee dijkbreuken: geef het persoonlijke een plaats in het recht.*

Uit het voorgaande volgt dat het door en door gerationaliseerde burgerlijk recht weinig ruimte laat voor emoties en gevoelens van betrokkenen. Boosheid, verdriet, een onheuse bejegening, spijt, ideële belangen, affecties, excuses of erkenning van aangedaan leed zijn in het burgerlijk recht geen juridische categorieën. Evenmin komen ze voor op de lijst van bij de beslissing in aanmerking te nemen relevante omstandigheden.

Ik beschouw de moeizame omgang met emoties en gevoelens, de afstandelijkheid, als de vijfde eigenaardigheid in de omgang met het burgerlijk recht. In *Yorkshire Ripper*<sup>212</sup> werd de behoefte van de moeder om te weten dat haar dochter niet alleen door domme pech was vermoord, omdat ze toevallig op het verkeerde moment op de verkeerde plaats was en daar toevallig de verkeerde persoon tegen het lijf liep, rechtens irrelevant geoordeeld. In dezelfde lijn ligt de Nederlandse beslissing inzake Jeffrey. Daarin vorderde een moeder een verklaring voor recht dat een ander schuldig was aan de dood van haar kind Jeffrey. Zij stelde dat het voor haar essentieel was dit te horen omdat zij pas daarna echt aan het proces van rouwverwerking kon beginnen. De Hoge Raad besliste koud en koel dat een dergelijk emotioneel belang zich niet leende voor bescherming in het burgerlijk vermogensrecht.<sup>213</sup> Bloembergen noemde dit een miskennis van het in onze cultuur welhaast existentieel belang om te weten wie verantwoordelijk is.<sup>214</sup> Maar ook zonder dat is er iets fundamenteel mis wanneer iemand als Jeffrey's moeder met lege handen naar huis wordt gestuurd, maar een verklaring voor recht dat kraaiende hanen psychisch letsel toebrengen, wel afgegeven wordt. Daarover mag zelfs tot in vijf instanties het rechterlijk apparaat worden geteisterd.<sup>215</sup>

Emoties en gevoelens moeten in het burgerlijk recht worden verstopt. Doe als de vrouw in de *wrongful birth-zaak*<sup>216</sup>, die na sterilisatie toch zwanger was geraakt en, zo vertelde zij in een interview, de arts alleen aansprakelijk had gesteld omdat hij haar zo

<sup>211</sup> Vergelijk de latere rechtspraak, onder meer te vinden in Asser-Hartkamp 4 III, 2002, nr. 224-224c.

<sup>212</sup> Besproken in par. 1.4.

<sup>213</sup> HR 9 oktober 1998, NJ 1998, 853 (Jeffrey). De uitspraak heeft tot soms heftige reacties geleid. Zie de discussie tussen G.E. Van Maanen en B.W.M. Nieskens-Isphording in NTBR 1999, p. 47-49 en p. 137-138, alsook het verslag van de jaarvergadering van de Vereniging voor Burgerlijk Recht in NTBR 2000, p. 150-153. De problematiek is eveneens aan de orde gesteld door C.E. du Perron, a.w. (nt. 65), p. 147-156, alwaar nog verdere verwijzingen naar relevante literatuur en rechtspraak. Hieraan is toe te voegen de herschrijving bij wege van experiment van het Jeffrey-arrest door J.M. Barendrecht, in: J.B.M. Vranken en I. Giesen (red.), a.w. (nt. 26), p. 101-110.

<sup>214</sup> In zijn noot onder HR 5 november 1999, NJ 2000, 63 (bigamie), waarin eveneens emotionele belangen niet als voldoende werden aangemerkt voor een verklaring voor recht.

<sup>215</sup> HR 29 oktober 1993, NJ 1994, 107 (Kraaiende hanen I) en HR 1 november 1996, NJ 1997, 134 (Kraaiende hanen II).

<sup>216</sup> HR 21 februari 1997, NJ 1999, 145. De vrouw had onder meer vergoeding van de opvoedingskosten van het kind gevorderd. Met succes.

onheus had bejegend. Hij had namelijk haar opmerking dat ze geen gezinsuitbreiding meer had willen hebben, beantwoord met een: zeur niet, mens. Ben blij dat je een gezond kind hebt. Die bothedheid kon de vrouw niet verdragen. Ze heeft haar vordering ingekleed als schadevergoeding, maar het geld (dat ze best kon gebruiken) wil ze zelf niet eens hebben. Ze hééft haar genoegdoening al doordat de arts aansprakelijk is gehouden. Alleen: ze heeft die genoegdoening slechts kunnen krijgen door niet te zeggen waar het haar om te doen was. Had ze haar echte argumenten en beweegredenen genoemd, dan zou ze bot hebben gevangen. Wie houdt in dit systeem wie voor de gek?

Intussen dienen zich enkele dijkbreuken aan in de afstandelijkheid van juristen in hun omgang met het burgerlijk recht. Ik noem er twee. De eerste vindt plaats in het procesrecht. Achtergrond is de hierboven genoemde dubbele vertaalslag, die ertoe leidt dat zodra een geschil of conflict in juridische termen wordt gekwalificeerd, onvermijdelijk een reductie plaatsvindt van wat in werkelijkheid voor de direct betrokkenen en andere geïnteresseerden belangrijk is. De feiten worden gezeefd op hun juridische relevantie; emoties en gevoelens worden weggedrukt. Het gevolg is dat in wat overblijft betrokkenen hun beleving van het geschil of conflict vaak niet meer herkennen. Dat werkt vervreemdend, schreef ik toen. Welnu, de dijkbreuk waar ik op doel, begint precies dit punt. Het is helemaal niet nodig, ja zelfs verkeerd, om zo ver afstand te nemen van de belevingswereld van betrokkenen, aldus een in Nederland en elders in Europa betrekkelijk recente stroming over alternatieve conflictoplossingsmethoden, in het bijzonder mediation.<sup>217</sup> De beleving, het verhaal van degenen die het betreft, met alle emoties en gevoelens die daarbij horen, dient juist centraal te worden gesteld. Alleen dan kan een echte oplossing worden bereikt waar zij beiden wat mee kunnen.<sup>218</sup> Het conflict - er wordt niet gesproken van geschil, want dat impliceert al een juridische invalshoek - komt in de volle, door de betrokkenen zelf gewenste omvang en intensiteit aan de orde. De mediator is geen rechter die knopen doorhakt, ook niet noodzakelijk een inhoudsdeskundige<sup>219</sup>, maar een onafhankelijke en neutrale derde die probeert betrokkenen (weer) met elkaar in gesprek te brengen en te houden. Dit

---

<sup>217</sup> Gebaseerd op een amalgaam van sociaal-wetenschappelijke en organisatiekundige theorievorming, waarbij overheidsrechtspraak slechts een van de manieren is om geschillen en conflicten op te lossen. Voor verwijzingen onder meer J.M. Barendrecht en E.J.M. van Beukering-Rosmuller, *Recht rond onderhandeling. Naar verbintenissenrecht, procesrecht en rechtspraak die sporen met moderne geschiloplossingsmethoden*, 2000, p. 13-16; E.R. Muller, *Conflictbeslechting. Kruisbestuiving van rechtswetenschap en bestuurskunde*, oratie 2001, p. 23-31.

<sup>218</sup> Mediation verschilt programmatisch in bijna alle opzichten van overheidsrechtspraak. In de literatuur treft men vaak staatjes aan waarin de verschillen in trefwoorden schematisch zijn weergegeven. Zie onder meer E.R. Muller, a.w. (nt. 217), p. 20; J.M. Barendrecht, *Rechtsvorming naar behoefte*, NJB 2000, p. 690-698; M. Pel, *Feiten zijn feiten?*, in: I. Brand e.a. (red.), *Recht(er) en belang*, BW-Krant Jaarboek, 2001, p. 91-104; N.J. Baas, *Mediation in civiele en bestuursrechtelijke zaken*, WODC rapport, 2002, p. 14-15.

<sup>219</sup> Annie de Roo en Rob Jagtenberg, *De praktijk van mediation in ons omringende landen. Een vergelijkend onderzoek in opdracht van het Ministerie van Justitie*, 2003, p. 45-50 komen tot de bevinding dat soms wel inhoudsdeskundigheid verlangd wordt, bijvoorbeeld bij arbeidsgeschillen.

veronderstelt als basishouding dat zij bereid zijn te overleggen en te proberen er samen uit te komen. De blik is vooral naar de toekomst gericht. Een oplossing moet voor beiden werkbaar en aanvaardbaar zijn, maar of die er komt en, zo ja, welke, is helemaal aan hen overgelaten. Ze kunnen daarbij zo vindingrijk zijn als ze willen, want enige beperking tot de remedies waar de overheidsrechter aan gebonden is, geldt voor hen niet.

Interessant is dat het vernieuwende van deze benadering mogelijk verder reikt dan het openbreken van de in het burgerlijk recht gebruikelijke afstandelijkheid, het thema van dit hoofdstuk. Tot nu toe is deze verdere stap niet gezet. De benadering in mediation is nog steeds in zoverre klassiek-juridisch, dat zij zich uitsluitend richt op conflictoplossing in concrete casus. In hoofdstuk 1 heb ik dit het eerste kenmerk van de omgang met het burgerlijk recht genoemd. Maar wat gebeurt er wanneer men de manier waarop in mediation recht wordt beschouwd, breder trekt? Zegt men dan in feite niet dat in het huidige burgerlijk recht sprake is van een heilloze tunnelvisie die de werkelijkheid geweld aandoet en daarom zo spoedig mogelijk in de ban dient te worden gedaan? Indien het antwoord hierop bevestigend luidt, impliceert dit niet minder dan een abolitionistische visie op het burgerlijk recht.<sup>220</sup>

De tweede dijkbreuk in de afstandelijkheid van juristen reikt minder ver. Zij hangt samen met het verschijnsel dat groepen burgers meer en meer geneigd zijn om leed dat hun gezamenlijk is aangedaan of dat als zodanig wordt ervaren, publiekelijk te uiten, en om, wanneer niemand anders verantwoordelijk kan worden gehouden dan wel andere arena's geen genoegdoening verschaffen, naar de overheid te wijzen. Van de overheid wordt dan verlangd dat zij begrip en medeleven toont, zich het lot van de groep aantrekt, desgewenst excuses maakt en beterschap belooft, en ook financieel over de brug komt, zelfs als zij strikt civielrechtelijk niet aansprakelijk is.<sup>221</sup> Voorbeelden zijn de vrouwen van Srebrenica, de nazaten van de slavernij in Suriname, joodse overlevenden die klagen over de kille opvang bij terugkeer uit de hel van de Holocaust, en degenen die getroffen zijn door rampen, zoals het neerstorten van een vliegtuig in de Bijlmer en Eindhoven, de zware aardbeving in Zuid-Limburg, de overstromingen in Zuidoost-Nederland, de vuurwerkramp in Enschede, de cafébrand in Volendam en de legionellabesmetting tijdens de Westfriese Flora in Bovenkarspel.<sup>222</sup>

---

<sup>220</sup> Vergelijk hoofdstuk 7.

<sup>221</sup> Termen in dit verband zijn emotiecultuur, emotiedemocratie en emotie-economie.

<sup>222</sup> Wat de genoemde rampen betreft, heeft de overheid zich in alle gevallen de belangen van de slachtoffers aangetrokken en financiële tegemoetkomingen verstrekt. Vergelijk E.R. Muller en C.J.J.M. Stolker (red.), *Ramp en recht*, 2001; NJB Special Overheidsaansprakelijkheid voor toezicht, 2001, p. 1647-1685; Arno Akkermans en Edward Brans (red.), *Aansprakelijkheid en schadeverhaal bij rampen*, 2002; J. Spier, *Rampscenario's*, oratie 2002; T. Hartlief, *Schadefondsen en de rol van de overheid*, in: *Kring van aansprakelijken bij massaschade*, LSA Symposium, 2002, p. 61-103; M.G. Faure en T. Hartlief, *Nieuwe risico's en vragen van aansprakelijkheid en verzekering*, 2002, o.m. p. 24-72 en p. 215-254, telkens met veel verdere verwijzingen.

Het kan niet anders dan dat deze houding doorwerkt in gevallen waarbij de overheid niet betrokken is. Ik denk aan de DSM die dertig jaar na een zwaar ongeval op haar fabrieksterrein waarbij negen werknemers om het leven waren gekomen, de nabestaanden alsnog een geldelijke tegemoetkoming heeft gegeven voor het feit dat zij (DSM) zich indertijd niets aan hun emoties en gevoelens gelegen had laten liggen en een louter juridische opstelling had gekozen.<sup>223</sup> Een andere categorie betreft de gevallen van naasten die schadevergoeding claimen wanneer een van hun dierbaren door fouten van anderen overlijden of ernstig gewond raken. Kan dat en, zo ja, onder welke voorwaarden?<sup>224</sup> De laatste jaren is hierover veel rechtspraak en literatuur verschenen. Taxibus, Jeffrey, Baby Joost, Johanna, Krüter-van de Pol, wrongful birth, Baby Kelly zijn de meest in het oog springende zaken in dit verband. Ik heb ze in andere hoofdstukken al besproken en herhaal dat hier niet.<sup>225</sup> Alleen al het feit dat erover geprocedeerd is, is tekenend. Volgens mij zouden betrokkenen dat enkele decennia geleden niet gedurfd hebben. Het zou niet gepast zijn gevonden. Nu gebeurt het wel en, meer nog, van de rechter wordt verwacht dat hij blijk geeft van inlevingsvermogen en empathie. In Baby Joost en Jeffrey heeft de Hoge Raad het wat dit betreft laten afweten, zowel in zijn motivering als in zijn beslissing. Ik denk dat mede onder invloed van de scherpe kritiek hierop, hij in het Taxibus-arrest voor het eerst wèl met zoveel woorden zijn medeleven heeft uitgesproken jegens de moeder die, geconfronteerd met de verminkingen van haar net overreden kind, daaraan een zodanige shock overhield dat zij ondanks jarenlange intensieve medische en psychiatrische begeleiding, niet meer normaal kon functioneren. De Hoge Raad begint als volgt: "In het onderhavige geval is sprake van een tragische gebeurtenis die de moeder ernstig heeft getroffen. De toewijzing van een vordering tot immateriële schadevergoeding kan slechts in (zeer) beperkte mate haar leed verzachten, doch kan wel in zekere mate een erkenning van het ondervonden leed betekenen." Zo heeft het bij de moeder ook gewerkt volgens haar advocaat<sup>226</sup>, maar zou dit ook het geval zijn geweest als de vordering was afgewezen? Ik denk dat niet voor niets de Hoge Raad in Jeffrey en in Krüter, waarin de vorderingen daadwerkelijk zijn afgewezen, niet is begonnen met eerst zijn empathie uit te spreken. Het had misschien als een Judaskus ervaren kunnen worden.<sup>227</sup>

---

<sup>223</sup> Blijkens krantenberichten van medio september 2003.

<sup>224</sup> Onderscheiden moet worden tussen de gevallen van affectie- en shockschade (Taxibus), en de gevallen waarbij naasten met zware zorgtaken worden belast (Johanna, Krüter-van de Pol, Baby Joost).

<sup>225</sup> Besproken of vermeld in par. 3.2, 3.3, 3.4 en 3.8; par. 4.5, en hierboven in dit hoofdstuk.

<sup>226</sup> De advocaat van de moeder heeft in het Tijdschrift Vergoeding Personenschade, 2002, p. 43-44 vermeld dat de mededeling aan zijn cliënte van de uitspraak van de Hoge Raad en van de daarin besloten liggende erkenning, haar heel goed heeft gedaan. De hoop is dat zij, met steun van deskundigen, nu wel misschien aan haar rouwverwerkingsproces kan beginnen en na verloop van tijd weer normaal kan functioneren.

<sup>227</sup> Vergelijk ook mijn noot onder het arrest in NJ 2003, 504, nr. 6 en 7. Optimistischer over het in de

Misschien dat ik te veel geïndoctrineerd ben door mijn opleiding, maar zelf hecht ik meer waarde aan wat Benjamin Cardozo, de beroemde Amerikaanse rechter, als leidraad formuleerde. Onder meer in *Law and Literature*<sup>228</sup> heeft hij het belang van de stijl van juridisch proza, ook van rechterlijke uitspraken, benadrukt. Stijl, schreef hij, is niet de vorm ter verfraaiing van een zakelijke inhoud. Stijl en inhoud zijn wezenlijk op elkaar betrokken. De aanpak en de manier waarop een rechter zijn oordeel verwoordt, verraadt het ethos dat hij als jurist aan partijen en daarmee aan de overige deelgenoten van de rechtsgemeenschap presenteert. Ik denk dat wanneer rechters zich hieraan houden, afzonderlijke woorden van betrokkenheid niet of nauwelijks nog nodig zijn.<sup>229</sup>

---

tekst gestelde, zijn C.M.C. van Zeeland, Y.P. Kamminga en J.M. Barendrecht, *Waar het mensen om gaat en wat het burgerlijk recht daarmee kan*, NJB 2003, p. 818-827 (827 l.k.).

<sup>228</sup> Opgenomen in Margaret E. Hall (ed.), *Selected Writings of Benjamin Nathan Cardozo*, 1947, p. 357-428.

<sup>229</sup> In uiteenlopende zin hierover ook I. Giesen, *Rechtspraak is mensenwerk*, *Recht der werkelijkheid* 2003, p. 39-44, en H. Kerckmeester, *Niet de emotie van de rechter, maar die van partijen*, *Recht der Werkelijkheid* 2003, p. 45-49. J. Spier, *De doem van de waan van de dag*, in: Gerrit van Maanen (red.), a.w. (nt. 65), 2003, p. 104-105 maakt mijns inziens een soortgelijke opmerking als ik over het belang van de stijl waarin uitspraken zijn opgeschreven.

## HOOFDSTUK 6 NIETS IN HET RECHT IS BLIJVEND, BEHALVE VERANDERING<sup>230</sup>

### 6.1 *Gevangen in het schema wetgeving-rechtspraak*

In aanvragen voor subsidie van onderzoekvoorstellen antwoorden juristen op de vraag naar de te hanteren methode van onderzoek steevast dat die bestaat uit bestudering van wetgeving, rechtspraak en literatuur. Tegenwoordig wordt hieraan als afzonderlijke methode nog de rechtsvergelijking toegevoegd, maar dit is in zoverre onjuist dat ook bij de rechtsvergelijking de wetgeving, rechtspraak en literatuur wordt bestudeerd, alleen dan van buitenlandse rechtsstelsels. Wel draagt de rechtsvergelijking bij aan een relativering van het eigen rechtsstelsel. Zij maakt bewust van andere oplossingen, andere mogelijkheden en andere denkstijlen. Een onmiskenbare verdienste is bovendien dat zij dwingt tot een bestudering op hoofdpunten met weglating van details.

Ook in de dagelijkse praktijk kenmerkt de omgang met het burgerlijk recht zich door een concentratie op wetgeving, rechtspraak en literatuur. In de voorafgaande hoofdstukken is hierover vanuit verschillende perspectieven al veel gezegd. In dit hoofdstuk kies ik een andere invalshoek. Ik wil de overheersende gerichtheid op wetgeving, rechtspraak en literatuur confronteren met de permanente veranderingen die in het burgerlijk recht plaatsvinden en die onvermijdelijk zijn als gevolg van de niet aflatende behoefte aan nieuw recht. Mijn stelling is dat ons denken in het burgerlijk recht gevangen is in het schema wetgeving-rechtspraak (over literatuur later meer), en dat met behulp hiervan aan de intrinsieke veranderlijkheid van het recht niet volledig kan worden tegemoet gekomen. Het hoofdstuk is als volgt opgebouwd. In par. 6.2 schets ik het schema en zijn exclusiviteitsaanspraak. Vervolgens bespreek ik de tekortkomingen van het schema en de gebruikelijke reactie, die de oplossing zoekt in een verbetering van de kwaliteit van de wetgeving (par. 6.3). Sinds kort wordt als oplossing tevens gepleit voor een rechtspraak, die stelselmatiger, bewuster en pro-actiever dan nu het geval is haar taak als rechtsvormer vervult (par. 6.4). In par. 6.5 laat ik het schema wetgever-rechtspraak achter mij en vraag aandacht voor wat genoemd kan worden de privatisering van het privaatrecht. Ik ga na of daarmee beter op de intrinsieke veranderlijkheid van het burgerlijk recht kan worden ingespeeld.

### 6.2 *De exclusiviteit van het schema*

Ter wille van het juiste perspectief, moet ik beginnen met een “lus”.<sup>231</sup> Wetgeven in zijn eenvoudigste vorm is het geven van algemene regels voor rechtsrelaties tussen

<sup>230</sup> Deze titel is geïnspireerd door de uitspraak van de Griekse wijsgeer Heraclitos: Niets is permanent, behalve verandering. P. Nijkamp, *Cris du coeur*, 2003, p. 30.

<sup>231</sup> Deze paragraaf is een forse bewerking en aanvulling van W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M.



rechtssubjecten, aldus Eijlander en Voermans in hun boek over wetgevingsleer.<sup>232</sup> Wetgeving op omvangrijke rechtsgebieden zoals het burgerlijk recht moet ingevolge art. 107 Grondwet (het codificatieartikel<sup>233</sup>) in beginsel in een wetboek geschieden. Door zijn omvang stelt dit hogere eisen. Niet alles kan worden voorzien. Terecht wordt dit steeds opnieuw benadrukt en bijvoorbeeld voorgehouden aan de voormalige Oostbloklanden die codificaties overwegen: een codificatie kan nooit uitputtend en volledig zijn, mag dat zelfs niet zijn, want dan gaat het mis. “The reason why in countries with old Civil Codes the courts are still able to find their ways lies in the fact that the legislators did not attempt too much.”<sup>234</sup> Portalis’ omschrijving in zijn Discours Préliminaire voor de Code Civil van de taak van de wetgever bij de totstandbrenging van codificaties is klassiek, maar nog steeds onovertroffen: “L’office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit: d’établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière.”

Portalis vervolgt met de zin die inmiddels in graniet geslagen lijkt en tot algemeen aanvaarde opvatting is geworden: het is de taak van de rechtspraak en de literatuur om door te dringen in de geest van de wet en om van daaruit haar toepassing te sturen.<sup>235</sup> Elders, zoals in Oostenrijk en later in Duitsland en Zwitserland, zijn soortgelijke formuleringen gebruikt.<sup>236</sup> Ook de wetgever nieuw BW in Nederland heeft de beantwoording van reeksen vragen en de verdere ontwikkeling van bepaalde leerstukken welbewust geëndosseerd aan de rechtspraak, in samenwerking met de juridische literatuur. De consequentie dat rechtspraak en literatuur dan ook rechtsvormende taken hebben, is voor de rechtspraak in de meeste landen pas betrekkelijk recent openlijk erkend, en voor de literatuur in het algemeen nog steeds niet. In Nederland lag de kwestie in feite nog scherper. Een belangrijke reden voor het parlement om in te stemmen met de hercodificatie van het burgerlijk recht

---

Vranken, m.m.v. I.N. Tzankova, a.w. (nt. 37), hoofdstuk 12, p. 249-251.

<sup>232</sup> Philip Eijlander en Wim Voermans, a.w. (nt. 14), p. 129. Ik spreek van wetgeven, waar regelgeven beter zou zijn, omdat er ook bijvoorbeeld verdragen, EG-richtlijnen en EG-verordeningen onder zijn begrepen. Wetgeven geeft echter duidelijker het overheidskarakter van regels aan, ter onderscheiding van wat hierna in par. 6.5 e.v. private regelgeving wordt genoemd.

<sup>233</sup> Daarover, in plaats van velen, P.A.J. van den Berg, Codificatie en staatsvorming, diss. 1996, en een artikel in RM Themis, 2002, p. 195-203, getiteld: De paradox van de codificatie: over de gevolgen van codificatie in Europa voor de rechtsvinding.

<sup>234</sup> W. Lorenz, On the “Calling” of our time for Civil Legislation, in: A. Harmathy en A. Németh, Civil law Codification and Special Legislation, Boedapest, 1990, p.128. Het citaat is met instemming aangehaald door R. Zimmermann, Codification: history and present significance of an idea. À propos the recodification of private law in the Czech Republic, ERPL 1995, p. 95-120 (114), die eraan toevoegt: “This requires the legislature to exercise considerable self-restraint”.

<sup>235</sup> “C’est au magistrat et au jurisconsulte, pénétré de l’esprit général des lois, à en diriger l’application”. Over sturende rechtspraak ook W. Witteveen, Evenwicht van machten, oratie 1991, p. 84-91.

<sup>236</sup> Zie R. Zimmermann, a.w. (nt. 234), p. 113-114 en 116-117 over deze landen. In dezelfde zin, maar vanuit de invalshoek van een regelscepticus, Cass R. Sunstein, Problems with Rules, California Law Review, 1995, p. 955-1026.

was de onwenselijkheid dat het privaatrecht zich buiten het BW om had verder ontwikkeld, met name in de jurisprudentie van de Hoge Raad.<sup>237</sup> Er zijn echter, denk ik, weinig burgerlijke wetboeken te vinden waarin uiteindelijk meer en openlijker geleund wordt op de rechtspraak als bron van recht dan het nieuwe BW.

Uit het voorgaande volgt dat in landen met een codificatie<sup>238</sup> van het burgerlijk recht wordt uitgegaan van een schema wetgeving-rechtspraak. Natuurlijk is het beeld in werkelijkheid ingewikkelder, maar als röntgenfoto voor wat ik over het burgerlijk recht in dit hoofdstuk aan de orde wil stellen, acht ik het voldoende verantwoord. In het burgerlijk recht stelt de wetgever algemene regels vast, de rechter moet die algemeenheden in concrete gevallen tot leven brengen. Daarbij dient hij, mede met behulp van de juridische literatuur, steeds opnieuw de reikwijdte ervan te bepalen, knelpunten en onvolkomenheden op te lossen, samenhang en verdieping aan te brengen, onder meer door achterliggende waarden en beginselen op te sporen, scherpe kanten weg te slijpen, en de regels op de hoogte van de tijd te houden door ze te interpreteren in het licht van de veranderende behoeften, omstandigheden en inzichten. Op onderdelen grijpt ook de wetgever in, met name onder invloed van Europese of internationale ontwikkelingen, maar in het burgerlijk recht komt veel op de rechter neer. Hij is het die het recht in beweging moet houden. In het nieuwe BW van 1992 is deze taakverdeling als het ware gecodificeerd.<sup>239</sup>

Met een fraaier, aan Dworkin ontleend, beeld kan men ook zeggen dat wetgeving en rechtspraak in het burgerlijk recht te vergelijken zijn met auteurs van een kettingroman waarin het verhaal zich steeds verder ontwikkelt.<sup>240</sup> Onverwachte wendingen of zelfs een nieuw plot zijn niet uitgesloten, mits ze uiteindelijk zijn in te passen in de verhaallijn. De ervaring leert dat het eindresultaat in het algemeen heel anders is dan in het begin redelijkerwijs te verwachten was. Vergelijk als proef op de som het burgerlijk recht van 1838 met dat van eind 1991, net voor de invoering van het nieuwe BW. De “ketting” die beide met elkaar verbindt is het BW van 1838, maar inhoudelijk zijn er zodanige werelden van verschil gegroeid, dat zelfs een Cassandra het zou hebben laten afweten.<sup>241</sup>

<sup>237</sup> J.H.A. Lokin & W.J. Zwolve, Hoofdstukken uit de Europese Codificatiegeschiedenis, 2001, p. 306-311 (307).

<sup>238</sup> Een beroemd voorbeeld in common law van precies dezelfde rolverdeling is art. 2 Uniform Commercial Code, ontworpen door de legal realist Karl Llewellyn. Ook hij ging ervan uit dat bepaalde open normen in art. 2 UCC door de rechtspraak nader ingevuld zouden worden. Dat is niet gebeurd, aldus Stewart Macaulay, *The Real and the Paper Deal*, MLR, 2003, p. 49-51. Zie ook hierna par. 6.4, waar gewezen wordt op het toeval dat bepaalt of en welke zaken tot de (hoogste) rechter doordringen.

<sup>239</sup> Over de maatstaven aan de hand waarvan deze taakverdeling door de wetgever nieuw BW tot stand is gebracht, vergelijk PG boek 6, p. 26-28, uitgewerkt door regeringscommissaris W. Snijders in zijn artikelen *Privaatrechtelijke problemen*, in: W.F. de Gaay Fortmann (red.), *Problemen van wetgeving*, 1982, p. 181-19, en *Systematiek en uitleg van het nieuwe BW*, NTBR 1992, p. 84-87.

<sup>240</sup> Ik ontleen dit aan W. Witteveen, a.w. (nt. 235), p. 97.

<sup>241</sup> Het treurige lot van Cassandra was dat niemand haar voorspellingen geloofde. Een nog sprekender voorbeeld overigens van het in de tekst gestelde, is de vergelijking tussen de ontwikkelingen in het Franse recht en het Nederlandse recht: het BW van 1838 was een nagenoeg

Het schema wetgeving-rechtspraak vertoont exclusieve trekken, niet alleen in de zin dat beide op elkaar zijn aangewezen, maar vooral dat stilzwijgend ervan wordt uitgegaan dat beide de enige rechtsvormers zijn in het burgerlijk recht.<sup>242</sup> Ik beschouw dit exclusiviteitsdenken als het zesde kenmerk van de omgang van juristen met het burgerlijk recht. Wat de wetgever niet doet of gedaan heeft, wordt op het bord van de rechter (Hoge Raad) gelegd. Laat die het afweten of krijgt hij de kans niet zich erover uit te spreken, dan blijft naar algemene overtuiging onduidelijk wat het geldende recht is. Pas als de rechter heeft gesproken en helder is geweest, vindt men dat men weet hoe het is. De literatuur verschaft deze zekerheid niet, ook niet als sprake is van een heersende leer.

### 6.3 Tekortkomingen

Exclusiviteit wil echter niet zeggen omvattendheid en duidelijkheid. Geconstateerd moet worden dat wetgeving en rechtspraak er samen niet in slagen de behoefte aan voldoende en duidelijke regels in het burgerlijk recht te dekken. Daarin slagen ze zeker niet indien men voor iedere rechtskwestie heel concrete, precieze en scherpe rechtsregels verlangt. Zo'n eis vind ik echter onrealistisch, onwerkbaar en onjuist. Regels kunnen naar hun aard niet anders dan tot op zekere hoogte abstract, algemeen en, zo men wil, vaag (open) zijn. Zij zijn er op gericht een diversiteit van situaties te bestrijken. Dat kan alleen wanneer men aangeeft wat deze situaties gemeenschappelijk hebben, dit wil zeggen door te abstraheren van alle details die niet ter zake doen. Lukt dit niet of wil men het niet, dan wordt elk concreet geval tot regel verheven. Het gevolg daarvan is dat er geen regels meer zijn. Wat resteert, is louter casuïstiek, omdat ieder nieuw geval meestal wel iets verschilt van voorgaande gevallen. Degenen die als *De Mot en De Geest*<sup>243</sup> een extreem gedetailleerd wetboek met vele honderdduizenden artikelen voor het Europese privaatrecht propageren, miskennen dit. Bij hen is sprake van de hypertrofie van wat Sunstein<sup>244</sup> het regelenthousiasme heeft genoemd: het geloof dat "full ex ante specifications of outcomes" mogelijk zijn. Ook historisch wordt een dergelijke aanpak gelogenstraft. Het Pruisische Allgemeines Landrecht van 1794 was eveneens zeer casuïstisch en is om die reden niet succesvol gebleken. Daarentegen hebben de uniformerende codificaties van Frankrijk, België, Nederland, Oostenrijk en het Duitse BGB

---

getrouwe kopie van de Code Civil van 1804.

<sup>242</sup> Gebruik of gewoonte wordt ook erkend, maar heeft een veel minder eenduidig juridische betekenis. Bij de totstandkoming van het nieuwe BW is ervan afgezien de verhouding van de gewoonte tot de wet te bepalen. Er is besloten dit aan de rechter in het concrete geval over te laten (PG boek 6, p. 30-32; PG boek 3 Inv. Wet, p. 1019-1024).

<sup>243</sup> J. de Mot & G. de Geest, a.w. (nt. 78), p. 881-890.

<sup>244</sup> Cass R. Sunstein, a.w. (nt. 236), p. 1022 noemt het geloof van het regelenthousiasme "a chimara". Stewart Macaulay, a.w. (nt. 238), p. 51 schrijft: "I would be very uncomfortable with a contract law that attempted to apply a plain meaning rule and a strict parol evidence rule to every situation."

met hun talrijke abstracte bepalingen zich juist wèl gehandhaafd, sommige tot op de dag van vandaag.<sup>245</sup>

Toch moet, ook wanneer men een zekere algemeenheid, abstractie en vaagheid (openheid) van het burgerlijk recht onmisbaar acht en zelfs, zoals ik, positief waardeert, worden vastgesteld dat het exclusieve schema wetgeving-rechtspraak er niet in slaagt de behoefte aan voldoende en duidelijke regels te dekken. Tot voor kort was het gebruikelijk de oplossing, althans een begin van een oplossing, vooral te zoeken in een verbetering van de kwaliteit van de wetgeving en het wetgevingsproces. Men dacht dat als die kwaliteit maar omhoog gaat, het pleit goeddeels gewonnen is. In feite geloven velen dat nog steeds. Er wordt voortdurend aan gewerkt. Op theoretisch niveau gebeurt dit door na te denken over de vraag wanneer de wetgever tot regeling dient over te gaan en in welke vorm dit het beste kan geschieden. Er zijn veel verschillende soorten wetten en regels en er zijn ook veel verschillende markten en sectoren in de samenleving die bediend moeten worden. Op praktisch niveau hebben verbetervoorstellen onder meer betrekking op de taal<sup>246</sup> en op het verantwoord gebruik van vage normen en discretionaire bevoegdheden.<sup>247</sup> Heel belangrijk is voorts het inzicht dat in de voorbereidingsfase meer nadruk gelegd moet worden op onderzoek, inspraak, overleg, experimenten, klankbordgroepen, pilot projecten, rapporten en commissies. Inmiddels worden ook websites geopend om de mening van de direct betrokkenen te polsen. Het zijn allemaal middelen voor de wetgever om beter zicht te krijgen op de materie, en tegelijk om draagvlak te creëren voor zijn plannen. De term onderhandelend wetgeven is al gevallen.<sup>248</sup> Daarnaast is er tegenwoordig nadrukkelijker dan ooit aandacht voor de hanteerbaarheid, handhaafbaarheid, kosten en effecten van regelingen, dit laatste onder meer door middel van evaluaties van wetgeving.<sup>249</sup> De

---

<sup>245</sup> Onder meer P.A.J. van den Berg, a.w. (nt. 233), p. 198-201.

<sup>246</sup> De gedachte overigens dat regels zodanig moeten worden geredigeerd dat burgers in staat zijn zelf hun geschillen en conflicten op te lossen, is sympathiek, werd in het verleden en wordt ook thans nog regelmatig geuit, maar is onrealistisch, ook als men aanvaardt dat aan de huidige wijze van redigeren nog veel verbeterd kan worden. Het onrealistische schuilt in de taal- en leesvaardigheid die men impliciet van burgers verwacht en hun vermogen om bepaalde situaties op een algemener, abstracter niveau te duiden (want hoe dan ook zijn regels altijd tot op zekere hoogte algemeenheden, abstracties). Over de aandacht die in bijvoorbeeld Zweden aan de taal en de toegankelijkheid van wetten wordt besteed – er is een aparte afdeling op het Ministerie van Justitie, bemenst met 5 linguïsten -, schrijven B.M.J. van Klink en W.J. Witteveen, *Machtenscheiding of machtendeling?*, *RegelMaat*, 2003, p. 2-14.

<sup>247</sup> In plaats van velen: B.W.N. de Waard, *Samenwerkende machten. Wetgeving en rechtspraak, in dienst van het recht*, oratie 1994, p. 14-37 (Wat kan de wetgever voor de rechter doen?).

<sup>248</sup> W.S.R. Stoter en N.J.H. Huls, *Onderhandelend wetgeven: een proces van geven en nemen*, 2003, waarin vier case studies worden besproken van de manier waarop wetgeving tot stand komt.

<sup>249</sup> Vergelijk onder meer H.B. Winter, *Evaluatie van wetgeving. Structurering en institutionalisering van wetsevaluatie in Nederland*, preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht in België en Nederland, 2002. Het Belgische preadvies over dit onderwerp is van de hand van J. van Nieuwen-hove.

oprichting van een Academie voor Wetgeving sluit naadloos aan bij deze brede kwaliteitszorg voor wetgeving.<sup>250</sup>

Hoe belangrijk ook, het is niet te verwachten dat hiermee de problemen van onvoldoende of onduidelijke regels in het burgerlijk recht kunnen worden opgelost. Want de regering mag bij de voorbereiding nog zo haar best doen, en het samenspel met het parlement en de juridische literatuur in de ontwerpfase van een wet of wetboek mag nog zo goed zijn, altijd is meer nodig. De vastgestelde abstracte en algemene regels blijken in concrete gevallen voor meerdere uitleg vatbaar te zijn, leemten te vertonen, aanleiding te geven tot vragen die niet meteen beantwoord kunnen worden, of te botsen met onvoorziene situaties of nieuwe ontwikkelingen. Wat bij alle verbeteringen ook blijft, is de plicht tot inpassing van Europese richtlijnen in het burgerlijk wetboek. Nu al leidt dit tot veel inconsistenties en afstemmingsproblemen die niet eenvoudig opgelost kunnen worden. Tenzij men andere wegen van implementatie vindt, zullen ze alleen maar groter worden.<sup>251</sup> Veranderen zal evenmin dat de wetgever bepaalde kwesties niet zelf tot in detail wil regelen, maar aan de rechtspraak overlaat, bijvoorbeeld omdat details de rechtsontwikkeling kunnen blokkeren of omdat het onderwerp nog niet voldoende rijp is voor algemene regelgeving.

#### 6.4 *Een actievere rechtspraak als remedie?*

In het licht van het schema wetgeving-rechtspraak en de daarin geldende taakverdeling zou de rechtspraak deze opengelaten velden moeten vullen. Maar ook de rechtspraak kent een aantal inherente beperkingen. De wetgever kan kwesties wel willen doorschuiven naar de rechtspraak, maar hij kan dit proces niet sturen. Hij is geheel<sup>252</sup> afhankelijk van het initiatief van partijen of die bepaalde rechtsvragen aan de rechter wensen voor te leggen en of zij bereid zijn om door te procederen tot de Hoge Raad. Dat kost veel geld, tijd en moeite. Waarom zou een burger dit er voor over hebben? Zijn interesse om bij te dragen aan de rechtsvorming zal niet bijster groot zijn, vermoed ik. Zelfs als hij gesponsord wordt door een organisatie of door zijn verzekeraar en welbewust rechtspraak uitlokt om over een bepaalde kwestie zekerheid te verkrijgen, is het eigen belang van de organisatie of verzekeraar de motor achter procedures. De consequentie van dit systeem is dat wij er niet van mogen uitgaan dat dringende of kwalitatief belangrijke zaken altijd de Hoge Raad bereiken. En indien het al gebeurt, moet nog maar afgewacht worden wanneer<sup>253</sup> en of in de loop van de

<sup>250</sup> De Academie is in september 2001 officieel geopend.

<sup>251</sup> Peter-Christian Müller-Graf, EC Directives as Means of Private Law Unification, in: Arthur Hartkamp, Martijn Hesselink, Ewoud Hondius, Carla Joustra, Edgar du Perron (eds.), Towards a European Civil Code, 1998, p. 71-89, met een uitvoerige literatuuropgave.

<sup>252</sup> Daarnaast bestaat de mogelijkheid dat de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad cassatie in het belang van de wet instelt.

<sup>253</sup> Over het nog nauwelijks onderkende belang van de volgorde waarin zaken aan de Hoge Raad worden voorgelegd, verwijs ik naar par. 3.8.

procedure niet zoveel verloren of misgegaan is dat de rechtsvraag niet meer in alle scherpheid aan de Hoge Raad kan worden voorgelegd. Lezing van uitspraken van de Hoge Raad stemt in dit opzicht niet optimistisch.

Toeval en financiële spankracht spelen dus een grote rol. Dat is geen nieuwe stelling, maar is al decennia geleden geconstateerd, onder meer door Veegens en G.J. Wiarda.<sup>254</sup> Ik heb mij bij hen aangesloten en opnieuw een lans gebroken om rechterlijke rechtsvorming minder afhankelijk te maken van dit soort omstandigheden. Natuurlijk besef ik dat de Hoge Raad niet eigener beweging zaken naar zich toe kan trekken. Hij blijft in dat opzicht afhankelijk van partijen. Wetgeving en rechtspraak kunnen diens initiatief echter wel uitlokken of faciliteren. Het is een kwestie van reorganisatie van de toegang tot de hoogste rechter. Ik verwijs voor een opsomming van ideeën en voorstellen die hierover in de literatuur zijn aangedragen naar eerdere publicaties.<sup>255</sup>

Naast deze organisatorische maatregelen ter versterking van zijn rechtsvormende taak, kan de Hoge Raad ook inhoudelijk veel meer doen dan thans. Ik vat samen waartoe de literatuur hem in dit verband oproept<sup>256</sup>: een opener en minder technisch-juridische manier van argumenteren, ingaan op de conclusies van het parket en op de literatuur, nadrukkelijker opteren voor een bijdrage aan de Europeanisering van het privaatrecht, indien nodig een breder feitenonderzoek mede op instigatie van de Hoge Raad zelf, oog hebben voor de gevolgen van zijn uitspraken, en een bewustere en pro-actievere houding bij het onderkennen en beslissen van rechtsvragen. Dit laatste kan bijvoorbeeld geschieden doordat de Hoge Raad een rechtsvraag scherper formuleert dan in het concrete geval als gevolg van de wijze van procederen, processuele complicaties of het ontbreken van bewijs op tafel ligt. Soms doet hij dat al, maar veel vaker duikt hij weg. De casusgerichtheid, het recht doen in het concrete geval en niet meer dan dat, overheerst nog steeds.

---

<sup>254</sup> D.J. Veegens, *Cassatie in burgerlijk zaken*, 1971, nr. 182 en G.J. Wiarda, a.w. (nt. 26), p. 86-87. In deze zin ook al E.M.M. Meijers in het kader van de hercodificatie van het burgerlijk recht in het nieuwe BW. Zie de *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuw Burgerlijk Wetboek, Algemeen Deel*, p. 122, waarin hij aangeeft hoe incidenteel en onvolkomen rechtersrecht noodgedwongen is. Hij trekt er alleen een andere conclusie uit, te weten dat de opvulling van leemten in het BW niet geheel aan het eigen inzicht van de rechter moet worden overgelaten, maar dat de richting door het wetboek moet worden bepaald (a.w., p. 125). Kortom: hij zoekt de oplossing in de "klassieke" richting: een verbetering van het BW. Zie ook noot 9 over art. 2 Uniform Commercial Code, waar de toevalsfactor eveneens bepalend blijkt te zijn voor het resultaat.

<sup>255</sup> J.B.M. Vranken, a.w. (nt. 26), p. 1-5; J.B.M. Vranken en I. Giesen (red.), a.w. (nt. 26), p. 11-14. Enkele van de ideeën en voorstellen zijn: vaker gebruik maken van cassatie in het belang van de wet, prejudiciële vragen, versnelde afdoening van bepaalde typen klachten, sprongcassatie, selecteren vooraf (verlofstelsel) of meteen na de poort, een meer abstracte toetsing en een rigoureuze beperking van de controlefunctie in cassatie.

<sup>256</sup> In J.B.M. Vranken en I. Giesen (red.), a.w. (nt. 26), p. 172-176 is getoetst of de genoemde ideeën ook realiseerbaar zijn gebleken. Zie ook J.M. Barendrecht, *Door muren kijken. Suggesties voor hervorming van de civiele cassatierechtspraak*, NJB 2002, p. 294-300 die eveneens pleit voor een bewuste aansturing van rechtsvorming.

Behalve door verbetering van wetgeving en rechtspraak ieder voor zich, kan ook een intensivering van de samenwerking tussen beide ertoe leiden dat tekortkomingen van het schema wetgeving-rechtspraak worden ondervangen. Ik noem de advisering van de wetgever door de rechter, bijvoorbeeld rechtstreeks in daartoe bestemde adviezen<sup>257</sup>, dan wel in jaarverslagen waarin melding gemaakt wordt van knelpunten of te verwachten nieuwe ontwikkelingen in het burgerlijk recht, die om structurele aandacht vragen.<sup>258</sup> Mogelijk is ook om in jaarverslagen belangrijke uitspraken "ter lering" te voorzien van kanttekeningen, zoals de Klachtencommissie voor de effectenhandel pleegt te doen.<sup>259</sup> Een nieuwe, in het strafrecht en het fiscale recht al bewandelde weg is om de wetgever "op termijn te stellen". De rechter spreekt dan uit dat hij er thans van afziet rechtsvormend in te grijpen omdat hij vindt dat het onderwerp meer op de weg van de wetgever ligt, maar hij kondigt meteen aan dat hij in een later geval anders kan oordelen als de wetgever te lang draaft.

### 6.5 *Naar een privatisering van het privaatrecht*

Ik ben er dus van overtuigd dat in het schema wetgeving-rechtspraak (en literatuur) nog veel verbeterd kan en moet worden. Tegelijk stel ik vast dat het ook na deze verbeteringen niet zal lukken de behoefte aan voldoende en duidelijke regels in het burgerlijk recht genoegzaam te dekken. Ik meen dat deze constatering aanleiding moet zijn ons af te vragen of het schema zelf, met name zijn exclusiviteit, niet aan heroverweging toe is, beter: aanvulling behoeft, want dat het schema onmisbare positieve kanten heeft, staat voor mij vast.<sup>260</sup> In het burgerlijk recht is dit onderwerp nog nauwelijks in discussie. Ongetwijfeld hangt dit samen met de totstandkoming van het nieuwe BW in 1992, nadat er zo'n 45 jaar aan was gewerkt. Die hele operatie is één voortdurende bevestiging geweest van het schema. De gedachte aan andere rechtsvormers is niet gerezen en, indien al, zorgvuldig ingekapseld.<sup>261</sup> Bekend is dat Meijers een uitgesproken tegenstander was van particuliere wetgeving, zoals hij het noemde. Waar hij kon, overlaadde hij het met hoon en wantrouwen. Bregstein viel hem hierin bij. "Er bestaat in Nederland geen particuliere wetgeving", luidde

<sup>257</sup> Art. 74 (voorheen art. 22) RO. In 2001 en 2002 heeft de Hoge Raad vier adviezen aan de Minister van Justitie uitgebracht. Daarnaast hebben de President en de Procureur-Generaal zes keer geadviseerd, maar dat berust dan niet op art. 74 RO. Bron: Jaarverslag Hoge Raad 2001/2002, p. 8.

<sup>258</sup> Iemand die zich voor dit onderwerp in Nederland altijd sterk heeft gemaakt, is J.M. Polak. Vergelijk ook B.W.N. de Waard, a.w. (nt. 247), p. 37-50 (Wat kan de rechter voor de wetgever doen?).

<sup>259</sup> Eerst de Klachtencommissie Effectenbeurs en Klachtencommissie Optiebeurs, beide per 1 januari 1997 omgezet in de Klachtencommissie Beursbedrijf (KCB), en inmiddels in de Klachtencommissie Dutch Securities Institute (KCD). In jaarverslagen van de Hoge Raad treft men ook een rubriek Een greep uit de jurisprudentie aan, maar niet om knelpunten te signaleren.

<sup>260</sup> De positieve kanten van het schema zijn voor mij gelegen in de abstractie en algemeenheid van regels die ruimte laten voor concretisering, aanpassing en verandering. Daardoor kan veel wetgeving worden voorkomen.

<sup>261</sup> Behalve aan de hierna in de tekst te noemen voorbeelden, is ook illustratief dat bij de komst van Europese richtlijnen, in het begin vooral op het terrein van het vennootschapsrecht, ervoor gekozen is deze in beginsel in het BW te implementeren. Over de problemen die dit oproept, par. 6.3 slot.

met veel aplomb nog in 1954 zijn antwoord op een rechtsvraag over algemene voorwaarden.<sup>262</sup> Mede hierin is de verklaring gelegen dat de standaardregeling van art. 6:214 BW, bedoeld als private regelgeving, zo zwaar is opgetuigd dat er tot nu toe geen gebruik van is gemaakt. Het verklaart ook waarom pas in het laatste stadium van de hercodificatie de wetgever nieuw BW zich met algemene voorwaarden is gaan bezighouden.

Inmiddels echter hebben de ontwikkelingen niet stil gestaan en is het huidige burgerlijk recht misschien al aan het wegdrijven van de exclusiviteit van het schema wetgeving-rechtspraak. Meer en meer wordt private regelgeving geaccepteerd en door de wetgever zelfs welbewust bevorderd. Sommige markten en sectoren zijn hierin verder dan andere. Ik begin met een paar concrete voorbeelden (par. 6.5). Vervolgens geef ik in par. 6.6 een nadere afbakening van het begrip, waarbij ik onderscheid tussen "oude" en nieuwe vormen van private regelgeving. Ik sluit af met een theoretische verankering van het verschijnsel, waarin ik de brug sla met de in par. 6.1 genoemde invalshoek van dit hoofdstuk: de intrinsieke veranderlijkheid van het burgerlijk recht.

### Kouwenberg/Rabo

Het eerste voorbeeld is HR 11 juli 2003, RvdW 2003, 123 (Kouwenberg/Rabo).<sup>263</sup> Het is zo illustratief dat ik er wat langer bij stil sta. Aan de orde was de relatie tussen een bank en een cliënt die in opties handelde. De cliënt was bekend met de optiehandel en zich bewust van de grote risico's die hij nam door daaraan deel te nemen. De bank liet bovendien niet na hem voortdurend op de risico's te wijzen. De betrokkene was evenwel eigengereid en moeilijk te overtuigen. Met enige regelmaat leidde zijn handelen tot een dekkingstekort. De bank nam dan onmiddellijk contact op en sprak met hem over maatregelen om het tekort zo spoedig mogelijk aan te zuiveren. Vast staat dat de bank soms is meegegaan met de wens van de cliënt als dekkingpercentage 100% van zijn beleggingsportefeuille te accepteren, waar slechts 70% voorgeschreven was.<sup>264</sup> De cliënt stond dan meestal al in het rood en hoopte op de bekende klapper waarmee hij in één keer zijn verlies kon goed maken. Dat lukte niet en uiteindelijk resteerde een ongedekt tekort van ruim f. 300.000,- (het is 1987, na de beurskrach van dat jaar). Wie moet het verlies dragen?

De cliënt verweet de bank niet voldaan te hebben aan haar zorgverplichting jegens hem door niet steeds het gebruikelijke dekkingpercentage van 70% aan te houden. De bank had, toen

---

<sup>262</sup> Verzameld Werk van Prof. M.H. Bregstein, 1960, p. 739, alsmede in zijn Rotterdamse rede, a.w., p. 197-198. Veel informatie bevat ook H.J. Sluyters, Standaardcontracten. De grenzen van de particuliere wetgever, 1972.

<sup>263</sup> Over het arrest ook W.H. van Boom, Bancaire zorgplicht en eigen verantwoordelijkheid van de optieschrijvende particuliere belegger, NTBR 2003, , wiens bronvermeldingen mij zeer behulpzaam zijn geweest.

<sup>264</sup> Deze terminologie is, evenmin als die van de Hoge Raad (gebruikelijke margeverplichting), echt zuiver, maar dat doet er in dit kader niet toe.



het percentage overschreden werd, zijn opdrachten moeten weigeren. Nu zij dit niet gedaan heeft, is zij aansprakelijk en moet zij hem het bedrag van ruim f. 300.000,- in effecten terugbetalen. Rechtbank en hof wezen de vordering af, maar de Hoge Raad oordeelde anders. Volgens de Hoge Raad heeft de bank in de gegeven omstandigheden in strijd gehandeld met haar zorgplicht door ondanks het dekkingstekort opdrachten van de cliënt uit te voeren. De Hoge Raad gebruikt veel bijvoeglijke naamwoorden om dit oordeel kracht bij te zetten<sup>265</sup>: de bank heeft als *professionele* en *deskundige* dienstverlener op het *risicovolle* terrein van de optiehandel een *bijzondere* zorgplicht om *particuliere* cliënten te beschermen tegen het gevaar van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht.<sup>266</sup> De *enkele* bekendheid van de cliënt met de optiehandel in het algemeen en met de daaraan verbonden risico's in het bijzonder, kunnen niet leiden tot het oordeel dat de cliënt een deskundige is die voor zijn eigen handelen aansprakelijk is. Hieruit volgt, aldus de Hoge Raad, dat waarschuwingen van de bank aan een cliënt niet voldoende zijn om aan aansprakelijkheid te ontkomen, indien gehandeld wordt terwijl de gebruikelijke dekkingsgraad ontoereikend is, ook niet als de cliënt eigengereid en moeilijk te overtuigen is.

Wat ik interessant vind in deze uitspraak is hoe de Hoge Raad omgaat met private regelgeving. Private regelgeving vormt een van de drie lagen van regelgeving die in dit geval op elkaar gestapeld zijn en voor een deel over elkaar heen tuimelen. De eerste laag is het BW. De verhouding tussen een bank en haar cliënt is, juridisch gezien, een overeenkomst van opdracht, geregeld in boek 7 BW. Art. 7:401 BW bepaalt dat de opdrachtnemer bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht moet nemen. Welbewust is het criterium zo algemeen en open geformuleerd, omdat zeer veel uiteenlopende activiteiten, met name in de dienstensector, door overeenkomsten van opdracht worden beheerst. Voor al deze activiteiten moet het criterium worden geconcretiseerd en geoperationaliseerd. Daarbij zijn onderlinge (accent)verschillen per beroep of bedrijf onvermijdelijk. In het schema wetgeving-rechtspraak is het de rechtspraak, in samenwerking met de literatuur, aan wie deze taak is toebedeeld.

De tweede laag regelgeving bestaat uit de algemene voorwaarden die de overeenkomst van opdracht beheersen.<sup>267</sup> In het concrete geval waren dit de Algemene Bankvoorwaarden, de Bijzondere Bepalingen voor cliënten van de Rabobank m.b.t. de

---

<sup>265</sup> Zie hoofdstuk 5, alsmede het onderzoek van de sociaal psycholoog G. Semin, die een Linguistic Category Model ontwikkelde om emotionele betrokkenheid te testen. Het gebruiken van bijvoeglijke naamwoorden is één van de categorieën.

<sup>266</sup> Vergelijkbare termen waren al eerder gebruikt in HR 26 juni 1998, NJ 1998, 660 (Van de Klundert/Rabo), en door het hof in de zaak die heeft geleid tot HR 24 januari 1997, NJ 1997, 260 (D/ING). Vergelijk conclusie A-G Mok, sub 2.2 en arrest HR sub r.o. 5.3.2.

<sup>267</sup> In naar schatting ongeveer 95% van de overeenkomsten van opdracht zijn algemene voorwaarden van toepassing.

Optiehandel op de European Options Exchange (EOE)<sup>268</sup>, en de Verklaring inzake Optiehandel. Algemene voorwaarden kunnen de rechtspraak behulpzaam zijn bij het invullen van de zorgplicht van de bank die voortvloeit uit het criterium “een goed opdrachtnemer”, doordat zij bepaalde aspecten ervan nader regelen. De rechtspraak hoeft dan ten aanzien daarvan niet meer zelf op zoek te gaan naar wat een goed opdrachtnemer behoort te doen. Zij kan volstaan met de uitleg van de algemene voorwaarden en met de toets of ze onredelijk bezwarend zijn. In het onderhavige geval bevatten de voorwaarden echter geen bepalingen die toegesneden waren op de specifieke situatie. Wel behoorde tot de overeenkomst de verplichting van de cliënt om dekking te bieden tot een percentage dat door de EOE wordt voorgeschreven (de eerder genoemde 70%).

De derde laag regelgeving is van private aard. In 1987 was dit vooral het toenmalige Reglement voor de handel op de optiebeurs (RHO). Het Reglement beheerste de relatie tussen de Optiebeurs en de effecteninstellingen, zoals banken, die toegelaten waren op de beurs te handelen. Art. 31m RHO schreef voor dat de bank alvorens orders uit te voeren, van de cliënt moest vorderen dat hij de door de Optiebeurs vereiste dekking zou verschaffen. In een eerdere uitspraak had de Hoge Raad al beslist dat deze bepaling onmiskenbaar mede de strekking had de cliënt te beschermen. Het is deze derde laag regelgeving, die mij boeit. Net als in Algemene Voorwaarden hebben de direct betrokkenen in het RHO onder meer invulling gegeven aan de zorgplicht van banken jegens cliënten die in opties willen handelen. De direct betrokkenen weten beter dan de rechter en beter dan welke andere buitenstaander ook, hoe het er in deze tak van handel aan toe gaat. Op grond van hun ervaringen en voortschrijdende inzichten over wat volgens hen behoorlijk is, blijven zij bovendien voortdurend aan het reglement sleutelen. Men kan dus zeggen dat het RHO de normen bevat waaraan de banken zich zowel in het belang van de handel als, voor zover ze daarop mede betrekking hebben en dat is bij art. 31m het geval, in het belang van de cliënten moeten houden. Een Klachtencommissie en tegenwoordig ook een Commissie van beroep, bieden cliënten gelegenheid de banken hierop aan te spreken. Ook dat leidt, net als bij de overheidsrechtspraak, tot bijstelling en aanscherping van de normen.

Toch houdt de Hoge Raad afstand. Kortaf overweegt hij dat het RHO private regelgeving bevat en dat dit geen recht in de zin van art. 79 RO is. In lijn hiermee spreekt hij heel subtiel niet van het “*reglementair*” voorgeschreven dekkingspercentage van 70%, maar van het “*gebruikelijke*” dekkingspercentage. Art. 31m acht hij slechts “mede van betekenis” voor het bepalen van de omvang van de zorgplicht van de bank. Niet doorslaggevend, want ondanks haar onmiskenbare strekking de belangen van cliënten te beschermen, reikt de

---

<sup>268</sup> De EOE is begonnen in 1978. Per 1 januari 1997 is de EOE gefuseerd met Amsterdam Stock Exchange N.V. tot Amsterdam Exchanges N.V. (AEX), en die is vervolgens in 2000, samen met de beurzen van Brussel en Parijs, onder de holding Euronext N.V. is gebracht ([www.euronext.com](http://www.euronext.com)).

bepaling in de uitleg van de Hoge Raad niet zo ver dat bij onvoldoende dekking de bank zich altijd van uitvoering van de opdracht dient te onthouden of posities dient te sluiten. Wat de bank in zo'n geval wèl moet doen, hangt van meer factoren af. De Hoge Raad grijpt voor dit meerdere terug op zijn in de laatste decennia gebruikelijke manier van argumenteren: hij somt een catalogus van relevante gezichtspunten op die samen de maatstaf vormen waaraan in een concreet geval getoetst moet worden. De lijst omvat redelijkheid en billijkheid, de aard van de overeenkomst, de deskundigheid van de cliënt, diens inkomens- en vermogenspositie, het toezicht van de bank op inachtneming van het dekkingspercentage en het daarover informeren van de cliënt, en of de bank terstond na het ontstaan van een dekkingstekort aanvullende dekking heeft verlangd. De catalogus zet hoog in, maar de uitvoering valt tegen, omdat wanneer de Hoge Raad in de daarop volgende overweging het concrete geval toetst aan de geformuleerde maatstaf, blijken uiteindelijk de bijvoeglijke naamwoorden die ik hierboven heb genoemd, het te moeten doen. Daaruit moet de overtuigingskracht spreken voor het oordeel dat de bank bij onvoldoende dekking nog slechts één keuze heeft: opdrachten niet uitvoeren, openstaande posities sluiten om verdere schade te voorkomen, en cliënten dwingen hun verlies te nemen.

Met deze uitspraak komt de Hoge Raad tot een resultaat dat niet of nauwelijks afwijkt van wat hij ook rechtstreeks op basis van de private regelgeving van art. 31m RHO had kunnen beslissen. Waarom heeft hij dit niet gedaan, en in plaats daarvan gemeend de lange, uiteindelijk weinig inzicht gevende omweg van een toetsing aan de hand van een reeks gezichtspunten te moeten volgen? Echt duidelijk is hij hierover niet. In de ene overweging lijkt het erop dat zijn oordeel steunt op een uitleg van art. 31m. Voor die uitleg wordt evenwel geen enkel argument gegeven, zelfs niet - en dat zou toch wel het minste zijn geweest<sup>269</sup> - een verwijzing naar de toenmalige (1987) opvattingen over de bepaling in onder meer de literatuur, de toelichtende stukken, of de uitspraken van de klachtencommissie. Die had bijvoorbeeld al sedert 1985 vaak uitgesproken dat art. 31m mede ertoe strekte de belangen van de cliënten te beschermen. De Hoge Raad heeft dit pas jaren later gedaan, overigens ook toen zonder verwijzing naar de klachtencommissie of andere direct betrokkenen.<sup>270</sup> Voorts was al sedert 1985 het openlijke standpunt van de klachtencommissie dat wanneer een bank de marginvoorschriften niet toepaste, zij er ernstig rekening mee moest houden dat de commissie haar aansprakelijk zou stellen voor de verliezen die de cliënten daardoor hadden geleden.<sup>271</sup>

---

<sup>269</sup> Ik vind het significant dat in de catalogus een verwijzing naar de toenmalige rechtsopvattingen ontbreekt. Of ligt deze verwijzing, via art. 3:12 BW, besloten in de redelijkheid en billijkheid?

<sup>270</sup> HR 23 mei 1997, NJ 1998, 192 (Rabo/Everaars), r.o. 3.3 slot. Overigens was de A-G Mok wel uitgebreid ingegaan op de vaste rechtspraak van de Klachtencommissie. Zie ook reeds HR 24 januari 1997, NJ 1997, 260 (D/ING).

<sup>271</sup> Zie C.J. van Zeben in nr. 3 van zijn noot onder HR 23 mei 1997, NJ 1998, 192 (Rabo/Everaars)

In een andere overweging lijkt het alsof de Hoge Raad niet de uitleg van art. 31m, maar het ontbrekende rechtskarakter ervan doorslaggevend heeft geacht voor het oordeel over wat de bank had moeten doen bij onvoldoende dekking. Het belang om te weten welk van beide overwegingen het echte argument voor de Hoge Raad bevat - en daarmee welk standpunt hij inneemt tegenover private regelgeving -, blijkt wanneer wij de casus verplaatsen van 1987 naar 2003. In 2003 is het regelbestand omtrent de optiehandel aanzienlijk uitgebreider. Behalve met het RHO vergelijkbare regels waarin nog steeds soortgelijke marginvoorschriften als art. 31m zijn opgenomen, bestaat een Nadere Regeling gedragstoezicht 2002. Art. 28 lid 2 van deze Nadere regeling houdt in dat de bank zich onthoudt van het uitvoeren van optieopdrachten wanneer onvoldoende dekking aanwezig is. Lid 4 voegt eraan toe dat wanneer op zeker ogenblik door koersschommelingen de dekking onvoldoende wordt, de bank erop moet toezien dat de cliënt aanvullende zekerheden stelt. Lukt dit niet of gebeurt het niet, dan moet de bank de posities zo spoedig mogelijk, maar uiterlijk binnen vijf dagen sluiten, behoudens bijzondere omstandigheden.

Wanneer het geval Kouwenberg zich in 2003 had voorgedaan, zou de Hoge Raad de beslissing dan uitsluitend op art. 28 lid 4 van de Nadere Regeling hebben gebaseerd? Het antwoord luidt ontkennend, indien voor hem het karakter van de Nadere regeling als private regelgeving op dezelfde manier als bij het RHO doorslaggevend is.<sup>272</sup> Dan had hij ook in 2003 nog steeds de catalogus van gezichtspunten moeten langslopen om tot een beslissing te komen die inhoudelijk dezelfde is als art. 28 lid 4. Ik heb hier grote aarzelingen over. De mogelijke rechtvaardiging dat de beslissingen inhoudelijk wellicht niet precies dezelfde zijn, bijvoorbeeld omdat de Hoge Raad meer of minder ruimte laat voor het verweer van eigen schuld, overtuigt niet, maar roept integendeel de vraag op of de afwijking wel gerechtvaardigd is. Waarom zou de Hoge Raad het beter weten dan de direct betrokkenen die, steunend op een schat aan ervaring en kennis, proberen om al doende en denkende, via trial and error, normen van behoren te ontwikkelen in een tak van handel die voortdurend verandert? Ik zie maar één mogelijke rechtvaardigingsgrond: omdat private regelgeving door de direct betrokkenen zelf tot stand wordt gebracht, is niet zonder meer verzekerd dat de belangen van alle betrokkenen voldoende tot hun recht komen. De legitimiteit en representativiteit van private regelgeving is niet steeds gewaarborgd, en ook procedureel is de totstandkoming ervan niet altijd brandschoon. Ik beschouw de controle daarop mede als een nieuwe taak van de Hoge Raad. Hij zal daarvoor andere criteria dienen te ontwikkelen dan art. 79 RO, omdat deze geen geschikt kader bieden voor een adequaat antwoord op de meervoudige gelaagdheid van het privaatrecht die hier aan de orde is. Art. 79 RO gaat uit

---

<sup>272</sup> Of zij dit karakter heeft, is overigens niet helemaal zeker. Wellicht dat zij voldoende grondslag vindt in de Wet toezicht effectenverkeer 1995 en het daarop gebaseerde Besluit toezicht effectenverkeer 1995. Over deze onduidelijkheid ook C.M. Grundmann-Van de Krol, Het effectenrecht tussen publiek- en privaatrecht, oratie, 2002, p. 11-12 en p. 32 e.v.

van het exclusieve schema wetgeving-rechtspraak (en literatuur), terwijl de meervoudige gelaagdheid daar nu juist welbewust buiten wil treden.

### Ziekenhuisprotocol

In een enkele uitspraak lijkt de Hoge Raad wèl al een begin te hebben gemaakt met zijn nieuwe taak. Zo met name in HR 2 maart 2001, NJ 2001, 649 (trombose-arrest). In een ziekenhuisprotocol was voorgeschreven dat na een knieoperatie de patiënt een tromboseremmend middel moest worden toegediend. In het concrete geval was de arts dit vergeten. Enige tijd later wordt bij de patiënt trombose geconstateerd. Hij vordert schadevergoeding voor de burgerlijke rechter. Die wordt dus geconfronteerd met twee normenstelsels. Het ene is de in art. 7:453 BW (geneeskundige behandelingsovereenkomst) opgenomen plicht de zorg te betrachten van een goed hulpverlener, het andere is de plicht uit het protocol. Net als bij algemene voorwaarden en het RHO in de zaak Kouwenberg, kan men het protocol aanmerken als een door de direct betrokkenen tot stand gebrachte nadere invulling van de algemene norm. De arts had het protocol duidelijk overtreden, maar is dat voldoende voor aansprakelijkheid? Het protocol bevat slechts private regelgeving die bovendien niet eens voor de gehele beroepsgroep geldt – het nut van tromboseremmers wordt niet algemeen gedeeld -, maar slechts tussen het desbetreffende ziekenhuis en de daarin werkzame artsen. De Hoge Raad overweegt dat aangezien het protocol berust op consensus tussen het ziekenhuis en zijn artsen met betrekking tot medisch verantwoord handelen, zij zich moeten houden aan de door henzelf opgestelde voorschriften. Alleen als het belang van de patiënt anders vereist, is gemotiveerd afwijken toegestaan. Daarbij kan dan relevant zijn wat de hele beroepsgroep denkt over het nut van anti-stollingsmiddelen na een operatie.

Het contrast met de uitspraak in de zaak Kouwenberg vind ik groot. Ook over het protocol had de Hoge Raad kunnen overwegen dat het geen recht vormde in de zin van art. 79 RO. Vervolgens had hij dan zelf de maatstaf moeten ontwikkelen om te toetsen of het niet toedienen van tromboseremmers door de beugel kon. Waarschijnlijk had hij dan opnieuw zijn toevlucht gezocht in de catalogus-benadering. Hij heeft dat niet gedaan. Hij heeft de moed gehad om zich los van de criteria van art. 79 RO een oordeel te vormen over het juridisch gehalte van het protocol als private regelgeving. Toegespitst op het concrete geval heeft hij de bindende kracht ervan aanvaard en, anders dan met art. 31m RHO, de aansprakelijkheid van de arts uitsluitend gegrond op overtreding van het protocol. Uiteraard is deze beslissing niet meer dan een eerste stap, omdat er vele soorten protocollen, voorschriften en richtlijnen zijn.<sup>273</sup> De mate waarin zij verbindend zijn varieert en hangt onder meer af van hoe en tussen

---

<sup>273</sup> In plaats van velen de noot van F.C.B. van Wijmen onder HR 2 maart 2001, NJ 2001, 649, waarin

wie ze overeengekomen zijn, waarop ze betrekking hebben (levensbedreigende kwesties of niet), hoe ze zich verhouden tot de “state of the art”, en of de belangen van alle betrokkenen voldoende zijn gewaarborgd.

### Tuchtnormen

Een derde interessant voorbeeld van meervoudige gelaagdheid in het burgerlijk recht dat ik hier nog wil noemen, is de verhouding van burgerlijk recht en tuchtrecht. Meestal is het tuchtrecht privaatrechtelijk van aard is, bij de traditionele beroepen als arts, advocaat en notaris berust het op een publiekrechtelijke grondslag. In beide gevallen bevat het, net als de hierboven besproken voorbeelden van het RHO en het medisch protocol, regels die een uitwerking vormen van de algemene norm voor een goede beroepsvervulling. En net als de besproken voorbeelden zijn ook zij het resultaat van de door direct betrokkenen in trial en error verworven ervaring en inzichten over wat het beste is. Ik heb er mij al heel lang geleden over verbaasd dat overtreding van deze voorschriften niet ook in beginsel tot civielrechtelijke aansprakelijkheid leidt. De Hoge Raad heeft echter altijd strikt vastgehouden aan het onderscheid tussen de twee normenstelsels. Het argument was dat de doelstellingen van beide stelsels verschillen. In het aansprakelijkheidsrecht gaat het om vergoeding van schade die de cliënt geleden heeft, in het tuchtrecht om het bewaken van de kwaliteit van de beroepsbeoefening. Het publiek moet erop kunnen vertrouwen dat de beroepsbeoefenaren hun vak verstaan en dat degenen onder hen die dit vertrouwen beschamen, worden aangepakt. Pas onlangs heeft de Hoge Raad de meervoudige gelaagdheid op dit terrein doordringbaar geacht. In een medische zaak heeft hij geoordeeld dat als de civiele rechter afwijkt van de uitspraak van de tuchtrechter over hetzelfde medisch handelen, hij in de motivering van zijn beslissing dient duidelijk te maken waarom hij dit doet. De “bewijslast” ligt dus bij hem.<sup>274</sup> Daarmee gaat de Hoge Raad veel verder dan in 12 januari 1996, NJ 1996, 683 (Kroymans/Sun Alliance), waarin hij de uitspraken van de Raad van Toezicht op het Schadeverzekeringsbedrijf via de in Nederland levende rechtsovertuigingen meegewogen heeft bij de uitleg van verzekeringsvoorwaarden.

### 6.6 “Oude” en nieuwe vormen van private regelgeving

Dat het burgerlijk recht meervoudig gelaagd is, is geen nieuw inzicht. Verwijzingen naar bijvoorbeeld goed koopmanschap, verkeersopvattingen, of gebruiken in een bepaalde kring

---

verdere bronvermeldingen.

<sup>274</sup> HR 12 juli 2002, NJ 2003, 151 (A/B). “Daarbij valt in het bijzonder te denken aan een motivering met behulp van verklaringen van een of meer, zo nodig door de rechter te benoemen, deskundigen”, aldus r.o. 3.6.3. Zie ook het SER-advies over Bemiddeling in financiële diensten, 2002, p. 39, waarin vermeld wordt dat in de Memorie van Toelichting bij de Wet op het consumentenkrediet een verbinding is gelegd tussen “een goed kredietgever” en de erecode van de brancheorganisatie voor kredietverstrekkers (de VFN).

behoren van oudsher tot de standaarduitrusting van het burgerlijk recht. Door middel van dergelijke verwijzingen worden vensters geopend op “de” maatschappelijke werkelijkheid, waarin de regel functioneert en waarmee hij voeling moet houden, wil hij niet al (te) gauw achterhaald zijn. De verwijzingen zijn even belangrijk als een slagader in het menselijk lichaam of, liever, als een navelstreng, omdat die beter de verbinding symboliseert tussen het bestaande dat zich vernieuwt, en het nieuwe dat uit het bestaande wordt gevoed, totdat het op eigen benen kan staan. In het schema wetgeving-rechtspraak is het de taak van de rechtspraak om - ik houd de beeldspraak nog even aan - op zeker ogenblik de navelstreng door te knippen en de nieuwe boreling levensvatbaar te verklaren. Vroeggeboorten<sup>275</sup> komen even weinig voor als in vitro fertilisaties of buitenbaarmoederlijke concepties. Misschien wordt dit anders onder invloed van het Europese recht en de “legal transplants” van de rechtsvergelijking, maar voorlopig is het zo ver nog niet. Illustratief is de aanpak in de zaak Kouwenberg: de Hoge Raad merkt het *reglementair* voorgeschreven dekkingspercentage niet als rechtsregel aan, maar als *gebruikelijk*. Daarmee is het binnen het schema wetgeving-rechtspraak ondergebracht<sup>276</sup> waarin gebruik<sup>277</sup> een plaats heeft. Vervolgens kan het de daaraan verbonden (beperkte) juridische betekenis krijgen.

De meervoudige gelaagdheid die in Kouwenberg c.a. aan de orde was, is van een geheel andere aard dan het door middel van verwijzingen in de wet openen van vensters op de samenleving. In Kouwenberg c.a. was sprake van private regelgeving, of, zoals het verschijnsel meestal wordt benoemd, van zelfregulering. Nu heeft zelfregulering in het burgerlijk recht al heel oude papieren. Met name het overeenkomstenrecht biedt betrokkenen alle vrijheid hun onderlinge verhouding te regelen zoals ze dat zelf willen. Sterker nog: de vrijheid vormt uiteindelijk de rechtvaardiging voor de bindende kracht van hun afspraken. Inmiddels is de vrijheid overgeslagen naar onderdelen van het burgerlijk recht die traditioneel meer gesloten waren. Onder meer het personen- en familierecht, het internationaal privaatrecht en het burgerlijk procesrecht zijn geraakt door deze, wat ik zou willen noemen, contractualiseringstendens. Wel zijn de grenzen strakker getrokken dan in het overeenkomstenrecht, maar meer dan ooit mogen partijen zelf keuzen maken. Ook

---

<sup>275</sup> Een bekend voorbeeld is HR 18 juni 1982, NJ 1983, 783 (Plas/Valburg) over de aansprakelijkheid wegens ontijdig afgebroken onderhandelingen. Daarmee ging de Hoge Raad verder dan welk ander rechtstelsel ook. Later heeft hij onmiskenbaar gas teruggenomen. Zie voor een terugblik onder meer H.J. de Kluiver, Plas/Valburg (HR 18-6-1982), in: E.H. Hondius en G.E. van Maanen (red.), *Civiele klassiekers revisited*, 2003, p. 155-176.

<sup>276</sup> Eenzelfde aanpak lees ik in S.B. van Baalen, *De interne autonomie van het bankrecht en de macht der gewoonte*, in: G.T. de Jong, W.D. Kolkman, A.H. Santing-Wubs, M.H. Wissink (red.), *Algemeen-Bijzonder. De wisselwerking tussen algemene en bijzondere regelingen in het privaatrecht*, 2003, p. 27-40.

<sup>277</sup> Zie noot 242. Evenals P. Scholten, *Algemeen Deel*, 1934, p.104 meen ik dat er geen verschil bestaat tussen gewoonte en gebruik.

buiten het burgerlijk recht, in het straf- en het bestuursrecht, doet de tendens zich op beperkte schaal voor.

Bij dit alles gaat het om zelfregulering op individuele schaal. De zelfregulering die in Kouwenberg c.a. aan de orde was, bevindt zich op het niveau van algemene regels, alleen dan niet afkomstig van de overheid, maar uit eigen particuliere kring. De kring wordt gevormd door beroepsgroepen, brancheorganisaties of marktsegmenten. Zij stellen regels op die verplichtingen inhouden voor hen zelf en hun kringgenoten. Ten dele<sup>278</sup> doen zij dit mede uit welbegrepen eigen belang. Door tegemoetkomend te zijn jegens het publiek hebben zij er zelf ook voordeel van, bijvoorbeeld omdat zij kosten besparen, ingrijpen van de wetgever voorkomen, of hun imago verbeteren. In die zin snijdt het mes aan twee kanten. De verplichtingen kunnen onder meer betrekking hebben op behoorlijk gedrag (bijvoorbeeld een gedragscode en protocol), op herkenning en controle van kwaliteit (bijvoorbeeld certificering en accreditatie), op het bevorderen van de uitwisselbaarheid van producten (bijvoorbeeld normalisatie), of - en dat wordt steeds belangrijker - op het voorkomen, beperken en met zo weinig mogelijk pijn en kosten afhandelen van geschillen (bijvoorbeeld klachtenlijnen en mediation). In een recent rapport zijn 22 instrumenten van zelfregulering geïnterpreteerd.<sup>279</sup> De regels die ze bevatten, hebben geen wettelijk bindende kracht, maar zijn soft law.<sup>280</sup> Dit wil zeggen dat ze door betrokkenen feitelijk in acht worden genomen en op die manier, afhankelijk van hun overtuigingskracht, meer of minder regulerend werken. Dat is ook de bedoeling. Soms is hun feitelijk bindende kracht groot, met name als ze in de kring breed gedragen en gehandhaafd worden, soms gering als dat niet het geval is of wanneer ze pas het begin van een ontwikkeling markeren. Dan zijn het meer aspiratieve normen die te hoog gegrepen kunnen zijn. Mogelijk is ook dat wat is begonnen als zelfregulering naderhand door de wetgever wordt overgenomen of onderschreven. Een atypisch voorbeeld van dit laatste is een CAO. Deze is naar haar aard private regelgeving, maar krijgt de status van recht zodra de overheid haar algemeen verbindend verklaart. Toch legt ze daarmee haar achtergrond als private regelgeving niet af. Hetzelfde geldt voor algemene voorwaarden. Dat zijn en blijven private regels, ook al hebben ze nadat ze tot onderdeel van een overeenkomst zijn gemaakt, contractueel bindende kracht.

Ik beschouw algemene voorwaarden als een tussenvorm tussen oude en nieuwe

---

<sup>278</sup> Daarnaast kan ook het maatschappelijk belang dat een beroepsgroep, markt of branche goed functioneert, de reden vormen voor zelfregulering.

<sup>279</sup> Barbara Baarsma, Flóra Felső, Sjoerd van Geffen, José Mulder, André Oostdijk, Zelf doen? Inventarisatiestudie van zelfreguleringsinstrumenten, 2003. Het onderzoek is uitgevoerd in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken.

<sup>280</sup> Linda Senden, a.w. (nt. 39), p. 104 omschrijft soft law als volgt: "Rules of conduct that are laid down in instruments which have not been attributed legally binding force as such, but nevertheless may have certain (indirect) legal effects, and that are aimed at and may produce practical effects." Ik wijs er op dat ook de door private studiegroepen in Europa tot stand gebrachte Principles, bijvoorbeeld de Principles of European Contract Law, aangemerkt worden als soft law.



instrumenten van private regelgeving in het burgerlijk recht. Algemene voorwaarden doen meer dan verwijzen naar gebruiken of overtuigingen in de samenleving, die de toepassing van regels mede bepalen. Die verwijzingen zijn niet erg precies. Wanneer moet worden vastgesteld wat in een bepaalde kring over een bepaalde kwestie bijvoorbeeld behoorlijk wordt gevonden, ontbreken vrijwel altijd harde of zelfs maar betrouwbare gegevens. Ik verwijs naar hoofdstuk 4. De practicus of wetenschapsbeoefenaar moet proberen zich zo goed en zo kwaad mogelijk een oordeel te vormen. Daarbij zal hij moeten vertrouwen op zijn toevallige kennis, waarderingen en taxaties, met alle reële risico's van enige zelfprojectie, beroepsmatige blikvernaauwing of ondeugdelijke feitelijke grondslag van dien. Het is niet anders, zeggen wij dan. Bij algemene voorwaarden is het wèl anders. Zij bevatten algemene regels over bepaalde kwesties die zich bij de levering van goederen en diensten kunnen voordoen. De regels zijn opgesteld door de direct betrokken beroeps- of brancheorganisaties, soms eenzijdig, maar tegenwoordig steeds vaker in overleg met vertegenwoordigende organisaties van hun cliënten.<sup>281</sup> Anders gezegd: ook algemene voorwaarden bieden een doorkijk naar wat in de desbetreffende sector van de samenleving leeft, maar zij zijn veel preciezer doordat de sector al zelf de doorkijk in algemene regels heeft neergelegd en van de wetgever daarbij inhoudelijk veel vrijheid heeft gekregen. De practicus of wetenschapsbeoefenaar mag ten aanzien van die regels niet meer alleen op zijn eigen kompas te varen, behalve als hij kan motiveren waarom hij het beter weet.

Algemene voorwaarden zijn, voor zover ik kan zien, het belangrijkste instrument van private regelgeving in het burgerlijk recht, zowel in aantal als in kwaliteit. In aantal, omdat er nog maar weinig terreinen zijn waar geen algemene voorwaarden worden gebruikt.<sup>282</sup> Hun maatschappelijk belang kan nauwelijks overschat worden. Ook kwalitatief steken zij ver uit boven andere instrumenten van private regelgeving. Private regelgeving worstelt in het algemeen met drie problemen: de bevoegdheid en de procedure van totstandbrenging, het toezicht op het resultaat, en het juridisch gehalte. Alle drie problemen zijn ten aanzien van algemene voorwaarden min of meer opgelost. De totstandkoming is vergaand geïstitutionaliseerd in de SER, het toezicht wordt gevormd door de art. 6:231 e.v. BW, en als de algemene voorwaarden deze toets doorstaan, hebben zij volledig juridisch bindende kracht.<sup>283</sup>

---

<sup>281</sup> Vergelijk de Cördinatiegroep Zelfreguleringsoverleg van de SER. Sinds 11 april 2003 zijn de in dat overleg tot stand gebrachte algemene voorwaarden gepubliceerd op internet ([www.ser.nl/publicaties](http://www.ser.nl/publicaties)). Het zijn er ruim 50, gemaakt door 27 overleggroepen, variërend van schoenen en kinderopvang tot uitvaarten.

<sup>282</sup> Precieze gegevens ontbreken ook hier (hoofdstuk 4). Zie recent Jac. Hijma, Algemene voorwaarden, Mon NBW B55, nr. 10.

<sup>283</sup> Doordat de wetgever de toelaatbaarheid, grenzen en voorwaarden van algemene voorwaarden heeft bepaald, zijn ze ingepast in het schema wetgeving-rechtspraak. Bij de hierna te noemen buitencontractuele typen private regelgeving is dit mogelijk (nog) niet het geval. Het is een cruciaal punt. Ik kom er in par. 6.7 op terug.

In het licht van dit succes is het begrijpelijk dat de vraag rijst of op de terreinen waar nog geen algemene voorwaarden bestaan, de beroeps- en brancheorganisaties niet verplicht zouden moeten worden ze tot stand te brengen. Als repeat players hebben zij het meeste overzicht. Daarom lijken zij de eerst aangewezenen om het initiatief te nemen de rechtsverhouding met hun cliënten nader in te vullen. Laten zij dit na, dan zouden onduidelijkheden over de onderlinge rechten en plichten in hun nadeel kunnen worden uitgelegd. Ik besef dat met deze sanctie de contra proferentem-regel tot ver buiten zijn gebruikelijke betekenis wordt opgerekt, maar dat vind ik nog geen overtuigend tegenargument.<sup>284</sup> De uitspraak van de Hoge Raad in de zaak van het paard en de dierenarts bijvoorbeeld was niet nodig geweest als dierenartsen algemene voorwaarden hadden gebruikt, waarin zij aandacht hadden besteed aan de in hun beroep volkomen normale aansprakelijkheidsvraag die in die zaak aan de orde was.

Een andere uitbreiding van het gebruik van algemene voorwaarden, zijn algemene procesvoorwaarden. Daarin kunnen voorschriften worden opgenomen hoe betrokkenen zich over en weer dienen te gedragen indien bij de uitvoering van de overeenkomst meningsverschillen ontstaan. Tot nu toe is standaard dat algemene voorwaarden aan het slot een bepaling bevatten waarin de bevoegde overheidsrechter of geschillencommissie wordt aangewezen. Dat is te weinig en past niet meer bij de huidige opvattingen over conflictoplossing.<sup>285</sup> De inzet dient er veeleer op gericht te zijn escalatie van geschillen te voorkomen en betrokkenen aan te moedigen er in onderling overleg uit te komen. In plaats van te verwijzen naar de wetgever om dit te regelen, kan private regelgeving betere, op de bijzonderheden van het beroep of de branche toegesneden oplossingen brengen. Algemene procesvoorwaarden zouden even normaal moeten zijn als gewone algemene voorwaarden. Wel zal dan het toetsingskader van art. 6:231 e.v. BW enige aanvulling behoeven.<sup>286</sup>

Het instrument van de algemene voorwaarden is echter niet onbeperkt inzetbaar. In de eerste plaats omdat voorkomen moet worden dat zij uitpuilen van de details. Op zichzelf is het bijvoorbeeld mogelijk om ziekenhuisprotocollen in te kleden als algemene voorwaarden, die toepasselijk zijn op behandelingsovereenkomsten.<sup>287</sup> Dat is echter niet erg praktisch, omdat niet alle protocollen voor elke patiënt relevant zijn en men moeilijk elke patiënt met een heel boekwerk vol details over alle mogelijke behandelingsvoorschriften kan opzadelen. Waar het om gaat, is dat zij ter beschikking komen zodra er een geschil is. Ik sluit

<sup>284</sup> Ik heb hiervoor gepleit in J.B.M. Vranken en I. Giesen (red.), a.w. (nt. 26), p. 31-40, waarin ik de uitspraak van de Hoge Raad heb proberen te herschrijven. De Koninklijke Nederlandse Maatschappij voor Diergeneeskunde is bezig met het opstellen van algemene voorwaarden.

<sup>285</sup> Onder meer W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken, m.m.v. I.N. Tzankova, a.w. (nt. 37), met name hoofdstuk 7.

<sup>286</sup> Ik laat in het midden of dit in het BW moet of in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

<sup>287</sup> Andere voorbeelden zijn woningcorporaties, banken, verzekeringsmaatschappijen, en telecombedrijven. Zie ook mijn noot onder HR 21 maart 2003, NJ 2003, 591 over de hantering van art. 7:268 BW (voortzetting huurovereenkomst na overlijden huurder).

overigens niet uit dat in het trombose-arrest juist de inwisselbaarheid van algemene voorwaarden en protocollen als instrumenten van private regelgeving heeft meegewogen bij het aanvaarden van het protocol als voldoende grondslag voor de aansprakelijkheid van de arts.

De belangrijkste beperking van het bereik van algemene voorwaarden is vanzelfsprekend dat zij alleen in contractuele verhoudingen dienst kunnen doen. In buitencontractuele relaties moet men zijn toevlucht zoeken in andere instrumenten. De variëteit is groot. Ik noem, behalve de hierboven al onderscheiden typen, nog leidraden, privacyreglementen, beleidsregels, normeringstabellen bij schadevergoeding, bijsluiters, en helpdesks. Voor een uitwerking verwijs ik naar de literatuur.<sup>288</sup> Hier gaat het mij om de theoretische verankering van private regelgeving tegen de achtergrond van de tekortkomingen van het exclusieve schema wetgeving-rechtspraak.

#### *6.7 De veranderlijkheid van het burgerlijk recht*

De reden dat wetgeving en rechtspraak de behoefte aan voldoende en duidelijke regels van burgerlijk recht niet dekken, ook niet in samenwerking met de literatuur, is dat “de” maatschappelijke werkelijkheid waarop het burgerlijk recht betrekking heeft, voortdurend in beweging is. Vaak is dit een sluipend proces dat pas na verloop van tijd zichtbaar wordt, als trend of als ontwikkeling op lange termijn. Ongetwijfeld gaat daarvan invloed uit op het burgerlijk recht, maar welke dit precies is, is niet eenvoudig vast te stellen. Als het al kan, zal het meestal pas achteraf zijn. Wat betekent bijvoorbeeld de thans geproclameerde herijking (afbraak zeggen sommigen) van de sociale verzorgingsstaat en de grotere nadruk op de eigen verantwoordelijkheid voor onder meer het aansprakelijkheidsrecht, de bescherming van consumenten, of de verdeling tussen partijen van informatie- en onderzoeksplichten in het overeenkomstenrecht? De vraag is op dit moment in het geheel nog niet te beantwoorden. Soms gaan veranderingen sneller, zoals bij informatisering, globalisering en in de technologie. Deze veranderingen zijn voor een deel meteen manifest, maar ook zij hebben een niet te onderschatten onderhuidse invloed.

In het schema wetgeving-rechtspraak is de beantwoording van de vraag welke maatschappelijke veranderingen, hoe en in welke mate doorwerken in het burgerlijk recht, voorbehouden aan de wetgeving en de rechtspraak. Zij zijn de sluizen die gepasseerd moeten worden, willen maatschappelijke veranderingen rechtens relevant zijn. Private regelgeving kan hierbij een brugfunctie vervullen tussen wat in bepaalde sectoren van de

---

<sup>288</sup> In het kader van de Onderzoekschool voor Wetgevingsvraagstukken van het Schoordijk Instituut, UvT, verschijnt binnenkort de bundel *Alternatieven voor codificatie*, 2004, waarin I. Giesen voor het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht onderzocht heeft welke instrumenten van private regelgeving bestaan. Voor het burgerlijk procesrecht is een eerste aanzet te vinden in W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken, m.m.v. I.N. Tzankova, a.w. (nt. 37), p. 252-260.

maatschappij aan kennis, ervaring en inzichten van de direct betrokkenen leeft, en de regel die in die sector moet functioneren. Zij vormt een belangrijke bron van informatie voor de wetgever of de rechter, die veel preciezer is dan verwijzingen naar bijvoorbeeld gebruiken of overtuigingen in de samenleving. In de regel is de informatie ook actueler, omdat het bewegingsritme van private regelgeving beter inspeelt op nieuwe ontwikkelingen. In sectoren met een goed georganiseerde private regelgeving kunnen maatschappelijke veranderingen daarom sneller doorwerken in het burgerlijk recht. Voorwaarde is wel dat de wetgever en rechtspraak er open voor staan en, wat de rechtspraak betreft, dat zij de kans krijgt zich uit te spreken. Ik verwacht in de nabije toekomst dat private regelgeving een zodanige omvang en betekenis zal krijgen, dat algemene criteria kunnen worden geformuleerd voor het bepalen van haar juridisch bindende kracht. In feite is het zo ook gegaan bij algemene voorwaarden, eerst in de rechtspraak, daarna in de wetgeving. Hetzelfde zal gebeuren met de buitencontractuele instrumenten van private regelgeving die ik genoemd heb. De drie problemen van private regelgeving zullen binnenkort dan ook prominent op de agenda staan.

Wat de theoretische verankering betreft, passen de meeste theorieën en modellen<sup>289</sup> over private regelgeving bij deze brugfunctie. Voor zover hier relevant en met erkenning van hun onderlinge verschillen, hebben ze gemeen dat ze het dialoogkarakter en de gelaagdheid van wet- en regelgeving benadrukken. De dialoog is permanent. Achtergrond is de overtuiging dat de wetgever er beter aan doet niet te proberen de casuïstiek en de toekomstige ontwikkelingen reeds op voorhand te regelen. Dat kan gemakkelijk leiden tot wat Teubner heeft genoemd het "regulative trilemma". Hij bedoelt daarmee dat de algemene regel ofwel zijn doel voorbijschiet, ofwel de praktijk alleen maar voor de voeten loopt. Geboden is soepelheid en flexibiliteit, maar als men daarop te veel nadruk legt, ontstaat het derde risico dat minstens even erg is: men verliest het overzicht en het geheel wordt stuurloos.<sup>290</sup>

In de theorieën en modellen over private regelgeving zoekt men de uitweg in samenwerking met direct betrokkenen. Wetgeving kan niet meer de klassieke, hiërarchisch centrale rol van vroeger vervullen, zo wordt gezegd, maar is slechts één van de spelers in een ingewikkeld netwerk van interacties en betrekkingen. Zoals Tjeenk Willink het formuleerde: de vraag is niet of de wetgever het probleem dat aan de orde is, kan oplossen,

---

<sup>289</sup> Ik noem communicatieve wetgeving, interactieve rechtsvorming, responsief recht, reflexief equilibrium, discursiviteit, interactionisme, wederkerigheid, horizontalisering en rechtspluralisme. Vergelijk hierover onder meer, telkens met veel verdere verwijzingen, de bundel onder redactie van Bart van Klink en Willem Witteveen, *De overtuigende wetgever*, 2000, en de daarin opgenomen bijdragen van onder meer de redacteuren zelf (p. 5-28 en p. 259-275), Wibren van den Burg (p. 105-122), en Bert van den Brink (p. 239-258). Zie voorts Philip Eijlander en Wim Voermans, a.w. (nt. 14), p. 25-27; Rob van Gestel, *Zelfregulering, milieuzorg en bedrijven*, diss. 2000, p. 23-74; Boudewijn de Waard (Ed.), *Negotiated Decision-Making*, 2000, en het rapport van de Raad voor Maatschappelijke Ontwikkeling, *Bevrijdende kaders*, 2003 (RMO-advies 24).

<sup>290</sup> G. Teubner, *Rechts als autopoietisches System*, 1989.

maar welk aandeel hij daarin kan hebben.<sup>291</sup> Direct betrokkenen zijn beter geïnformeerd en voelen veranderingen meteen aan den lijve. Door hun betrokkenheid zal in de regel ook het draagvlak groter kunnen worden, maar er zijn ook gevaarlijke kanten, met name wie waartoe bevoegd is en of wel voldoende gewaarborgd is dat alle direct betrokkenen hun stem kunnen laten horen.

Indien private regelgeving er in slaagt deze gevaren het hoofd te bieden, verwacht ik dat zal zij op een ongekenne schaal het inspelen op de veranderlijkheid van het burgerlijk recht zal bevorderen. Toch blijft zij in haar brugfunctie onderworpen aan de sluizen van de wetgeving en de rechtspraak. Die bepalen uiteindelijk of en in welke mate zij bindende kracht heeft. Hirsch Ballin heeft er zich sterk voor gemaakt een principiële stap verder te zetten.<sup>292</sup> Hij schreef over idealen in het recht en verdedigde dat veranderingen in het recht begrepen moeten worden als een “voortgaande realisering – met vallen en opstaan – van idealen omtrent rechtvaardige verhoudingen tussen mensen (c.q. groepen van mensen) in de historiciteit van een samenleving.” Overgebracht naar het onderwerp van dit hoofdstuk betekent dit dat ook private regelgeving beschouwd kan worden als een voortgaande realisering van wat op zeker ogenblik in verhoudingen tussen mensen als het beste, het meest rechtvaardige wordt aangemerkt. Maar, is mijn vraag, kan men daaruit concluderen dat private regelgeving dan ook rechtstreeks zelf bindende kracht heeft, zonder de sluis van wetgeving en rechtspraak?<sup>293</sup>

Niet alle private regelgeving berust op keurig vooraf afgebakende samenwerkingsafspraken met de wetgeving. Vaak is men in een bepaalde sector gewoon begonnen, omdat men niet langer kon wachten. Zeker op nieuwe terreinen die in een internationale context opereren, is dit het geval. Heeft deze private regelgeving dan bindende kracht? Op zichzelf is er misschien niets op tegen de vraag bevestigend te antwoorden. Maar wat zegt dit? Gesteld dat in zo'n situatie meer private regelgevingen tot stand komen op hetzelfde terrein, zodanig dat – en het komt voor - sprake is van een woud van regels zonder veel samenhang. Welke binden? Allemaal? Dat is de chaos die Teubner vreesde. Iemand zal die moeten ordenen. Uiteraard kunnen betrokkenen dit in onderling overleg doen, maar die weg loopt dood zodra ze geen overeenstemming kunnen bereiken. Dan zal de

<sup>291</sup> H. Tjeenk Willink, geciteerd in het rapport van de RMO, 2003, a.w. (nt. 62), p. 29.

<sup>292</sup> Ernst Hirsch Ballin, De stroom van het recht, in: Wibren van der Burg en Frans W.A. Brom (red.), Over idealen. Het belang van idealen in recht, moraal en politiek, 1998, p. 91-101. Vergelijk ook Wibren van der Burg, Dynamisch recht. De interactie tussen recht, ethiek en samenleving, oratie 2001, p. 26 e.v.

<sup>293</sup> Hij pleit ervoor om niet bij het op enig moment uit wetgeving en rechtspraak kenbare recht en zijn onderliggende bedoelingen, beginselen en waarden te blijven staan. Dat recht is niet meer dan een momentopname, waarin de strijd om het beste en meest rechtvaardige al gestreden is. Wat interessant(er) is, is de fase van de strijd zelf. Daarin zijn gezichtspunten en inzichten meegewogen die het niet tot geldend recht gebracht hebben. Om die reden zijn ze echter nog niet uitgespeeld. Toch hebben wij er in onze gangbare manier van omgaan met het recht geen aandacht meer voor. Ten onrechte, aldus Hirsch Ballin. Ik ben dat met hem eens.

oplossing van elders moeten komen: van de wetgever, de rechter of, wat bij private regelgeving steeds vaker gebeurt, van een wettelijk ingestelde toezichthouder.<sup>294</sup>

Ook als zich conflicten tussen betrokkenen voordoen, is het op zichzelf mogelijk overeen te komen hierover in eigen kring te oordelen, maar daarbij stuit men al meteen op de exclusiviteitsaanspraak van de overheid. Een burger moet altijd toegang hebben tot een overheidsrechter, al was het maar voor een marginale toets van bijvoorbeeld een bindend advies of arbitrage. De toets geschiedt aan de hand van de voor het oplossen van geschillen bepaalde minimumeisen. Deze zijn opgenomen in de wet (het EVRM daaronder begrepen) en de rechtspraak en er mag niet van worden afgeweken. Uiteindelijk komt het erop neer dat het schema wetgeving-rechtspraak niet ontlopen kan worden. Private regelgeving moet om bindend te kunnen zijn steeds op enigerlei manier, direct of indirect, door de sluizen van wetgeving of rechtspraak. De omgang met het burgerlijk recht blijft gevangen in het schema wetgeving-rechtspraak.

Westerman spreekt in dit verband van een vermaatschappelijking van het recht die gelijk opgaat met een juridisering van de maatschappij in een omvang die wij nog nooit gekend hebben. Het recht verliest een deel van zijn autonomie omdat het private regelgeving moet accepteren. De maatschappij verliest een deel van haar autonomie omdat haar private regelgeving uiteindelijk aan juridische (minimum)maatstaven moet voldoen.<sup>295</sup> Ik kan het ook anders formuleren. Eugen Ehrlich heeft al bijna een eeuw geleden gezegd dat het zwaartepunt van de veranderingen in het recht niet bij de wetgever, rechtspraak of literatuur liggen, maar in de maatschappij zelf. Misschien bedoelde Paul Scholten hetzelfde met zijn gevleugelde woord dat het recht in de feiten ligt. Van Schilfgaarde<sup>296</sup> heeft evenwel op beide een belangrijke aanvulling gegeven: “Hier wordt benadrukt dat de oorsprong van het recht in de feiten, meer precies: in de feitelijke wereld, in de dingen, moet worden gezocht. De grond daarvan is dat het kernbegrip van het recht niet de norm is – in logische zin komt dat begrip pas later aan de orde -, maar het oordeel.” Het is de beoordeelde werkelijkheid die de bron is van (veranderingen in het) recht. De beoordeling wordt niet van buitenaf, vanuit het bestaande systeem, aan de feiten opgelegd, maar wordt gevonden in een confrontatie van het bestaande systeem met de te beoordelen feiten. Daaraan voegt het iets nieuws toe, dat vervolgens opnieuw geconfronteerd wordt met nieuwe feiten, opvattingen en inzichten, en zo weer iets nieuws toevoegt aan het dan bestaande, en zo voort, steeds weer. Het is een proces dat nooit eindigt. De intrinsieke veranderlijkheid van het recht kan met het schema wetgeving-rechtspraak nooit geheel worden ingehaald.

Ook in zoverre is argumenteren in het burgerlijk recht springen met lemen voeten.

<sup>294</sup> Die vaak een dubbelrol heeft, omdat hij behalve toezicht ook zelf private regels maakt.

<sup>295</sup> P. Westerman, Een pleidooi voor formalisering II, oratie Groningen, 2003, p. 15 e.v.

<sup>296</sup> P. van Schilfgaarde, Feiten en rechtsoordelen, WPNR 6396 en 6397 (2000), p. 228 l.k.

Mogelijke argumenten worden door het schema wetgeving-rechtspraak buitengesloten, in ieder geval vooralsnog want in nieuwe confrontaties kunnen ze wel doorbreken