

Basisboek Recht



Noordhoff

Mr. O.A.P. van der Roest (red.)

17^e druk

Basisboek Recht

Onder redactie van:

Mr. O.A.P. van der Roest

Met bijdragen van:

Mr. R.J. van Dam

Mr. C.H.C. Overes

Mr. dr. W.G.M. Plessen m.m.v. mr. P.M.M. Massuger

Mr. R.W.J. van der Roest

Zeventiende druk

Noordhoff Groningen | Utrecht

Ontwerp omslag: G2K Creative Agency (Groningen-Amsterdam)

Omslagillustratie: iStock

Eventuele op- en aanmerkingen over deze of andere uitgaven kunt u richten aan:
Noordhoff Uitgevers bv, Afdeling Hoger Onderwijs, Antwoordnummer 13, 9700 VB
Groningen of via het contactformulier op www.mijnnoordhoff.nl.

De informatie in deze uitgave is uitsluitend bedoeld als algemene informatie. Aan deze informatie kunt u geen rechten of aansprakelijkheid van de auteur(s), redactie of uitgever ontlenen.



0 / 21

© 2021 Noordhoff Uitgevers bv, Groningen/Utrecht, Nederland.

Deze uitgave is beschermd op grond van het auteursrecht. Wanneer u (her)gebruik wilt maken van de informatie in deze uitgave, dient u vooraf schriftelijke toestemming te verkrijgen van Noordhoff Uitgevers bv. Meer informatie over collectieve regelingen voor het onderwijs is te vinden op www.onderwijsauteursrecht.nl.

This publication is protected by copyright. Prior written permission of Noordhoff Uitgevers bv is required to (re)use the information in this publication.

ISBN (ebook) 978-90-01-74771-8

ISBN 978-90-01-74764-0

NUR 820

Woord vooraf

Sinds een groot aantal jaren is *Basisboek Recht* een gezaghebbend studieboek dat in het hoger juridisch onderwijs veel wordt voorgeschreven. Het boek heeft inmiddels zijn bestaansrecht bewezen.

Basisboek Recht maakt studenten van onder meer hogescholen vertrouwd met het systeem en de beginselen van enkele belangrijke onderdelen van het Nederlands recht. Tevens verkrijgt de student inzicht in de samenhang en de verschillen tussen de belangrijkste rechtsgebieden. Gestreefd is naar een goede afstemming tussen enerzijds de theorie en anderzijds de praktijk. Daartoe zijn in de stof veel voorbeelden en rechterlijke uitspraken opgenomen.

Gelet op het inleidende karakter van het boek zijn veel juridische nuances weggelaten, zonder dat de essentie van de besproken leerstukken onzes inziens in gevaar is gekomen.

Het boek bevat negen hoofdstukken. Elk hoofdstuk is onderverdeeld in paragrafen en subparagrafen.

De student maakt in hoofdstuk 1 kennis met het systeem van verschillende belangrijke rechtsgebieden van het Nederlands recht. In de hoofdstukken 2 tot en met 9 worden deze rechtsgebieden afzonderlijk behandeld: het privaatrecht, het burgerlijk procesrecht, het ondernemingsrecht, het staatsrecht en bestuursrecht, het straf(proces)recht, het arbeidsrecht en het recht van de Europese Unie. Tijdens de bespreking van de rechtsgebieden staan het geldend recht en de juridische praktijk centraal.

De didactische opzet, het duidelijke taalgebruik en de vele aansprekende praktische voorbeelden en rechterlijke uitspraken maken het boek uitermate geschikt voor het onderwijs. Het gebruik van duidelijke schema's, margewoorden en samenvattingen leiden de lezer door de stof en vergemakkelijken de verwerking ervan. Het boek nodigt uit tot zelfstudie, waardoor het voor docenten mogelijk is om tijdens de (digitale) colleges meer aandacht te besteden aan de actualiteit in de praktijk.

Ter ondersteuning bij de bestudering staan op de website www.basisboekrecht.noordhoff.nl vragen. Op de website treft u ook de juiste antwoorden op de vragen aan. Op deze website is tevens een docentenhandleiding te vinden. De auteurs van *Basisboek Recht* zijn niet verantwoordelijk voor deze vragen, antwoorden en docentenhandleiding.

Zoals gebruikelijk verschijnt na twee jaar weer een nieuwe, geactualiseerde druk van dit studieboek. De nadruk in deze herziening ligt op het actualiseren van de tekst. Mede omdat het boek geen wetenschappelijke pretenties heeft, zijn ook in de zeventiende druk geen voetnoten opgenomen.

Ik dank studenten en docenten die suggesties voor verbetering deden. Wij hopen ook ditmaal van de gebruikers opmerkingen te ontvangen over onderdelen die onduidelijk zijn.

Bijzondere dank gaat uit naar mijn oud-collega mr. Ingrid de Waal-van Wessem voor haar jarenlange uitstekende bijdrage aan *Basisboek Recht* en voor het ter beschikking stellen van haar teksten. De bijdrage van Ingrid is omvangrijk (geweest) en de sporen daarvan zijn in deze druk goed zichtbaar. De verantwoordelijkheid voor de laatste druk berust uiteraard alleen bij de nieuwe auteur en de redactie.

Het manuscript is – op een enkele aanpassing tijdens de correctie na – afgesloten op 1 augustus 2020.

Oscar A.P. van der Roest
Epe, augustus 2020

Inhoud

Inleiding 13

1 Inleiding in het recht 15

Mr. O.A.P. van der Roest

1.1 Kennismaking met het recht 15

1.1.1 Mens en recht 15

1.1.2 Organisatie rechterlijke macht 18

1.1.3 Sancties op het niet-naleven van rechtsregels 19

1.2 Indeling van het objectieve recht 21

1.2.1 Onderscheid privaatrecht – publiekrecht 21

1.2.2 Onderscheid materieel recht – formeel recht 24

1.3 Wat wordt verstaan onder recht? 25

1.3.1 Objectief en subjectief recht 25

1.3.2 (Semi)dwingend en aanvullend recht 27

1.4 Rechtsbronnen 30

1.4.1 Wet 30

1.4.2 Gewoonterecht 32

1.4.3 Jurisprudentie 33

1.4.4 Verdragen 42

Kernbegrippenlijst 44

2 Privaatrecht 49

Mr. O.A.P. van der Roest en mr. R.W.J. van der Roest

2.1 Inleiding privaatrecht 50

2.1.1 Materieel en formeel privaatrecht 50

2.1.2 Structuur en systematiek van het Burgerlijk Wetboek 51

2.2 Rechtshandeling 55

2.2.1 Begrip rechtshandeling 55

2.2.2 Eenzijdige en meezijdige rechtshandelingen 58

2.2.3 Moment waarop de rechtshandeling werking heeft 60

2.2.4 Ongeldigheid van rechtshandelingen 62

2.2.5 Gronden voor ongeldigheid van rechtshandelingen 64

2.2.6 Overzicht van gronden die leiden tot nietigheid of vernietigbaarheid van rechtshandelingen 85

2.3 Overeenkomsten 86

- 2.3.1 Wijze waarop een overeenkomst tot stand komt 86
- 2.3.2 Totstandkoming van een rechtsgeldige overeenkomst 90
- 2.3.3 Moment van totstandkoming van de overeenkomst 96
- 2.3.4 Algemene voorwaarden 96
- 2.3.5 Vernietiging van algemene voorwaarden 99
- 2.3.6 Overeenkomst: onderscheidingen 102
- 2.3.7 Overeenkomst als bron van verbintenissen 106
- 2.3.8 Inhoud van de overeenkomst 106

2.4 Nakoming, tekortkoming in de nakoming en de gevolgen daarvan 112

- 2.4.1 Nakoming 113
- 2.4.2 Tekortkoming in de nakoming 115
- 2.4.3 Toerekenbare tekortkoming in de nakoming 116
- 2.4.4 Niet-toerekenbare tekortkoming in de nakoming: overmacht 117
- 2.4.5 Vorderen van nakoming 123
- 2.4.6 Vorderen van schadevergoeding 123
- 2.4.7 Vereisten voor schadevergoeding 125
- 2.4.8 Wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding 132
- 2.4.9 Vorderen van ontbinding 143
- 2.4.10 Overzicht van gevolgen van tekortkoming in de nakoming 146

2.5 Verbintenissen uit de wet 147

2.6 Onrechtmatige daad 147

- 2.6.1 Vereisten voor onrechtmatige daad 148
- 2.6.2 Art. 6:162 en afdeling 6.1.10: welk soort schade en hoeveel schade? 157
- 2.6.3 Verhouding tot wanprestatie 158
- 2.6.4 Rechtsvorderingen op grond van onrechtmatige daad 159

2.7 Aansprakelijkheid voor personen en zaken 160

- 2.7.1 Aansprakelijkheid van ouders voor kinderen 160
- 2.7.2 Aansprakelijkheid voor ondergeschikten 163
- 2.7.3 Aansprakelijkheid voor opstallen 165
- 2.7.4 Aansprakelijkheid voor dieren 168

2.8 Rechtmatige daden 170

- 2.8.1 Zaakwaarneming 171
- 2.8.2 Onverschuldigde betaling 173
- 2.8.3 Ongerechtvaardigde verrijking 173

2.9 Inleiding goederenrecht 175

- 2.9.1 Enige belangrijke goederenrechtelijke begrippen 175
- 2.9.2 Kenmerken van absolute goederenrechtelijke rechten en relatieve rechten 184
- 2.9.3 Eigendomsrecht 190
- 2.9.4 Verkrijging van goederen 192
- 2.9.5 Bijzondere wijzen van eigendomsverkrijging 194
- 2.9.6 Verlies van goederen 200

2.10 Overdracht (algemeen) 200

- 2.10.1 Overdraagbare goederen 201
- 2.10.2 Algemene vereisten voor overdracht 201

2.11 Overdracht van registergoederen 204

2.12 Overdracht van roerende zaken (niet-registergoederen) 205

2.12.1 Bezit 205

2.12.2 Houderschap 205

2.12.3 Bezitsverschaffing 206

2.13 Derdenbescherming 211

2.13.1 Art. 3:86: verkrijging van roerende zaken (niet-registergoederen) door een derde 211

2.13.2 Art. 3:88: verkrijging van registergoederen door een derde 218

2.14 Samenhang contracten- en goederenrecht 219

2.14.1 Ongeldige titel van overdracht 220

2.14.2 Verbintenisrechtelijke en goederenrechtelijke gevolgen van een ongeldige titel 220

2.14.3 Fasen en problemen in het contracten- en goederenrecht 221

Kernbegrippenlijst 224

3 Burgerlijk procesrecht 235

Mr. O.A.P. van der Roest

3.1 Achtergronden bij het burgerlijk procesrecht 236

3.1.1 Enkele algemene bepalingen in de rechtspraak 236

3.1.2 Rechtsvinding en rechtsvorming 237

3.2 Gewone rechtspraak 239

3.2.1 Opbouw van de rechterlijke macht 239

3.2.2 Competentieregels van de burgerlijke rechter in eerste aanleg 241

3.2.3 Rechtsmiddelen in burgerlijke geschillen 242

3.2.4 Alternatieve geschillenbeslechting: mediation 245

3.3 Beginselen en procedures in het burgerlijk procesrecht 246

3.3.1 Enkele beginselen in het burgerlijk procesrecht 246

3.3.2 Procedures 248

Bijlage 1 Modeldagvaarding rechtbank, sector privaatrecht 256

Bijlage 2 Model verzoekschrift 258

Kernbegrippenlijst 259

4 Ondernemingsrecht 263

Mr. C.H.C. Overes

4.1 Onderneming en ondernemingsvorm 263

4.1.1 Begrip onderneming 263

4.1.2 Ondernemingsvorm 265

4.1.3 Wat is ondernemingsrecht? 266

4.2 Eenmanszaak en contractuele vennootschappen 267

- 4.2.1 Eenmanszaak 267
- 4.2.2 Maatschap 267
- 4.2.3 Vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap 272
- 4.2.4 Toetreding en uittreding van vennoten en einde van de vennootschap 276

4.3 Rechtspersonen in Boek 2 BW 276

- 4.3.1 Begrip rechtspersoon 277
- 4.3.2 Rechtspersonen (andere dan een nv en bv) die een onderneming in stand houden 279
- 4.3.3 Nv en bv 281
- 4.3.4 Algemene vergadering 286
- 4.3.5 Bestuur en toezicht op het bestuur 290
- 4.3.6 Structuurregeling 296
- 4.3.7 Jaarrekening 299
- 4.3.8 Aandelen 300
- 4.3.9 Kapitaalbescherming 303
- 4.3.10 Ontbinding van de nv en bv 306

4.4 Concern 306

- 4.4.1 Dochtermaatschappij 307
- 4.4.2 Groep en groepsmaatschappij 308
- 4.4.3 Deelneming 309

4.5 Belangrijke wettelijke regelingen 310

- 4.5.1 Geschillenregeling en recht van enquête 310
- 4.5.2 Fusie en splitsing 313
- 4.5.3 Uitkoopregeling 317
- 4.5.4 Wet op de ondernemingsraden 318

[Kernbegrippenlijst 320](#)

5 Staatsrecht 325

Mr. O.A.P. van der Roest

5.1 Kenmerken van de staat 325

- 5.1.1 Machtsfunctie en juridische functie van de staat 326
- 5.1.2 Staatsrechtelijke beginselen 326
- 5.1.3 Organen van de staat 329
- 5.1.4 Verhouding tussen regering en parlement 337

5.2 Constitutie en Grondwet 337

- 5.2.1 Geschreven staatsrecht 338
- 5.2.2 Jurisprudentie 338
- 5.2.3 Ongeschreven staatsrecht 340
- 5.2.4 Rangorde van regelingen 340
- 5.2.5 Toetsingsverbod 342
- 5.2.6 Grondwetswijziging 343

5.3 Regelgeving en regelgever 344

- 5.3.1 Begrippen wet en beschikking 344
- 5.3.2 Algemene maatregel van bestuur en ministeriële regeling 346
- 5.3.3 Regelgevende bevoegdheid 347
- 5.3.4 Beleidsregels 349
- 5.3.5 Totstandkoming van een wet 351

5.4 Decentralisatie in Nederland 353

- 5.4.1 Deconcentratie 354
- 5.4.2 Decentralisatie 354
- 5.4.3 Verordenende en bestuursbevoegdheid van decentrale overheden 354

5.5 Grondrechten 357

- 5.5.1 Klassieke grondrechten 357
- 5.5.2 Sociale grondrechten 359

Kernbegrippenlijst 360

6 Bestuursrecht 363

Mr. O.A.P. van der Roest

6.1 Wat is bestuursrecht? 364

- 6.1.1 Overheidsbestuur 364
- 6.1.2 Algemeen bestuursrecht 366
- 6.1.3 Bijzonder bestuursrecht 367

6.2 Bevoegdheid tot besturen 368

- 6.2.1 Legaliteitsbeginsel 368
- 6.2.2 Onbevoegd bestuursorgaan 372

6.3 Besluit en beschikking 373

- 6.3.1 Besluit 373
- 6.3.2 Beschikking 379
- 6.3.3 Systeem van de Algemene wet bestuursrecht 386

6.4 Rechtsbescherming tegen overheidshandelen 388

- 6.4.1 Bestuurlijke voorprocedure (administratief bezwaar en beroep) 388
- 6.4.2 Bestuursrechtspraak 392
- 6.4.3 Toetsingsgronden 394

6.5 Algemene beginselen van behoorlijk bestuur 394

- 6.5.1 Gecodificeerde beginselen van behoorlijk bestuur 395
- 6.5.2 Niet-gecodificeerde beginselen van behoorlijk bestuur 400

6.6 Uitspraak van de bestuursrechter 403

- 6.6.1 Onbevoegdverklaring van de rechtbank 403
- 6.6.2 Niet-ontvankelijkverklaring van het beroep 404
- 6.6.3 Ongegrondverklaring van het beroep 405
- 6.6.4 Gegrondverklaring van het beroep 405

6.7 Enkele beginselen van het bestuursprocesrecht 406

- 6.7.1 Actieve rechter 406
- 6.7.2 Niet-verplichte procesvertegenwoordiging 407
- 6.7.3 Vermoeden van rechtmatigheid 407
- 6.7.4 Horen van partijen 407

[Kernbegrippenlijst 408](#)

7 Strafrecht 413

Mr. O.A.P. van der Roest

7.1 Inleiding in het straf(proces)recht 413

- 7.1.1 Materieel strafrecht 414
- 7.1.2 Formeel strafrecht 417

7.2 Fasen in het strafproces 419

- 7.2.1 Opsporingsonderzoek 419
- 7.2.2 Onderzoek ter terechtzitting 425
- 7.2.3 Formele vragen 426
- 7.2.4 Materiële vragen 430
- 7.2.5 Bijstand van een raadsman 441

7.3 Uitbreiding van de strafbaarheid 442

- 7.3.1 Daders en strafbare deelnemers 442
- 7.3.2 Doen plegen 443
- 7.3.3 Medeplegen 444
- 7.3.4 Uitlokken 445
- 7.3.5 Medeplichtigheid 446

[Kernbegrippenlijst 448](#)

8 Arbeidsrecht 451

Mr. dr. W.G.M. Plessen m.m.v. mr. P.M.M. Massuger

8.1 Kennismaking met arbeidsrecht 451

- 8.1.1 Bronnen van het arbeidsrecht 452
- 8.1.2 Dwingendheid van het recht 453

8.2 Individuele en collectieve arbeidsovereenkomsten 455

- 8.2.1 Diverse overeenkomsten die betrekking hebben op arbeid 455
- 8.2.2 Individuele arbeidsovereenkomst 456
- 8.2.3 Collectieve arbeidsovereenkomst 459
- 8.2.4 Vakbonden, werkgevers en overleg 462

8.3 Loon naar werken 464

- 8.3.1 Loon en loondoorbetaling 464
- 8.3.2 Oproepovereenkomst 468

8.4 Vakantie en ander verlof 468

- 8.4.1 Vakantie 469
- 8.4.2 Andere vormen van verlof 470

8.5 Goede werkgever en goede werknemer 471

- 8.5.1 Goed werkgeverschap 471
- 8.5.2 Goed werknemerschap 472
- 8.5.3 Bijzondere verplichtingen van de werknemer 473
- 8.5.4 Overgang van een onderneming 473
- 8.5.5 Sancties 473

8.6 Ontslagrecht 474

- 8.6.1 Einde van de arbeidsovereenkomst van rechtswege 475
- 8.6.2 Beëindiging door beide partijen 479
- 8.6.3 Opzegging door een van de partijen 480
- 8.6.4 Ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de rechter 490
- 8.6.5 Ontslag en enkele bijzonderheden 492
- 8.6.6 Transitievergoeding 494

8.7 Staken is geen werk 496

- 8.7.1 Korte geschiedenis 496
- 8.7.2 Spelregels voor staken 496
- 8.7.3 Staken: geen loon 498
- 8.7.4 'Politieke' stakingen 498
- 8.7.5 Aan staken verwante actievormen 499
- 8.7.6 Ambtenarenstaking 500

8.8 Medezeggenschap 500

- 8.8.1 Instelling ondernemingsraad 500
- 8.8.2 Bevoegdheden van de ondernemingsraad 501

Kernbegrippenlijst 505

9 Recht van de Europese Unie 509

Mr. R.J. van Dam

9.1 Organisatie van de Europese Unie 510

- 9.1.1 Europees Parlement (art. 14 VEU) 510
- 9.1.2 Europese Raad (art. 15 VEU) 510
- 9.1.3 Raad (art. 16 VEU) 511
- 9.1.4 Europese Commissie (art. 17 en 18 VEU) 511
- 9.1.5 Hof van Justitie (art. 19 VEU) 511

9.2 Bevoegdheden van de Europese Unie 512

- 9.2.1 Beleidsterreinen 512
- 9.2.2 Verhouding bevoegdheden EU en de lidstaten 512
- 9.2.3 Toepassing bevoegdheden door de EU 512

9.3 Verschillende typen beslissingen 513

- 9.3.1 Verordeningen 513
- 9.3.2 Richtlijnen 513
- 9.3.3 Besluiten 514
- 9.4.4 Aanbevelingen 514

9.4 Besluitvormingsprocedure 514

9.4.1 Gewone wetgevingsprocedure 514

9.4.2 Supranationaal 515

9.5 Uitvoering van beslissingen 515

9.6 Rechtsbescherming 516

9.6.1 Lidstaten 516

9.6.2 EU-instellingen 516

9.6.3 Burgers/bedrijven 517

9.7 Interne markt en de vier vrijheden 517

9.7.1 Interne markt 517

9.7.2 De vier vrijheden 518

9.8 Concurrentieregels voor ondernemingen 523

9.8.1 Concurrentiebeperving door ondernemingen samen 524

9.8.2 Concurrentiebeperving door ondernemingen alleen 526

9.8.3 Toezicht en handhaving 527

[Kernbegrippenlijst 529](#)

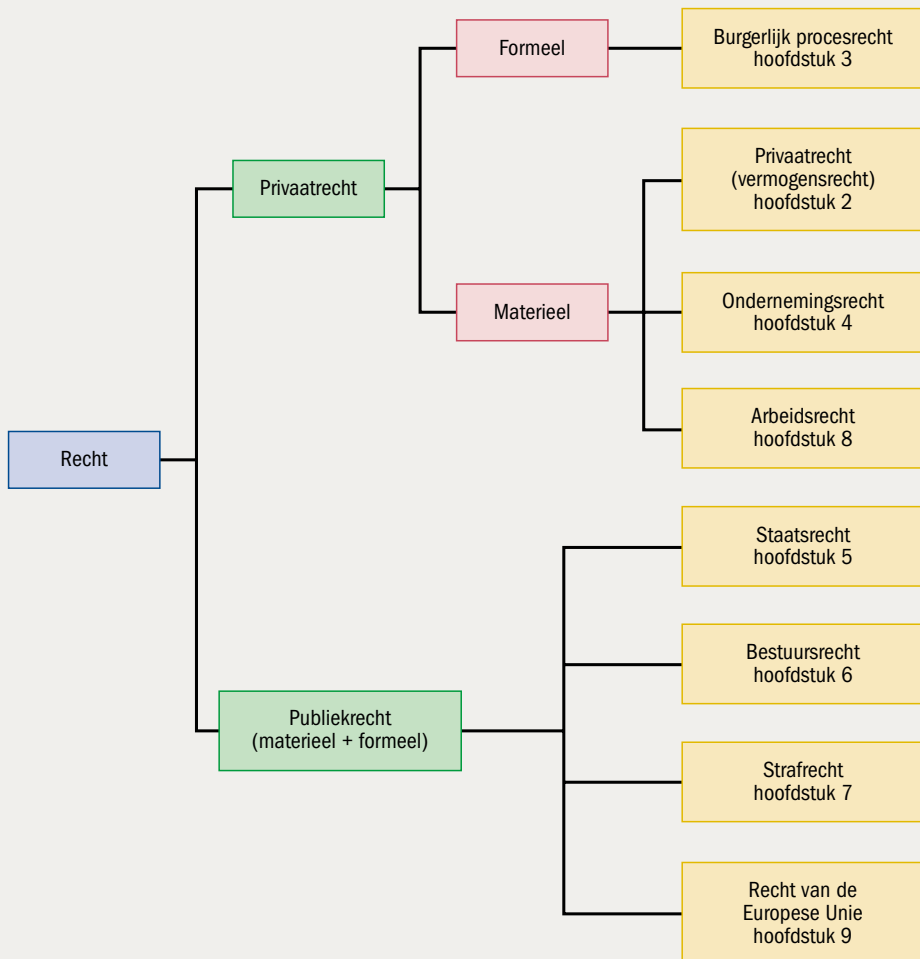
[Lijst van afkortingen 531](#)

[Over de auteurs 535](#)

[Register 537](#)

Inleiding

In *Basisboek Recht* worden de belangrijkste onderwerpen van het recht behandeld. De leerstof is verdeeld in negen hoofdstukken: inleiding in het recht, privaatrecht, burgerlijk procesrecht, ondernemingsrecht, staatsrecht, bestuursrecht, strafrecht, arbeidsrecht en recht van de Europese Unie. De volgende figuur geeft een overzicht van de rechtsgebieden.



1

Inleiding in het recht

- 1.1 Kennismaking met het recht
- 1.2 Indeling van het objectieve recht
- 1.3 Wat wordt verstaan onder recht?
- 1.4 Rechtsbronnen

Dit hoofdstuk geeft een algemeen inzicht in de rol die het recht in onze Nederlandse samenleving heeft. Na een algemene kennismaking met het recht wordt de indeling van het geldend (objectieve) recht in privaatrecht/publiekrecht en materieel recht/formeel recht besproken. Vervolgens wordt een korte uitleg gegeven van enkele betekenissen van het woord 'recht'. Ten slotte komen de rechtsbronnen aan de orde: de vindplaatsen van het recht. Bij de bespreking van de jurisprudentie als rechtsbron wordt kort ingegaan op de technieken om rechtsregels uit te leggen.

1.1 Kennismaking met het recht

In deze paragraaf wordt een algemeen inzicht gegeven in de rol die het recht in onze Nederlandse samenleving heeft. Het recht regelt veel verhoudingen tussen de mensen onderling, en tussen de mensen en de overheid. Bij onoverkomelijke problemen kunnen partijen naar de rechter stappen. In de Grondwet en de Wet op de rechterlijke organisatie staat hoe de rechterlijke macht georganiseerd is. Het recht stelt veelal sancties op het niet-naleven van rechtsregels.

1.1.1 Mens en recht

De mens is gelijktijdig deelnemer aan verschillende maatschappelijke verbanden. Hij is bijvoorbeeld werkzaam in een onderneming en tegelijk inwoner van de Staat der Nederlanden. Al dan niet gewenst komt hij hierdoor in contact met zijn medemens. Mensen zullen in principe de wil hebben om met elkaar in harmonie te leven... maar een samenleving zonder spanning en strijd is een utopie. Ieder mens heeft belangen die hij probeert te realiseren. In de praktijk blijkt maar al te vaak dat hij daarbij in botsing komt met belangen

van een ander. Volgens de Engelse filosoof Thomas Hobbes (1588-1679) is egoïsme de drijfveer voor al onze daden. Hierdoor kan het menselijk gedrag ten koste gaan van de belangen van anderen. Belangentegenstelling is veelal de basis van al dan niet omvangrijke juridische problemen.

VOORBEELD

Oscar heeft in het dorp Sexbierum een verliesgevend café. Om een dreigend faillissement te voorkomen, besluit hij op de zaterdagen discoavonden te organiseren. Tot vreugde van Oscar wordt dit een groot commercieel succes. De omwonenden zijn minder enthousiast. Met name zijn buurman Roderick heeft veel last van het lawaai. De kinderen kunnen niet slapen en zijn hond Loebas is een zenuwzinking nabij. Om verder nog maar te zwijgen van alle onsmakelijkheden die Roderick 's morgens op de deurmat vindt. Bij herhaling heeft Roderick bij Oscar en de gemeente geklaagd. Gemeenteambtenaar Wim heeft begrip voor de klachten. Wim erkent dat Oscar niet beschikt over de benodigde vergunningen op grond van de Algemene Plaatselijke Verordening. De gemeente is inmiddels met Oscar in onderhandeling over het aanbrengen van isolatievoorzieningen in het café. Het aanbrengen van deze voorzieningen kost veel geld en tijd. De gemeente wil nog niet overgaan tot sluiting van het café omdat wat Oscar doet in zijn café, ook goed is voor het dorp. De ambtenaar vraagt aan Roderick nog een korte tijd begrip te hebben voor de muzikale escapades van Oscar. Op een zaterdagavond is het begrip van Roderick tot het nulpunt gedaald. Roderick grijpt een omvangrijk boek, dringt het café binnen en slaat met het boek tegen het gezicht van Oscar. Door de klap is Oscars bril kapot en mist hij twee voortanden.

Eigenrichting

In voorgaand voorbeeld van spanning en strijd wil Roderick het probleem oplossen via eigenrichting. Eigenrichting wil zeggen: in een geschil je gelijk halen door zelf geweld te gebruiken. Het 'recht van de (economisch) sterkste' geldt dan.

Als iedereen zelf zijn problemen met een ander via geweld wil oplossen, wordt het binnen de kortst mogelijke tijd een complete chaos. In het voorbeeld gaat Roderick zijn buurman Oscar met een boek te lijf. Je moet er niet aan denken dat Roderick de volgende keer zijn probleem met een ander wil oplossen met behulp van een vuurwapen.

Dit is de reden dat in het algemeen eigenrichting niet geoorloofd is. In beginsel mag alleen de overheid (denk bijvoorbeeld aan politie en leger) het recht met behulp van geweld handhaven. De overheid heeft het zogenoemde monopolie op de rechtshandhaving met behulp van dwangmiddelen, zoals het opleggen van een geldboete of gevangenisstraf.

Ook in het voorbeeld mag het probleem niet via eigenrichting worden opgelost. Roderick zal desnoods een beroep moeten doen op de rechter, indien het conflict niet onderling (in der minne) kan worden opgelost.

Monopolie op rechtshandhaving

Het gerechtshof Amsterdam heeft in zijn arrest ECLI:NL:GHAMS:2003:AL1853 van 22 mei 2003 in een strafzaak over eigenrichting het volgende overwogen:

(...) Verdachte en zijn mededaders hebben zich schuldig gemaakt aan de meest ernstige vorm van eigenrichting. Immers hebben zij op gewelddadige wijze het leven genomen van iemand die zij verantwoordelijk hielden voor het overlijden van een familielid van (een van) hen. Ze hebben daartoe welbewust een kloppacht ingezet op het slachtoffer, waarbij zij geen enkel middel hebben geschuwd en personen, van wie zij meenden dat deze bekend waren met de verblijfplaats van het slachtoffer door het dreigend tonen van een vuurwapen en/of het beschikbaar stellen van harddrugs hebben geïntimideerd en/of bewogen terzake informatie te verstrekken. Nadat zij de verblijfplaats van het slachtoffer hadden ontdekt, is verdachte de desbetreffende woning binnengeklommen en heeft vervolgens aan de anderen de toegang verschaft tot die woning waar het slachtoffer zich bevond. Dat het slachtoffer zich zeer angstig en wanhopig heeft gevoeld blijkt evident uit het telefoongesprek dat hij de laatste minuten voor zijn dood heeft gevoerd met de centralist van het alarmnummer 112. Voorts hebben verdachte en een of meer van zijn mededaders met een vuurwapen op het slachtoffer geschoten, als gevolg waarvan het slachtoffer is overleden. Dit afschuwwekkende feit heeft een grote schok en onherstelbaar verdriet teweeggebracht bij de nabestaanden van het slachtoffer. Bovendien is door dit handelen de rechtsorde ernstig geschokt. Het hof heeft ten nadele van verdachte rekening gehouden met een de verdachte betreffend uittreksel uit het Justitieel Documentatieregister van 15 oktober 2002, waaruit blijkt dat verdachte reeds eerder is veroordeeld tot een onvoorwaardelijke gevangenisstraf van aanzienlijke duur wegens het plegen van een poging tot doodslag. Op grond van het voorgaande acht het hof een gevangenisstraf van een aanzienlijke duur passend en geboden. (...)

Toch is het in het Nederlandse recht denkbaar dat een burger bij hoge uitzondering zijn probleem via eigenrichting rechtens geoorloofd mag oplossen. Dat is het geval als de wet uitdrukkelijk in een specifieke situatie de bevoegdheid tot eigenrichting aan de burger geeft. Een klassiek voorbeeld van geoorloofde eigenrichting is art. 5:44 Burgerlijk Wetboek.

VOORBEELD

Als de beplanting van de buurman over iemands erf heen hangt, mag deze – zonder tussenkomst van de rechter – de op zijn erf overhangende takken afzagen als de buurman de aanmaning om dat zelf te doen naast zich heeft neergelegd. Rechtens mag hij de takken afzagen op grond van art. 5:44 Burgerlijk Wetboek. Of dit ook werkelijk verstandig is, valt moeilijk te zeggen. Eén blik op het postuur van de burens is soms al genoeg.

De rechter in de sector kanton van de rechtbank Leeuwarden oordeelde in zijn vonnis ECLI:NL:RBLEE:2007:AZ8406 van 13 februari 2007 over het afzagen van overhangende takken als volgt:

(...) Overhangende takken zijn blijkens het bepaalde in artikel 5:44 BW telkens verboden.

Het voorgaande impliceert dat Achtkarspelen niet gevolgd kan worden in haar standpunt. Gelet op het bepaalde in artikel 5:44 BW is Achtkarspelen gehouden de overhangende takken te verwijderen. In deze zaak staat voldoende

vast dat Achtkarspelen (ook na aanmaning) niet bereid is gebleken de overhangende takken te verwijderen, zodat eiser gerechtigd was eigenrichting toe te passen en de onderhavige twee takken zelf te verwijderen. Nu niet voldoende gemotiveerd gesteld of gebleken is dat eiser het verwijderen van de twee takken op onrechtmatige en schade veroorzakende wijze heeft gedaan, is hij niet schadelijktig jegens Achtkarspelen. De vordering tot schadevergoeding moet daarom worden afgewezen. (...)

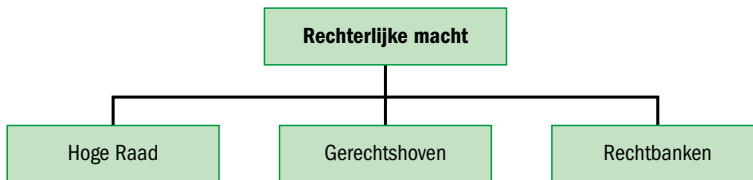
Om onrechtmatige eigenrichting te voorkomen kunnen partijen die een probleem hebben waar zij niet (meer) uit komen, dit veelal voorleggen aan de rechter.

1.1.2 Organisatie rechterlijke macht

In Nederland zijn er lagere rechters en hogere rechters. Deze rechters hebben een eigen terrein waarop zij rechtspreken. De rechters zijn lid van de zittende magistratuur; we spreken van zittende magistratuur, omdat de rechters (rechterlijke ambtenaren) in de rechtszaal blijven zitten als zij aan het woord zijn.

Hoe de rechterlijke macht is georganiseerd, is te lezen in de Grondwet (Gw) en de Wet op de rechterlijke organisatie (Wet RO). De organisatie van de rechterlijke macht ziet er, aldus art. 2 Wet RO, als volgt uit (figuur 1.1).

FIGUUR 1.1 Organisatie rechterlijke macht



Een juridisch probleem wordt eerst door een lagere rechter in een van de elf rechtbanken bekeken en beoordeeld. De rechtbank is het eerste gerecht. De rechtbank kent meervoudige kamers met drie rechtsprekende rechters, en enkelvoudige kamers met één rechtsprekende rechter. Voorbeelden van alleensprekende rechters zijn de kantonrechter en de politierechter.

Als een van de partijen het niet eens is met de uitspraak (dit noemen we een vonnis) van de rechter in een rechtbank, kan hij de zaak aan een hogere rechter voorleggen; hij kan dan in hoger beroep gaan bij een van de vier gerechtshoven. De rechters bij een gerechtshof (ook wel kort aangeduid als het hof) noemen we raadsheren, ongeacht of deze rechters nu man of vrouw zijn. In de regel spreekt het gerechtshof recht in een meervoudige kamer, dus rechtspraak door drie raadsheren. Eenvoudige zaken worden echter door één raadsheer behandeld.

Als een van de partijen het niet eens is met de uitspraak van het gerechtshof (dit noemen we een arrest), dan is het onder bepaalde voorwaarden mogelijk om het geschil voor te leggen aan het hoogste rechtscollege in Nederland, de Hoge Raad; dit heet *in cassatie gaan*. Ook een rechter in de Hoge Raad noemen we raadsheer. De Hoge Raad spreekt recht met vijf raadsheren.

In cassatie gaan bij de Hoge Raad is iets anders dan in hoger beroep gaan bij het gerechtshof. In hoger beroep kijkt de rechter nog een keer of de rechter in de rechtbank alle feiten goed heeft beoordeeld, of er voldoende bewijs is en of het recht juist is toegepast. De uitspraak van het gerechtshof komt in de plaats van het vonnis van de rechtbank. In cassatie wordt door de Hoge Raad niet opnieuw gekeken of de feiten wel kloppen, hij kijkt alleen of de lagere rechter het recht juist heeft toegepast. Als de Hoge Raad oordeelt dat het recht niet goed is toegepast, wordt de zaak terugverwezen naar een lagere rechter, die opnieuw uitspraak moet doen. Het zal duidelijk zijn dat de lagere rechter het oordeel van de Hoge Raad in acht moet nemen.

Dit onderwerp, het burgerlijk procesrecht, wordt in hoofdstuk 3 verder besproken.

Cassatie
Hoger beroep

1

1.1.3 Sancties op het niet-naleven van rechtsregels

Het recht stelt zich ten doel de samenleving rechtvaardig, vreedzaam en efficiënt te ordenen. Daartoe stelt het recht veelal een sanctie op het niet-naleven van een rechtsregel. Een sanctie is een middel om naleving van bijvoorbeeld een voorschrift af te dwingen, of is een straf voor een overtreding.

Sanctie

VOORBEELDEN

Nancy maakt er een gewoonte van om schilderijen te kopen zonder daarvoor te betalen. Dit wordt ook wel flessentrekkerij genoemd. Nancy maakt zich hierdoor schuldig aan een strafbaar feit dat geregeld is in art. 326a Wetboek van Strafrecht (Sr). In dit artikel staat dat iemand die zich schuldig maakt aan flessentrekkerij, gestraft kan worden met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of een geldboete van de vijfde categorie. Dit laatste betekent dat aan Nancy een geldboete kan worden opgelegd van ten hoogste (per 1 januari 2020) €87.000 (zie art. 23 lid 4 Sr).

Tinus nodigt zijn vriend Bram en diens vriendin Karin uit om een nachtje bij hem te komen logeren. Bram en Karin nemen de uitnodiging aan. Om de logeerpartij tot een succes te maken, besluit Tinus de logeerkamer met balkon nog snel even een verfbeurt te geven. Om het verven gemakkelijker te maken haalt Tinus de balkonleuning uit de daarvoor bestemde ankers. Het verven gaat snel, maar... op het moment dat hij de balkonleuning vast wil zetten, arriveren zijn twee gasten.

Tinus vergeet dat de balkonleuning nog niet is verankerd. Na een genoegelijke avond gaan Bram en Karin diep in de nacht naar hun logeerkamer. Alvorens het bed in te stappen gaan de twee gasten nog even een frisse neus halen op het balkon. Bram merkt te laat dat de balkonleuning niet verankerd is; door het gewicht van Bram schuift de balkonleuning van het balkon. Hij verliest zijn evenwicht en valt van het balkon. Bram moet zich onder behandeling laten stellen van een huisarts.

Tinus van het laatste voorbeeld heeft ten onrechte zijn gasten niet gewaarschuwd dat de balkonleuning loszat. Dit is in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betamelijk is. Of anders gezegd: Tinus heeft dermate onzorgvuldig jegens zijn gasten gehandeld dat er sprake is van een onrechtmatige daad. Het leerstuk van de onrechtmatige

daad is geregeld in art. 6:162 Burgerlijk Wetboek (BW). De sanctie die in dit geval is gesteld, is de plicht van Tinus om de schade te vergoeden (zie art. 6:162 lid 1 BW).

Indien Tinus de schade niet uit zichzelf wil voldoen, zal door middel van een procedure de rechter eraan te pas moeten komen om hem te veroordelen tot het betalen van de schadevergoeding.

Het college van burgemeester en wethouders kan een last onder dwangsom opleggen. Een last onder dwangsom wil zeggen dat de overtreder voor bijvoorbeeld elke dag dat hij de overtreding niet ongedaan maakt, een geldbedrag moet betalen. Dit is geregeld in art. 5:31d e.v. Algemene wet bestuursrecht (Awb).

VOORBEELD

De eigenaar van cafetaria Jan Patat heeft een oude afzuiginstallatie, die niet aan de milieueisen voldoet. Omwonenden klagen over stankhinder. Het college van burgemeester en wethouders schrijft een brief aan de eigenaar van de cafetaria en draagt hem op de afzuiginstallatie te vervangen. De eigenaar weigert de installatie te vervangen. Het college van burgemeester en wethouders kan hem een last onder dwangsom opleggen, van bijvoorbeeld €1.000 voor iedere dag dat hij de oude afzuiginstallatie gebruikt.

Als de aangesproken partij het niet eens is met het besluit van het college van burgemeester en wethouders, kan hij zijn grieven uiteindelijk aan een rechter voorleggen.

Het is duidelijk dat als op een rechtsregel geen sanctie is gesteld, enkele burgers wellicht minder enthousiast zijn om zich te houden aan een dergelijke regel. Als er geen sanctie verbonden is aan het niet-betalen van de inkomstenbelasting aan de Staat der Nederlanden, is de verleiding wellicht te groot om te besluiten het betalen van belasting eens een jaartje over te slaan.

Maar toch staat er niet altijd een sanctie op het niet-naleven van een rechtsregel. Géén juridische sanctie is bijvoorbeeld verbonden aan art. 1:249 BW:

‘De minderjarige dient rekening te houden met de aan de ouder of voogd in het kader van de uitoefening van het gezag toekomende bevoegdheden, alsmede met de belangen van de overige leden van het gezin waarvan hij deel uitmaakt.’

Toch is hier wel degelijk sprake van een rechtsregel. Af en toe geeft mijn zoon een voedingsbodem voor de gedachte dat art. 1:249 BW een ‘dode’ letter is. Maar toch... ook dit artikel bevat een rechtsregel. De ouder of voogd heeft op grond van een gezagsverhouding doorgaans feitelijk het laatste woord.

1.2 Indeling van het objectieve recht

Het aantal rechtsregels dat in Nederland geldt, is groot. In paragraaf 1.1 zijn we al verschillende rechtsregels tegengekomen. Als hulpmiddel om inzicht te krijgen in de rechtsregels die op dit moment in Nederland gelden – dit wordt het objectieve recht genoemd – zullen we een aantal veelgebruikte indelingen van het objectieve recht globaal behandelen. Het objectieve recht omvat de rechtsregels die door de overheid zijn vastgesteld of erkend met het doel de samenleving te ordenen, en die – in beginsel door sancties – gehandhaafd kunnen worden. Het objectieve recht wordt ook wel aangeduid met positief recht of geldend recht.

In deze paragraaf komen de indelingen van het objectieve recht aan de orde, te weten het onderscheid tussen privaatrecht en publiekrecht en het onderscheid tussen materieel recht en formeel recht.

1.2.1 Onderscheid privaatrecht – publiekrecht

Een van de indelingen van het recht is het onderscheid in privaatrecht en publiekrecht. Eerst wordt het privaatrecht en vervolgens het publiekrecht besproken. Het belang van dit onderscheid is dat het privaatrecht de rechtsverhouding tussen burgers onderling regelt, terwijl het individueel belang centraal staat. Het publiekrecht regelt de verhouding tussen de overheid en de burgers. In dit deel van het recht staat het algemeen belang centraal. Ondanks dit duidelijke verschil is het juridisch mogelijk dat de rechtsverhouding tussen overheid en burgers toch beheerst wordt door het privaatrecht. Deze nuancering van het onderscheid privaatrecht en publiekrecht wordt besproken aan het slot van deze subparagraaf.

Privaatrecht

Privaatrecht (of: burgerlijk recht) is het gedeelte van het objectieve recht dat zich bezighoudt met de rechtsverhouding tussen personen onderling. Onder persoon moet niet alleen de natuurlijke persoon worden verstaan, maar ook de rechtspersoon. Met natuurlijke persoon wordt de mens bedoeld. Gedurende het gehele leven is de mens drager van rechten en plichten. In art. 1:1 BW staat: 'Allen die zich in Nederland bevinden, zijn vrij en bevoegd tot het genot van de burgerlijke rechten.' Een rechtspersoon is een organisatievorm die voor veel handelingen net als natuurlijke personen aan het rechtsverkeer mag deelnemen (zie art 2:5 BW). Een rechtspersoon kan bijvoorbeeld grondstoffen kopen en geld lenen. Een rechtspersoon kan ook veroordeeld worden om bijvoorbeeld aan een gedupeerde schadevergoeding te betalen. Voorbeelden van rechtspersonen zijn de stichting, de vereniging, de naamloze vennootschap (nv) en de besloten vennootschap (bv) met beperkte aansprakelijkheid. Zie in dit verband art. 2:3 BW. Als mensen of rechtspersonen dus onderling juridische problemen hebben, gelden de regels van het privaatrecht.

VOORBEELDEN

De heer Vuursteen leent contant €10.000 aan zijn schoonzoon, de heer Officier, als bijdrage in de aankoop van een nieuwe auto. De familieverhoudingen zijn zo goed dat de afspraak over deze geldlening niet schriftelijk wordt vastgelegd. Maar helaas... ook in vreedzame families kan een conflict de kop opsteken. Vuursteen en zijn schoonzoon krijgen ruzie. Vuursteen wil dat

de €10.000 direct wordt terugbetaald. De boze schoonzoon weigert het bedrag terug te betalen, omdat hij beweert nooit een bedrag van €10.000 van zijn schoonvader te hebben ontvangen. De schoonvader begint een proces. Er is een juridisch geschil tussen twee natuurlijke personen.

Een medewerker van een drankenleverancier heeft in de gang naar het toilet van een café een kelderluik geopend om in de kelder flessen neer te leggen. Een toiletbezoeker ziet door het schemerlicht het openstaande luik niet en valt in de kelder. Ernstige verwondingen zijn het gevolg. Heeft de man met de verwondingen recht op schadevergoeding van de medewerker van de drankenleverancier? De gewonde man begint een juridische procedure tegen de genoemde medewerker.

In de procedures uit de voorbeelden moeten de conflicten worden beoordeeld aan de hand van regels van privaatrecht.

Publiekrecht

Tegenover het privaatrecht staat het publiekrecht, dat betrekking heeft op de rechtsverhouding tussen overheid en burgers. Het staats- en bestuursrecht, evenals het strafrecht en het recht van de Europese Unie, maken deel uit van het publiekrecht. Zie het schema in de inleiding van dit boek. Ter verduidelijking gaan we kort in op het bestuursrecht en vervolgens op het strafrecht.

Bestuursrecht

De overheid heeft onder andere tot taak om wetten op diverse gebieden van het bestuursrecht uit te voeren; denk maar eens aan milieu, bouwen, sociale verzekeringen en belastingen. Bij de uitvoering van deze wetten nemen bestuursorganen, zoals het bestuur van een gemeente (het college van burgemeester en wethouders), provincie (het college van gedeputeerde staten) en de rijksoverheid (minister), besluiten: het college van burgemeester en wethouders verleent bijvoorbeeld een vergunning om een appartementsgebouw te bouwen in het centrum van de stad. Bij het nemen van bestuursrechtelijke besluiten moeten bepaalde regels in acht worden genomen. Neemt het bestuursorgaan deze regels niet in acht, dan kan een belanghebbende een juridische procedure aanspannen tegen dit bestuursorgaan.

VOORBEELD

De burgemeester heeft aan mevrouw Dankbaar een exploitatievergunning geweigerd voor het exploiteren van een coffeeshop, genaamd: coffeeshop Superfly. Omdat zij de coffeeshop zonder de noodzakelijke exploitatievergunning had geopend, heeft de burgemeester haar ook gelast de overtreding van de hier relevante wetsartikelen voor 15 april 2018 te beëindigen en geheel beëindigd te houden door het sluiten en gesloten houden van de coffeeshop voor het publiek met ingang van 15 april 2018. Omdat de belangen van mevrouw Dankbaar, te weten financiële en personele belangen, zwaarwegend zijn, besluit zij juridische procedures te beginnen

tegen het besluit van de burgemeester om een exploitatievergunning te weigeren en het besluit om de coffeeshop te sluiten en gesloten te houden (zie ECLI:NL:RBNHO:2014:3403).

In de procedures uit het voorbeeld moet het conflict worden beoordeeld aan de hand van regels van publiekrecht (in dit voorbeeld het bestuursrecht).

Strafrecht

Als een persoon verdacht wordt een strafbaar feit te hebben gepleegd, krijgt hij te maken met het strafrecht. In het strafrecht is het een zaak tussen de verdachte en de samenleving. Namens de samenleving treedt het Openbaar Ministerie op. Het Openbaar Ministerie wordt vertegenwoordigd door een officier van justitie.

VOORBEELD

Willem Honders is 19 jaar als de overheid – in casu de officier van justitie – hem diefstal ten laste legt. Hij is de zoon van een dame die haar liefde voor geld aanbood aan een onbekende man. Al zeer jong zwierf Willem rond, nadat hij in twintig pleeggezinnen en inrichtingen was geweest. Hoewel Willem geen lieverdje is en soms een beetje contactgestoord, heeft hij nooit lichamelijk geweld gebruikt. Om aan geld te komen heeft hij regelmatig auto's opengebroken om vervolgens de radio/cd-speler te stelen. Met het verkregen geld gaf hij rondjes aan zijn 'vrienden' in het café. Op een kwade dag ontmoette hij Hendrik Wisse. Hendrik was 20 jaar en had zijn carrière als kruimeldief afgesloten om vervolgens de zware criminaliteit in te gaan. Hendrik wist Willem ervan te overtuigen dat een stevige kraak in een kantoor van een exportfirma niet moeilijker was dan het kraken van auto's, terwijl de opbrengst beduidend hoger zou zijn. Dus gingen zij die nacht op pad. Het viel echter tegen. De deur van de kluis kregen zij niet open. Een voorbijrijdende fietser zag licht branden in het kantoor en waarschuwde de politie. De politie betrapte Willem op heterdaad. Zijn 'vriend' Hendrik die op de uitkijk stond, was met de noorderzon vertrokken. Willem kende overigens niet eens zijn naam. De rechter zal waarschijnlijk Willem straffen op grond van poging tot diefstal ex art. 310 en art. 45 Sr.

In het strafproces moeten de regels van publiekrecht (in dit voorbeeld het strafrecht) worden toegepast.

Nuancering van het onderscheid privaatrecht – publiekrecht

Het onderscheid tussen privaatrecht en publiekrecht lijkt duidelijk, maar we moeten direct een nuancering aanbrengen. Ook de rechtsverhouding tussen een overheid en een burger wordt soms door het privaatrecht beheerst, namelijk indien die overheid niet als zodanig, maar *als rechtspersoon* (zie art. 2:1 BW), dus net als een burger, aan het rechtsverkeer deelneemt. Als de staat bijvoorbeeld met een leverancier een koopovereenkomst sluit tot levering van kantoorbenodigdheden, dan neemt de staat op gelijke wijze als een burger aan het private rechtsverkeer deel. In beginsel zijn op deze

situatie niet de regels van het publiekrecht, maar 'gewoon' de regels van het privaatrecht van toepassing.

Het publiekrecht is dus van toepassing als de overheid een specifieke overheidshandeling verricht, dat wil zeggen: als de overheid een handeling verricht die uitsluitend en alleen door de overheid verricht kan worden. Bijvoorbeeld: alleen de overheid kan een exportvergunning of een omgevingsvergunning verlenen. Voor activiteiten op het gebied van onder andere bouwen en milieu heeft men een omgevingsvergunning nodig. In deze gevallen zijn de regels van publiekrecht van toepassing.

Voor het onderscheid tussen privaatrecht en publiekrecht is ook *de wijze van rechtshandhaving* van belang.

De handhaving van regels die tot het privaatrecht behoren wordt aan de partijen zelf overgelaten. Als bijvoorbeeld A zich niet houdt aan de gemaakte privaatrechtelijke afspraak, dan kan de wederpartij hiertegen ageren. De handhaving van regels die tot het publiekrecht behoren, is aan de overheid voorbehouden. Als A de tas steelt van B kan de overheid, te weten de officier van justitie, A strafrechtelijk vervolgen. B als gedupeerde heeft niet de bevoegdheid om A strafrechtelijk te vervolgen, dat wil zeggen: te besluiten om de zaak aanhangig te maken bij de strafrechter.

1.2.2 Onderscheid materieel recht – formeel recht

Zowel in het privaatrecht als in het publiekrecht kunnen we onderscheid maken tussen materieel recht en formeel recht.

Materieel recht

Het materiële recht bevat regels die rechten verlenen en verplichtingen opleggen tussen burgers onderling en tussen burgers en overheid, maar ook tussen overheden onderling. Het zijn regels waarmee iedereen in beginsel dagelijks te maken heeft. Zo wordt een koopovereenkomst tot levering van fietsen beheerst door het materiële recht. De regels die rechten verlenen en verplichtingen opleggen aan koper en verkoper staan in het Burgerlijk Wetboek (art. 7:9 e.v. en art. 7:26 e.v.). Het verbod op het zonder toestemming van een ander opzettelijk computergegevens onbruikbaar te maken, staat in art. 350a Sr.

Formeel recht

Als er conflicten ontstaan, bijvoorbeeld wanneer de verkoper weigert de verkochte zaken te leveren, dan zal een beroep moeten worden gedaan op het formele recht (procesrecht). Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) geeft regels voor de manier waarop de regels van het materiële privaatrecht gehandhaafd kunnen worden, dus regels die aangeven hoe iemand zijn privaatrechtelijk(e) recht(en) kan afdwingen tegenover anderen. De formele regels geven bijvoorbeeld aan welke rechter bevoegd is en of een notariële akte voor het bewijs gebruikt mag worden.

Het materiële recht bepaalt onder andere dat een schuldenaar die op welke wijze dan ook tekortschiet in de nakoming van zijn juridische verplichting, in principe de daardoor ontstane schade moet vergoeden (art. 6:74 lid 1 BW). Als bijvoorbeeld een verkoper de verkochte auto niet levert, heeft de koper dus onder meer recht op schadevergoeding. Zo'n bepaling van materieel recht heeft alleen zin als het formele recht bepaalt hoe de koper aan die schadevergoeding komt.

Het Wetboek van Strafvordering (Sv) geeft regels voor de wijze waarop de regels van het materiële strafrecht gehandhaafd kunnen worden; het betreft regels die aangeven hoe de overheid de verplichtingen uit bijvoorbeeld het Wetboek van Strafrecht (Sr) kan afdwingen. De regels van het procesrecht worden aangeduid met formeel recht.

VOORBEELD

A pleegt een moord. Dit strafbare feit staat in art. 289 Sr (dit is materieel recht). Na politieonderzoek besluit de officier van justitie de zaak aanhangig te maken bij de strafrechter. Dit gebeurt door het uitbrengen van een dagvaarding aan A, dat wil zeggen: een oproep om op een bepaalde, door de rechter vastgestelde dag te verschijnen om terecht te staan voor het in de dagvaarding omschreven feit. De procedure voor de strafrechter begint nadat de zaak door de gerechtsbode is uitgeroepen. De rechter vraagt de verdachte onder andere naar zijn naam, leeftijd en geboorteplaats, vermaant hem opletend te zijn op wat hij zal horen en deelt hem mee dat hij niet tot antwoord verplicht is (art. 273 Sv). Vervolgens wordt A onderzocht, de officier van justitie geeft gemotiveerd aan welke straf hij eist en de raadsman van A voert het woord ter verdediging. De zitting wordt gesloten nadat A het laatste woord heeft gekregen. Veertien dagen later wordt het vonnis van de rechter in het openbaar uitgesproken.

Alle in het voorbeeld genoemde procedurele regels zijn terug te vinden in het formeel recht.

1.3 Wat wordt verstaan onder recht?

Het begrip recht heeft verschillende betekenissen. Als hulpmiddel om inzicht te krijgen in het begrip recht behandelen we globaal een aantal belangrijke betekenissen van dit begrip. Eerst wordt de betekenis besproken van het woord 'recht' in de zin van objectief recht en subjectief recht, en vervolgens in de betekenis van (semi)dwingend en aanvullend recht.

1.3.1 Objectief en subjectief recht

We onderscheiden ten eerste objectief recht (de regels, vergelijk het Engelse *law*) en subjectief recht (de bevoegdheid of plicht, vergelijk het Engelse *right*). Het objectieve recht – we zijn dit begrip al tegengekomen in paragraaf 1.2 – bestaat voor een belangrijk deel uit geschreven en ongeschreven regels (normen): wat er mag, wat er moet, wat er verboden is. Het woord 'recht' heeft de betekenis van het geheel van rechtsregels dat in Nederland op dit moment van kracht is. Andere woorden voor objectief recht zijn positief recht en geldend recht.

Voorbeelden van objectief recht zijn de volgende:

- Het is verboden een ander van het leven te beroven (art. 287 Sr).
- Iemand die in ogenblikkelijk levensgevaar verkeert, moet worden geholpen (art. 450 Sr).
- De eigenaar mag met uitsluiting van een ander in principe vrij van zijn eigendom gebruikmaken (art. 5:1 BW). Dus: als iemand eigenaar is van een fiets, kan hij daarmee in beginsel alles doen wat hij wil. Een ander

Objectief recht

Normen

mag niet tegen zijn wil de fiets gebruiken. Wie dat toch doet, maakt inbreuk op het subjectieve recht van de eigenaar – een recht dat het objectieve recht hem geeft.

Het woord ‘recht’ wordt ook gebruikt in de betekenis van ‘het recht’ van de eigenaar of het hebben van ‘recht’ op een studiebeurs. Het woord ‘recht’ in deze betekenis is gekoppeld aan een persoon, een subject. Het woord ‘recht’ heeft dan niet de betekenis van het geheel van geldende rechtsregels in Nederland, maar slaat op een bevoegdheid die een persoon heeft tegenover één of andere pers(oo)n(en). Deze bevoegdheid wordt subjectief recht genoemd.

Subjectief recht

Het objectieve recht verleent subjectieve rechten. Het is het subjectieve recht dat geen ander een fiets tegen de wil van de eigenaar gebruikt, omdat het objectieve recht dit bepaalt.

Een paar voorbeelden:

- Ik heb het vruchtgebruik van de appelboom van A. Ik mag de appels plukken die aan de boom hangen (subjectief recht). De rechten en de plichten voor wat betreft het vruchtgebruik zijn geregeld in Boek 3, titel 8 van het BW (objectief recht).
- B heeft als zekerheid voor een verstrekte geldlening een hypotheekrecht op het huis van A (subjectief recht). De rechten en de plichten van de hypotheeknemer (B) zijn geregeld in Boek 3, titel 9 van het BW (objectief recht).

Tussen subjectieve rechten en het objectieve recht bestaat een duidelijk verband. Het objectieve recht verleent subjectieve rechten.

VOORBEELD

Hendrik is eigenaar van een iPad. Als eigenaar mag Hendrik de iPad gebruiken zonder dat anderen (dit noemen we derden) hem mogen storen in het genot van de iPad. Een derde mag bijvoorbeeld niet tegen de wil van Hendrik de iPad mee naar huis nemen.

Het exclusieve eigendomsrecht van Hendrik uit het voorbeeld is een subjectief recht. Hij heeft dit subjectieve recht omdat art. 5:1 lid 2 BW (objectief recht) onder andere bepaalt: ‘2. Het staat de eigenaar met uitsluiting van eenieder vrij van de zaak gebruik te maken, (...)’

Wie hebben subjectieve rechten, of anders gezegd: wie zijn de dragers van subjectieve rechten? In het Nederlands recht komen subjectieve rechten toe aan personen. Deze personen, ook wel rechtssubjecten genoemd, worden verdeeld in twee groepen.

Rechtssubject

Natuurlijk persoon

De eerste (en ook grootste) groep is die van de natuurlijke personen. Natuurlijke personen zijn mensen. De mens is drager van subjectieve rechten. In het laatste voorbeeld is Hendrik als mens drager van subjectieve rechten. Hij heeft onder andere het subjectieve recht met betrekking tot de eigendom van zijn iPad.

Rechtspersoon

De tweede groep is die van de rechtspersonen. Een rechtspersoon is ook een drager van subjectieve rechten. Een rechtspersoon is een organisatievorm die voor veel handelingen net als natuurlijke personen aan het rechtsverkeer mag

deelnemen. Een rechtspersoon kan bijvoorbeeld eigenaar zijn van een iPad. Voorbeelden van rechtspersonen zijn de naamloze vennootschap en de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid.

Rechtssubjecten kunnen dus rechten uitoefenen. Deze rechten betreffen meestal zaken; stoffelijke voorwerpen die voor menselijke beheersing vatbaar zijn (art. 3:2 BW), zoals huizen, fietsen, boeken en... dieren. Het voorwerp van recht wordt aangeduid met de term rechtsobject. De iPad uit het voorbeeld, het rechtsobject, behoort toe aan een rechtssubject, te weten Hendrik.

Ook dieren zijn rechtsobjecten. Mijn hond behoort aan mij toe en wordt door mij verzorgd. Een dier is geen rechtssubject. Hij is juridisch gezien geen draager van subjectieve rechten. Als ik mijn hond niet meer te eten geef, dan is het hem niet mogelijk om aan de rechter te vragen mij te verplichten hem eten te geven.

Het voorgaande laat natuurlijk onverlet dat ik daar wel toe verplicht kan worden op grond van de Gezondheids- en welzijnswet voor dieren (dierenmishandeling), maar dan op aanklacht van een medemens of organisatie, en op vordering van de officier van justitie. Een hond kan ook geen koopovereenkomst sluiten of als erfgenaam worden aangewezen.

1.3.2 (Semi)dwingend en aanvullend recht

Recht omvat geschreven en ongeschreven rechtsregels. Geschreven rechtsregels worden veelal aangeduid met 'wet'. *Wetmatig* wil zeggen: 'overeenkomstig de voorschriften van de wet'.

Behalve de geschreven rechtsregels die in een wet zijn opgetekend (gecodificeerd), zijn er ook ongeschreven rechtsregels. Dit zijn rechtsregels die net zoals geschreven rechtsregels rechtskracht hebben.

'Wet' en 'recht' zijn dus geen synoniemen. Als iets in strijd is met een rechtsregel, hoeft het nog niet in strijd te zijn met de wet.

VOORBEELD

Als een meerderheid van de leden van de Tweede Kamer geen vertrouwen meer heeft in de minister, zal de minister moeten aftreden. Deze belangrijke rechtsregel van het parlementair stelsel is niet in een wet vastgelegd. Het is een regel van ongeschreven recht. Indien niet overeenkomstig deze regel wordt gehandeld, is dit in strijd met een rechtsregel. De handeling is niet in strijd met de wet, omdat geen wettelijk voorschrift is geschonden.

We vinden in de wet zowel regels van dwingend recht als regels van aanvullend recht. Het onderscheid dwingend en aanvullend recht speelt met name een rol in het privaatrecht, zoals dat onder meer geregeld is in het Burgerlijk Wetboek. Het bestuursrecht kent ook regels van aanvullend en dwingend recht. Het Wetboek van Strafrecht kent alleen dwingend recht. In een beperkt aantal bepalingen kent een wet semidwingend recht.

Dwingend recht

De wetgever legt de burgers soms voorschriften op waarvan ze niet mogen afwijken: regels van dwingend recht. Dwingend recht dwingt onvoorwaardelijk, ook als de betrokkenen dit niet willen. Als toch van een regel van dwingend recht wordt afgeweken, dan blijft dit zonder rechtsgevolg. Deze regels komen bijvoorbeeld voor op die terreinen van het recht die de bescherming van een zwakkere partij tegenover een sterkere partij betreffen; denk aan het arbeidsrecht en het huurrecht. Vaak kan uit de woordkeuze opgemaakt worden of een rechtsregel van dwingend recht is of niet. Onder meer het woord 'nietig' geeft aan dat de regel dwingend is voorgeschreven (zie art. 3:40 lid 2 BW: 'strijd met een dwingende wetsbepaling leidt tot nietigheid ...').

Nietigheid

Bij nietigheid heeft een rechtshandeling het beoogde rechtsgevolg niet; dit rechtsgevolg wordt geacht nooit te hebben bestaan. Een nietige afspraak wordt geacht niet te zijn gemaakt en nakoming ervan kan dus niet juridisch worden afgedwongen. Het Nederlands recht kent de mogelijkheid om bijvoorbeeld een klok te verpanden. Het recht van pand is een zekerheidsrecht voor degene die aan een ander geld leent. Pand geeft de schuldeiser het recht om, als de schuldenaar de geleende geldsom niet terugbetaalt, het pand in het openbaar te verkopen. Uit de opbrengst kan hij zijn verdeling verhalen.

Art. 3:235 BW luidt:

'Elk beding waarbij de pand- of hypotheekhouder de bevoegdheid wordt gegeven zich het verbonden goed toe te eigenen, is nietig.'

VOORBEELD

Anton heeft dringend geld nodig om zijn kapotte auto door een nieuwe te vervangen. Hij leent €5.000 van Pieter. Anton en Pieter spreken af dat Anton, tot zekerheid voor de terugbetaling van deze lening, een antieke klok aan Pieter in pand geeft. Tevens spreken zij af dat Pieter eigenaar wordt van de klok als Anton de lening niet terugbetaalt.

De laatste afspraak in het voorbeeld is in strijd met art. 3:235 BW. De wetgever heeft met dit artikel beoogd om de zwakkere partij, in casu Anton, te beschermen. Als Anton echt dringend geld nodig heeft en hij niet bij een ander geld kan lenen, kan de geldgever, in casu Pieter, ineens de meest onredelijke eisen stellen die dan door Anton geaccepteerd zullen worden. Om te voorkomen dat Pieter de onredelijke eis kan stellen dat hij eigenaar wordt van de klok, heeft de wetgever een dergelijke afspraak nietig geacht. Er geldt nu een *juridische fictie*. De gemaakte afspraak dat Pieter eigenaar wordt van de klok als Anton niet zijn verplichtingen nakomt, wordt geacht niet te zijn gemaakt. Dit betekent dat Anton niet gebonden is aan deze afspraak.

Art. 3:40 lid 1 BW luidt:

'Een rechtshandeling die door inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of de openbare orde, is nietig.'

VOORBEELDEN

De vriendschap tussen Willem en Marjolijn is beëindigd. Marjolijn heeft inmiddels een nieuwe vriend met wie ze gelukkig is. Willem is jaloeers en wil Marjolijn het leven zuur maken. Willem en zijn vriend Jan spreken af dat Jan tegen betaling dreigbrieven verstuurt naar de ex-vriendin van Willem.

Jacobus is een strenggelovig man. Jacobus heeft een zoon, Jan, die in verband met zijn studie dringend elke maand geld nodig heeft. Vader Jacobus is bereid hem maandelijks een toelage te geven als de zoon met hem afspreekt dat hij nooit het geloof zal verlaten.

De inhoud van de afspraak tussen Willem en Jan van het eerste voorbeeld is in strijd met de goede zeden en derhalve nietig. Als Jan spijt krijgt van de gemaakte afspraak kan hij door Willem juridisch niet gedwongen worden om de afspraak na te komen.

Ook in het tweede voorbeeld geldt dat als Jan spijt krijgt van de gemaakte afspraak, hij door zijn vader juridisch niet gedwongen kan worden om de afspraak na te komen. Beide afspraken worden dus, juridisch gezien, geacht nooit te zijn gemaakt.

Aanvullend recht

Naast regels van dwingend recht zijn er bijvoorbeeld in het Burgerlijk Wetboek ook heel veel regels van aanvullend (regelend) recht te vinden. De wetgever heeft die gemaakt voor het geval partijen niet zelf een regeling treffen, maar laat de burgers vrij om naar goeddunken in afwijking daarvan een regeling overeen te komen. Treffen de burgers zelf geen regeling, dan geldt de wettelijke regeling.

Een voorbeeld is art. 7:659 lid 1 BW: 'De werknemer is verplicht de arbeid zelf te verrichten; hij kan zich daarin niet dan met toestemming van de werkgever door een derde doen vervangen.' Van deze regeling mogen partijen – dat wil zeggen: de werkgever en de werknemer – dus rechtsgeldig afwijken. Treffen partijen geen afwijkende regeling, dan geldt art. 7:659 lid 1 BW.

VOORBEELD

Alexander verkoopt aan Marjolijn een stoel waarvoor zij €300 moet betalen. Op grond van art. 6:116 BW moet Marjolijn de geldsom naar Alexander brengen. Schuldeiser Alexander kan een andere plaats van betaling aanwijzen of bepalen dat giraal betaald moet worden. Als hij geen afwijkende regeling treft, dan geldt de regel dat de schuldenaar het geld naar de schuldeiser moet brengen. Ook dit is een regel van aanvullend recht.

Semidwingend recht

Naast de regels van dwingend en aanvullend recht kent een wet soms in een beperkt aantal bepalingen het zogenoemde semidwingend recht. Daarin is het partijen toegestaan om van de wettelijke regel af te wijken... binnen bepaalde, door de wet gestelde grenzen.

Zo maakt art. 7:652 BW in het kader van een arbeidsovereenkomst een proeftijd mogelijk. Gedurende deze periode kan zowel de werknemer als de werkgever de arbeidsovereenkomst op elk gewenst moment beëindigen. De proeftijd moet voor beide partijen even lang zijn, met een maximum van twee maanden, mits de arbeidsovereenkomst is aangegaan voor twee jaar of langer. Dit betekent dat partijen mogen afspreken dat de proeftijd korter zal zijn dan twee maanden. Partijen mogen de proeftermijn echter niet op langer dan twee maanden stellen, ook niet met onderling goedvinden. In deze situatie hebben partijen dus een beperkte bevoegdheid om van de wettelijke regeling af te wijken.

1.4 Rechtsbronnen

Uit de tekst in paragraaf 1.3 blijkt dat bij de beoordeling of iets wetmatig is, er getoetst moet worden aan normen die in de wet zijn neergelegd. Het begrip recht bestrijkt echter een veel ruimer gebied dan het begrip wet (geschreven normen).

In een juridisch geschil zijn de geschreven normen veelal 'slechts' een handvat om de oplossingsrichting aan te geven. Bij de vraag naar de *rechtmatigheid* is de wet dus een hulpmiddel. Bij het beoordelen van wat in een concreet geval recht is, moeten ook andere bronnen van positief recht (dit is geldend recht) geraadpleegd worden, te weten:

- gewoonterecht;
- jurisprudentie (dit zijn beslissingen van rechters);
- verdragen.

In de volgende vier subparagrafen wordt globaal aandacht besteed aan de wet als rechtsbron en de drie overige genoemde rechtsbronnen.

1.4.1 Wet

Omdat het onderwerp 'wet' nog uitvoerig aan de orde komt in hoofdstuk 5 over het Nederlandse staatsrecht, volstaan we hier met enkele korte opmerkingen.

Hoewel 'slechts' een van de hulpmiddelen bij het oplossen van een juridisch probleem, is de wet ongetwijfeld de voornaamste rechtsbron.

Het begrip wet kent twee betekenissen:

- 1 wet in formele zin;
- 2 wet in materiële zin.

Binnen de verschillende wetten in materiële zin heerst een bepaalde rangorde.

Wet in formele zin en in materiële zin

Onder een wet in formele zin verstaan we een gezamenlijk besluit van de regering en de Staten-Generaal (art. 81 Gw). Het Burgerlijk Wetboek is een voorbeeld van een wet in formele zin. Als in de benaming van een wet gesproken wordt van 'wet' of 'wetboek' weten we dat we te maken hebben met een wet in formele zin. Voorbeelden: de Grondwet, het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en het Wetboek van Strafvordering. De benaming 'wet in formele zin' zegt alleen maar iets over de vraag wie de wet heeft vastgesteld, maar zegt niets over de inhoud van de wet.

Naast de wetgever in formele zin – regering en Staten-Generaal gezamenlijk – hebben ook andere overheidsorganen de bevoegdheid rechtsregels vast te stellen. Bijvoorbeeld:

- De regering (de Koning en een of meer ministers, aldus art. 42 lid 1 Gw) maakt algemene maatregelen van bestuur (AMvB's).
- Provinciale staten maken provinciale verordeningen, aldus art. 143 lid 1 Provinciewet (Pw).
- De gemeenteraad maakt gemeentelijke verordeningen, aldus art. 147 lid 1 Gemeentewet (GW).

Die AMvB's en provinciale en gemeentelijke verordeningen zijn geen wetten in formele zin, maar wel wetten in materiële zin.

Een wet in materiële zin bevat algemene regels (normen) van een tot regelgeving bevoegd overheidsorgaan, die de burgers binden. Kort wordt ingegaan op de vereisten waaraan een wet in materiële zin moet voldoen. Een wet in materiële zin is algemeen verbindend. Dit wil zeggen dat de regels van toepassing zijn in een onbepaald aantal gevallen en voor een onbepaald aantal personen. De werking van de materiële wet is dus niet vooraf beperkt tot een bepaald persoon; deze wet is vatbaar voor herhaalde toepassing. Bijvoorbeeld de regel dat het verboden is een ander te mishandelen (art. 300 Sr) geldt voor iedereen in Nederland en is elke keer weer bij mishandeling van toepassing. Verder heeft een wet in materiële zin externe werking, wat wil zeggen dat de met het voorschrift beoogde rechtsgevolgen gelding dienen te hebben buiten het tot wetgeving bevoegde orgaan dat het voorschrift heeft vastgesteld. Voorts dient de wet in materiële zin te zijn vastgesteld door een orgaan dat daartoe krachtens de Grondwet of een andere wet in formele zin bevoegd is. Ten slotte bevat een wet in materiële zin een zelfstandige normstelling, dat wil zeggen: de wet creëert bindende rechtsnormen voor burgers en bedrijven. De norm in de wet in materiële zin is zelfstandig bindend, omdat deze norm al voor herhaalde toepassing bindend is zonder dat een aanvullende norm nodig is.

Wet in materiële zin

Algemeen verbindend

De meeste wetten in formele zin zijn overigens tevens wetten in materiële zin. Een enkele wet in formele zin bevat geen algemene regels. Deze wetten in formele zin bevatten slechts een besluit voor een concreet geval, bijvoorbeeld de wet tot vaststelling van de rijksbegroting (art. 105 Gw).

Er zijn dus drie typen wetten:

- 1 Wetten in formele zin die tevens wetten in materiële zin zijn. Voorbeeld: het Burgerlijk Wetboek; dit is gemaakt door de wetgever in formele zin en geldt voor iedereen binnen Nederland.
- 2 Wetten in formele zin die niet tevens wetten in materiële zin zijn. Voorbeeld: de wet die de voogdij over de minderjarige Koning regelt (op grond van art. 34 Gw); deze is gemaakt door de wetgever in formele zin, maar bindt niet alle burgers, alleen de minderjarige Koning in de kwaliteit van privépersoon.
- 3 Wetten in materiële zin die niet wetten in formele zin zijn. Voorbeeld: een provinciale verordening; deze is niet gemaakt door de wetgever in formele zin, maar is wel bindend voor alle mensen binnen de provincie.

Let op: het onderscheid wet in formele zin en wet in materiële zin heeft niets te maken met het onderscheid formeel recht en materieel recht, zoals behandeld in paragraaf 1.2. Het is geen overbodige luxe om nog eens de begrippen materieel en formeel recht door te lezen.

Rangorde binnen de wetten in materiële zin

De volgorde van de hiervoor genoemde drie typen wetten (1, 2 en 3) is niet willekeurig; ze geeft een rangorde aan. De wetten in materiële zin kunnen worden onderscheiden in regels van hogere en lagere orde. Er is een rangorde (hiërarchie) van wetten in materiële zin. Deze rangorde ziet er – zonder rekening te houden met Europese en internationale regelingen – in grote lijnen als volgt uit:

- 1 Grondwet;
- 2 wetten in formele zin (wetten gemaakt door de regering en de Staten-Generaal gezamenlijk);
- 3 algemene maatregelen van bestuur (een door de regering vastgestelde wet in materiële zin);
- 4 ministeriële regelingen;
- 5 provinciale verordeningen;
- 6 gemeentelijke verordeningen.

Het Burgerlijk Wetboek is hoger in rang dan een provinciale verordening. En een provinciale verordening is weer hoger in rang dan de gemeentelijke verordening enzovoort. Dit houdt in dat als bijvoorbeeld een bepaling in een gemeentelijke verordening in strijd is met het Burgerlijk Wetboek, op dat punt de gemeentelijke verordening niet geldt; de rechter zal in zo'n geval het strijdige artikel in de lagere regeling 'onverbindend verklaren', dus buiten beschouwing laten (art. 121 GW).

Een provinciale verordening is dus hiërarchisch hoger dan een gemeentelijke verordening. Bij strijdigheid tussen de twee regelingen prevaleert de hogere regeling. De hogere wet gaat voor een lagere wet (*lex superior derogat legi inferiori*).

Maar hoe zit het nu als bijvoorbeeld twee gemeentelijke verordeningen in de gemeente Eperheim strijdig zijn? Daarvoor geldt de regel dat van twee wetten van gelijke rang, de jongste regeling als hoger geldt. Een oudere gemeentelijke verordening wordt opzijgezet door een jongere gemeentelijke verordening als ze niet verenigbaar zijn. De latere wet gaat voor de eerdere wet (*lex posterior derogat legi priori*).

1.4.2 Gewoonterecht

Als tweede rechtsbron is het gewoonterecht genoemd. Het gewoonterecht is algemeen erkend als zelfstandige rechtsbron naast de wet.

Onder gewoonte kan worden verstaan een geregeld handelen in een zekere kring, bijvoorbeeld een bedrijfstak. Verschillende gewoonteregels zijn te vinden in de handel en de boerenstand. In de veehandel bijvoorbeeld geldt bij verkoop van een koe (stilzwijgend) dit beding: als de verkochte koe vóór de levering kalft en daarna ziek wordt, kan de koop ongedaan gemaakt worden (HR 7 april 1932, NJ 1932, 1613).

Let op: gewoonte, dus een herhaling van feiten in gelijksoortige verhoudingen, mag niet per definitie als recht beschouwd worden. Naast het bewijs van de gewoonte is het nodig:

- dat die handelingen een gevolg zijn van de overtuiging dat iemand zo behoort te doen als hij doet; alsmede
- dat afwijking van de gewoonte als onbehoorlijk wordt ervaren in de betrokken kring van personen (bijvoorbeeld de markt, de veehandel).

Is aan die eisen voldaan, dan kan de rechter de bewezen gewoonte constateren en als rechtsregel erkennen.

Wat is nu de betekenis van het gewoonterecht?

Het gewoonterecht kan naast de wet bestaan, en wel in die gevallen dat de wet naar de gewoonte verwijst. Een voorbeeld is art. 7:618 lid 1 BW: 'Indien geen loon is vastgesteld, heeft de werknemer aanspraak op het loon dat ten tijde van het sluiten van de overeenkomst voor arbeid als overeengekomen *gebruikelijk* was...' En art. 6:248 lid 1 BW zegt: 'Een overeenkomst heeft niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen, maar ook die welke naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de *gewoonte* of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien.'

Het gewoonterecht kan tegen de wet ingaan, althans tegen wetsbepalingen van aanvullend recht. Slechts bij zeer hoge uitzondering moet ook het dwingend recht voor het gewoonterecht wijken. Eerbied voor de wet, en de rechtszekerheid die de codificatie (het optekenen) van het geldende recht in wetboeken met zich meebrengt, zijn hier in het geding.

Al dan niet terecht wordt in de literatuur soms het arrest Marings boerderij, HR 3 maart 1972, NJ 1972, 339, als voorbeeld gebruikt om aan te geven dat een regel van gewoonterecht in bijzondere gevallen zelfs een regel van dwingend recht terzijde kan stellen.

Het gewoonterecht is niet in elk rechtsgebied een rechtsbron. In het strafrecht kennen we het gewoonterecht niet. Lees maar eens art. 1 Sr; dit artikel geeft uitdrukking aan het legaliteitsbeginsel voor het materiële strafrecht. Het legaliteitsbeginsel betekent dat alleen de wet bepaalt welk feit strafbaar is en dat alleen de wet bepaalt welke straffen in welke gevallen kunnen worden opgelegd. Dit artikel geeft de burger bescherming tegen willekeur van de overheid. Strafrecht is geschreven recht, niemand mag worden gestraft op grond van gewoonterecht.

Legaliteits-
beginsel

1.4.3 Jurisprudentie

In art. 12 Wet van 15 mei 1829, houdende algemeene bepalingen der wetgeving van het Koninkrijk, of ook wel genoemd Wet algemene bepalingen (Wet AB) staat: 'Geen regter mag bij wege van algemeene verordeningen, dispositie of reglement, uitspraak doen in zaken welke aan zijne beslissing onderworpen zijn.' Dit betekent dat een rechterlijke uitspraak alleen de procespartijen bindt. Rechterlijke uitspraken (jurisprudentie), vooral als zij afkomstig zijn van de hoogste rechters, kunnen in de praktijk ook betekenis krijgen voor anderen dan de procespartijen. Denk aan de lagere rechters die zich bij hun uitspraak richten op de uitleg van wetten door de hoogste rechters. Hierdoor krijgen de uitspraken van de hoogste rechters eenzelfde werking als algemene rechtsregels. Als er sprake is van een vaste lijn in de uitspraken van de hoogste rechters wordt gesproken van vaste jurisprudentie. Niet alleen de lagere rechters, maar ook overheidsorganen en rechtzoekende burgers (justitiabelen) zullen rekening houden met (vaste) jurisprudentie. Ze voorkomen hiermee dat zij in

een eventuele gerechtelijke procedure in het ongelijk worden gesteld. De (vaste) jurisprudentie wordt dan ook als zelfstandige rechtsbron aangemerkt.

Rechtsvinding

In Nederland is een belangrijk deel van het recht *gecodificeerd* (neergelegd in wetten en verordeningen). De wet is onze voornaamste rechtsbron. Maar algemene regels bieden veelal slechts een handvat om de oplossingsrichting aan te geven. Algemene regels zijn dus niet zonder meer toepasbaar op alle situaties waarin een oordeel van de rechter wordt gevraagd. De rechter moet in een concreet geval vaststellen wat de betekenis is van de toepasselijke regel (interpretatie).

Interpretatie

Rechtsvinding

Bij het vinden van het recht in een concreet geval (rechtsvinding) wordt gezocht naar een antwoord volgens Nederlands recht op talloze vragen die dagelijks worden opgeworpen. Denk aan vragen als: heeft een werknemer recht op een werkloosheidsuitkering als hij wordt ontslagen wegens weigering een hem gegeven opdracht uit te voeren? Is de ambtenaar van Bouwen en woningtoezicht wel bevoegd om toegang tot de woning te verlangen om een zaak te controleren? Kan tegen een besluit van het college van burgemeester en wethouders bezwaar en beroep worden ingesteld?

Om antwoord te vinden op dit soort vragen zijn twee dingen nodig: kennis van de feiten en kennis van de (ongeschreven) rechtsregels. Het toepassen van de rechtsregel op de feiten geeft in beginsel het antwoord.

We illustreren dit aan de hand van de volgende vraag: 'Albert is 19 jaar. Is Albert volgens de regels van het privaatrecht meerderjarig?' Voor het vinden van een antwoord op deze rechtsvraag maakt de jurist gebruik van een regel uit de logica, te weten een syllogisme. Een syllogisme bestaat uit een minor (een feit), een major (een algemene regel) en een conclusie. Een bekend voorbeeld van een syllogisme is de volgende redenering:

Syllogisme

- alle mensen zijn sterfelijk (*major*);
- de koning is een mens (*minor*);
- de koning is sterfelijk (*conclusie*).

Terug naar de rechtsvraag. Het eerste wat de jurist nodig heeft, is kennis van de feiten. Er is sprake van een feit als het zintuiglijk kan worden waargenomen/vastgesteld. Het zintuiglijk waarnemen/vaststellen is het kunnen zien, horen, proeven, voelen of ruiken. Een feit wordt aangeduid met 'minor'. Het feit (minor) is eenvoudig, namelijk: Albert is 19 jaar.

De algemene regel is de rechtsregel. De rechtsregel wordt aangeduid met 'major'. De rechtsregel (major) waarin het antwoord op de rechtsvraag gevonden kan worden, staat in art. 1:233 BW: 'Minderjarigen zijn zij, die de ouderdom van achttien jaren niet hebben bereikt en niet gehuwd of geregistreerd zijn dan wel gehuwd of geregistreerd zijn geweest of met toepassing van artikel 253ha meerderjarig zijn verklaard.'

Ten slotte zal de jurist door subsumptie het antwoord op de rechtsvraag geven. Subsumptie betekent dat het feit (minor) onder de rechtsregel (major) wordt gebracht om vervolgens de conclusie te trekken. De conclusie luidt dat Albert meerderjarig is.

Dit oogt erg eenvoudig. De werkelijkheid is echter moeilijker. Denk aan het feit dat niet al het recht in wetboeken duidelijk of geheel en afdoende

geregeld is. Een voorbeeld van een woord in wetsartikelen dat niet eenvoudig toegepast kan worden is te vinden in het volgende krantenartikel. In dagblad *Trouw* van 25 januari 2007 stond dat de minister van Binnenlandse Zaken destijds in de Tweede Kamer van de Staten-Generaal moest uitleggen hoe het mogelijk was dat een man een identiteitskaart kreeg met daarop een pasfoto van zichzelf als De Joker, een figuur uit de *Batman*-films. De man beriep zich bij de gemeente op de vrijheid van levensovertuiging en ontving vervolgens het identiteitsbewijs met daarop een pasfoto van zichzelf als De Joker. Is alles wat zich levensovertuiging noemt, levensovertuiging in de zin van artikel 6 van de Grondwet en artikel 9 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden?

Het is een illusie dat de wet de oplossing geeft voor de duizenden gestelde vragen. Het maken van een wet is mensenwerk. Ieder mensenwerk is in beginsel gebrekkig, met als gevolg leemten en/of onduidelijkheden. Iedere wet, ook de best opgestelde, heeft behoefte aan interpretatie. De taal, de betekenis der woorden naar spraakgebruik, staat in de rechtsvinding voorop. Als de wet duidelijk is, dan is de letter van de wet in beginsel beslissend. Grammaticale interpretatie zal in beginsel dan kunnen volstaan. Maar... niet elk wetsartikel is voor elk geval duidelijk, en de wet geeft niet altijd een duidelijke en uitputtende regeling. Woorden in de wet zijn soms vaag. Dit heeft tot gevolg dat niet volstaan kan worden met een uitleg volgens de betekenis van de woorden naar spraakgebruik. Voordat de rechter het geschil gaat beslechten, zal hij veelal het wetsartikel via andere methoden moeten interpreteren. Pas daarna kan de rechter het wetsartikel toepassen. Hierna lichten we een aantal interpretatiemethoden kort toe. Maar er is meer. Soms biedt de uitleg (interpretatie) van de wet nog steeds geen antwoord. De rechtsvinder die de wettelijke regel toepast op de vraag die hem wordt voorgelegd, zal in een aantal gevallen dan zijn toevlucht mogen en kunnen nemen tot redeneervormen zoals analogie en a-contrario. Deze redeneervormen worden ook hierna kort besproken. De rechtsvinder zal niet altijd met interpretatie kunnen volstaan, maar zal de regel soms moeten uitbreiden, aanvullen of verfijnen. En wat de feiten betreft, kan het soms moeilijk zijn om vast te stellen wat er precies tussen partijen is gebeurd en hoe de feiten gewaardeerd moeten worden. De wetgever heeft slechts enkele regels opgesteld waarop dat werk moet worden gedaan.

Uit het voorgaande blijkt al dat rechtsvinding meer is dan enkel maar het toepassen van duidelijke en allesomvattende wettelijke regels op vastgestelde feiten. Weliswaar is het recht er, maar het moet wel worden gevonden.

Interpretatiemethoden

De rechter vindt in een concreet geval veelal niet het recht door uitsluitend gereedliggende regels toe te passen op vastgestelde feiten. De rechtsvinding moet vaak plaatsvinden door interpretatie. Om rechtsregels uit te leggen, worden technieken (interpretatiemethoden) gebruikt. Vijf daarvan zijn:

- 1 grammaticale interpretatie;
- 2 historische interpretatie;
- 3 teleologische interpretatie;
- 4 anticiperende interpretatie;
- 5 systematische interpretatie.

Ad 1 Grammaticale interpretatie

De taal, de betekenis van de woorden naar spraakgebruik, is in het recht van groot belang. Rechten en plichten worden voor een belangrijk deel uitgedrukt in taal. Ook de inhoud van een rechtsrelatie tussen personen wordt in taal uitgedrukt. De uitlegger van bijvoorbeeld een wet of een schriftelijke overeenkomst tussen partijen, onderzoekt wat er taalkundig eigenlijk staat. We noemen dit grammaticale interpretatie. De vraag wordt gesteld welke juridische betekenis een bepaald woord heeft en/of welke betekenis aan een woord in het normale spraakgebruik wordt gehecht.

Ook in de praktijk van het strafrecht moet uiteraard geïnterpreteerd worden. Kijk maar eens in art. 239 Sr over de openbare schennis van de eerbaarheid: valt hier nudisme (naaktrecreatie) ook onder? Dit is een vraag over uitleg (interpretatie) van woorden, kortom de grammaticale interpretatie. Uiteraard dient de rechter art. 11 Wet AB in acht te nemen: de rechter moet volgens de wet recht spreken, hij mag in geen geval de innerlijke waarde of billijkheid van de wet beoordelen.

Het is duidelijk dat de taal en de betekenis van de woorden naar spraakgebruik bij de rechtsvinding, en niet alleen in het strafrecht, vooropstaan. Uiteraard moeten de woorden wel in hun verband worden uitgelegd, bij de uitleg van het woord is dan mede beslissend de combinatie met de andere woorden.

VOORBEELDEN

Neem het woord 'ezel'. Een betekenis die daaraan wordt verbonden, is dwaas of stom, maar het kan ook de betekenis hebben van een dier. Als ik zeg: 'We hebben te maken met een ezel', dan hangt het van de bedoeling van de spreker en de context af of nu een dier of een domoor wordt bedoeld. Dit kan relevant zijn voor de vraag of iemand werkelijk beledigd is.

Het woord homofiel kan soms beledigend zijn als bedoeld in art. 266 Sr. De Hoge Raad heeft in zijn arrest ECLI:NL:HR:2004:AN8498 van 6 januari 2004 dit als volgt overwogen.

'3.2. Ten laste van de verdachte heeft het Hof bewezen verklaard dat: "hij op 28 april 2001 te Heerenveen, opzettelijk beledigend een ambtenaar, te weten J.A.S. Jager, brigadier van Politie, gedurende en ter zake van de rechtmatige uitoefening van zijn bediening, in diens tegenwoordigheid mondeling heeft toegevoegd het woord 'homofiel'."

3.3. Ter verwerping van een terzake gevoerd verweer heeft het Hof nog als volgt overwogen:

"De raadsman heeft, zakelijk weergegeven, onder meer betoogd dat verdachte geen strafbare belediging heeft gepleegd door het woord 'homofiel' tegen een agent te roepen. Het woord verwijst immers slechts naar een seksuele geaardheid, die naar huidig recht – dat geacht wordt de opvattingen van de meerderheid van de Nederlandse bevolking te weerspiegelen – een neutrale betekenis heeft. Derhalve kan niet worden gezegd dat het de strekking heeft een ander in een ongunstig daglicht te stellen en hem aan te randen in zijn goede naam.

Dit verweer gaat niet op. Het miskent dat het gebruik van een woord dat in een bepaalde context – bijvoorbeeld bij seksuele voorlichting of in een vriendschappelijk gesprek – niet de strekking heeft iemands integriteit aan te tasten, dat wel degelijk kan doen, indien het wordt gebruikt als scheldwoord en dus met het opzet om te beledigen. Aan het opzet van verdachte kan te dezen, gezien de context waarin het werd gebezigd, niet worden getwijfeld. Nadat de politieambtenaar hem had aangesproken op ‘wildplassen’, heeft hij hem het woord even later in kennelijk beschonken toestand door een geopend raam toegeroepen. De verbalisant heeft het woord ook als beledigend kunnen opvatten, omdat niemand behoeft te accepteren dat hem op deze wijze en in deze omstandigheden kwalificaties worden toegevoegd op een terrein dat bij uitstek behoort tot de persoonlijke integriteit, identiteit en levenssfeer.”

3.4. De bewezenverklaring houdt in dat het hier gaat om een belediging die iemand mondeling in zijn tegenwoordigheid is aangedaan. In een dergelijk geval moet een uitlating als beledigend worden beschouwd wanneer zij de strekking heeft die ander aan te randen in zijn eer en goede naam. Het oordeel dat daarvan sprake is zal bij woorden waarvan het gebruik op zichzelf in het algemeen niet beledigend is, afhangen van de context waarin de uitlating is gedaan.’

Ad 2 Historische interpretatie

Bij historische interpretatie kan een onderscheid worden gemaakt in een wethistorische en een rechtshistorische interpretatie.

Bij wethistorische interpretatie wordt onderzocht wat de bedoeling van de opstellers van de wet is geweest. Hiervoor zal de wetsuitlegger bijvoorbeeld te rade gaan bij de Memorie van Toelichting bij de wet. De Memorie van Toelichting is de uitleg bij een wetsvoorstel. Deze toelichting wordt geschreven door diegene die het wetsvoorstel maakt. De Memorie van Toelichting geeft aan waarom het onderwerp dat in de desbetreffende wet is gelegen, wettelijk moet worden geregeld. Tevens wordt in de Memorie van Toelichting ieder artikel van de desbetreffende wet door middel van commentaar uiteengezet. Een voorstel van wet wordt door de regering gezamenlijk met de Memorie van Toelichting en het advies van de Raad van State ingediend bij de Tweede Kamer. De wetsgeschiedenis is van belang in de volgende gevallen:

- Wat heeft de wetgever beoogd met de wijziging van de wet en waarom wilde de wetgever deze wijziging?
- Wat heeft de wetgever precies bedoeld met de gebruikte uitdrukkingen en woorden?

Wethistorische interpretatie

VOORBEELD

Het volgende citaat is ontleend aan een vonnis van de politierechter te Zutphen ECLI:NL:RBZUT:2008:BC3482, 06/800473-07 en 06/801488-07 van 1 februari 2008 inzake de uitleg van art. 11 lid 2 Opiumwet.

‘Blijkens de Memorie van Toelichting bij het ontwerp van de wet tot wijziging van de Opiumwet (Stb. 1976, 424, kamerstukken 13407, nr. 3) heeft de

wetgever onderscheid willen maken tussen grensoverschrijdende groothandel, overige handelsactiviteiten en bezitoverdracht tussen gebruikers, waar bij de wetgever beoogde dat laatste in de overtredingsfeer te houden. Dit in tegenstelling tot, zo begrijpt de politierechter uit de Memorie van Toelichting, professionele handel in henneproducten. Hoewel in de tekst van het vernoemde vijfde lid deze bedoeling van de wetgever niet duidelijk tot uiting komt, staat in de toelichting bij het artikel nog eens vermeld dat de gekozen hoeveelheid van dertig gram ertoe strekt een kleine marge te laten voor overdracht van bezit tussen gebruikers onderling, zodat deze onder de geringere strafbedreiging van het eerste lid valt. De bedoeling van de wetgever staat eveneens verwoord in Memorie van Antwoord (kamerstukken 13407, nr. 17, pagina 18).'

Rechts- historische interpretatie

Onder rechtshistorische interpretatie moet worden verstaan dat de uitlegger de wet vooral in het totaal van de geschiedenis van het recht wil beoordelen. De totstandkoming van een wet is veelal een gevolg van maatschappelijke ontwikkelingen. Het ontstaan van bijvoorbeeld verschillende sociale wetten, zoals de Werkloosheidswet en de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering, is in belangrijke mate terug te voeren op de industriële revolutie. De slechte rechtspositie van de arbeiders in het midden van de negentiende eeuw deed immers bij hen steeds sterker de behoefte ontstaan zich te emanciperen. Een voorbeeld van een rechtshistorische interpretatie is het arrest van de Hoge Raad van 25 oktober 1909, W 8916. In dit arrest ging het om een kantoorbediende die valse brieven schreef. De Hoge Raad overwoog in zijn arrest: 'dat toch uit de geschiedenis der Strafwet blijkt, dat de wetgever niet heeft willen afwijken van de rechtspleging onder den Code Pénal, volgens welke in geval van oplichting één listige kunstgreep voldoende wordt geacht hoe zeer artikel 405 Code Pénal van het zich bedienen van bedrieglijke middelen in het meervoud sprak.' Bij een rechtshistorische interpretatie wordt dus de wet beoordeeld in het kader van de ontwikkelingen in de geschiedenis.

Ad 3 Teleologische interpretatie

De wetsuitlegger kijkt bij teleologische interpretatie (van 'telos', het Griekse woord voor doel) meer naar de bedoeling (het maatschappelijk doel) van de wet dan naar de woorden. Waar dient deze wet voor? Wat wil de wet bereiken of voorkomen? De rechter geeft in de teleologische interpretatiemethode een uitleg van de wet op basis van het doel van deze wet. De regels in die wet moeten in het licht van dit (maatschappelijk) doel worden uitgelegd.

VOORBEELD

Een artikel van de Opiumwet bepaalt dat het aanwezig hebben van hasj niet toegestaan is. Hasj in de zin van het hier bedoelde artikel is hars van gedroogde toppen van de bloeiende of vruchtdragende hennepplant. Omdat het voor de verdovende werking van hasj niets uitmaakt of er sprake is van gedroogde dan wel niet-gedroogde toppen van de hennepplant, heeft de rechter geoordeeld dat, gezien het doel van de wet, de wettelijke

omschrijving van het begrip hasj een te enge betekenis heeft (HR 29 februari 1972, NJ 1972, 347). Deze uitspraak leidde ertoe dat het hebben van hasj afkomstig van niet-gedroogde toppen van de hennepplant ook strafbaar is ingevolge de Opiumwet.

Ad 4 Anticiperende interpretatie

De rechter houdt bij de anticiperende interpretatie reeds rekening met komend recht en anticipeert op een wettelijke regel die nog niet ingevoerd is.

VOORBEELD

De Hoge Raad anticeerde in het arrest Lindenbaum/Cohen van 31 januari 1919, NJ 1919, 161. Cohen had de bediende van zijn concurrentdrukker Lindenbaum omgekocht om bedrijfsspionage te verrichten. De vraag was of het omkopen tot bedrijfsspionage een onrechtmatige daad was. In het Zutphense Waterleidingarrest oordeelde de Hoge Raad in 1909 dat onrechtmatig alleen onwetmatig was. In het Lindenbaum/Cohenarrest ging de Hoge Raad om. De Raad oordeelde in zijn arrest dat onrechtmatig niet alleen onwetmatig was, maar ook een handelen of nalaten dat in strijd is met de zorgvuldigheid en de goede zeden. Heeft de Hoge Raad de criteria zorgvuldigheid en goede zeden zelf bedacht? Nee, de regering heeft deze nieuwe omschrijving van onrechtmatige daad, de criteria van zorgvuldigheid en goede zeden, voorgesteld. De Hoge Raad ontleende de criteria aan een toekomstig in te voeren wetsregel.

Ad 5 Systematische interpretatie

Iedere wetsbepaling maakt deel uit van een wet, de wet weer van de gehele wetgeving. Er is in dit samenstel een onderlinge samenhang (systeem). Iedere nieuwe wetsregel krijgt een plaats in dit systeem en wordt daardoor dan ook beïnvloed. Bij de systematische interpretatie wordt de (nieuwe) wetsbepaling in verband met andere wetsbepalingen toegepast en uitgelegd.

VOORBEELD

In het arrest HR 4 maart 1952, AB 1952, 643, Emmense Baliekluyvers oordeelde de Hoge Raad:

‘Dat de bepaling van artikel 14 van de Algemene Politieverordening Emmen, verbiedende het zonder noodzaak blijven staan op over vaarwaters gelegen bruggen etc. of daartoe behorende werken of wel daarop te zitten of daartegen aan te leunen, ook blijkens de plaatsing van dit voorschrift in Hoofdstuk V dier Verordening, als opschrift voerende: Openbare orde, veiligheid en zedelijkheid, kennelijk strekt ter voorkoming van het doelloos verblijven op of in de onmiddellijke nabijheid der evenbedoelde bruggen en andere inrichtingen en ter kering van de uit dat verblijven voortvloeiende gevaren van baldadigheid.’

Keuze interpretatiemethode

De rechter mag binnen zekere grenzen zijn eigen interpretatiemethoden kiezen als de tekst van de wet niet zonder meer duidelijk is. Dit kan zelfs betekenen dat in een uitspraak verschillende interpretatiemethoden gebruikt worden. Op het eerste gezicht lijkt deze vrijheid van interpretatie onbevredigend, omdat in een concreet geval de verschillende methoden soms tot verschillende uitkomsten leiden.

Komt de rechtsgelijkheid niet in gevaar als iedere rechter mag kiezen welke methode hij in een concrete uitleg van een bepaling hanteert? In de praktijk blijkt deze keuzevrijheid echter zelden tot problemen te leiden, onder andere doordat de rechter:

- zijn keuze bepaalt aan de hand van de argumenten die hem het meest overtuigen en die tot een resultaat leiden dat hem het meest bevredigt;
- rekening houdt met eerdere uitspraken die andere (hogere) rechters in soortgelijke gevallen hebben gedaan;
- niet volledig vrij is in de keuze van interpretatiemethode.

Ter verduidelijking van deze laatste beperking:

- a De rechter zal veelal pas *teleologisch* interpreteren als de taal, de geschiedenis of het systeem geen bevredigende oplossing biedt.
- b In het algemeen zal de *historische* interpretatie minder toegepast worden naarmate de wet ouder is. Zoals gezegd houdt de rechter rekening met uitspraken van andere (hogere) rechters in soortgelijke gevallen (dit heet materiële gebondenheid).

Materiële
gebondenheid

Deze materiële gebondenheid is van belang (denk aan vernietiging in hoger beroep), omdat art. 12 Wet AB uitdrukkelijk bepaalt:

‘Geen regter mag bij wege van algemene verordening, dispositie of reglement uitspraak doen in zaken welke aan zijne beslissing onderworpen zijn.’

Een rechterlijke uitspraak geeft geen algemene regel, maar is slechts bindend voor de partijen in het geschil. Formeel hoeft een rechter dus geen rekening te houden met eerdere uitspraken. Meent bijvoorbeeld de ene rechter dat een andere rechter een rechtens discutabele uitspraak heeft gedaan, dan zal hij die uitspraak niet volgen.

Wel houdt de hoogste rechter in onder andere civiele zaken en strafzaken, de Hoge Raad, zich zo veel mogelijk aan eigen uitspraken. Het is van belang voor de rechtszekerheid dat er een *constante jurisprudentie* bestaat: standaardarresten). Maar ook de hoogste rechter moet soms een eenmaal ingenomen standpunt herzien; de Hoge Raad ‘gaat om’, zeggen we dan.

Hoge Raad

Analogie en a-contrario-redenering

Wat nu, als in de wet voor een concrete rechtsvraag geen regel blijkt te bestaan? Als hem een geschil wordt voorgelegd, is de rechter op grond van art. 13 Wet AB verplicht recht te spreken. De rechter mag dus niet tegen de partijen die hem een geschil voorleggen zeggen: ‘Omdat de wet geen regeling geeft voor dit geschil, zal ik geen uitspraak doen.’

De rechter zal in zo’n geval, zoals al gesteld, dus zelf recht moeten vormen. Rechtsvorming is het scheppen van nieuw recht. Enkele hulpmiddelen die in de praktijk hiervoor worden gebruikt, zijn:

- 1 analogie;
- 2 a-contrario-redenering.

Ad 1 Analogie

Onder analogie wordt verstaan het uitbreiden van een wettelijke regel door deze van toepassing te verklaren op een in essentie gelijke situatie waarvoor geen eigen wettelijke regel bestaat en waarvoor strikt genomen de wel geregelde bepaling niet geschreven is.

Het klassieke voorbeeld van analogie is art. 1612 BW (oud). Dit artikel bepaalde dat de huurverhouding die bestond tussen de oude eigenaar/verhuurder en de huurder na verkoop daarvan tussen de koper/nieuwe eigenaar en de huurder bleef bestaan: 'Koop breekt geen huur.' Stel dat de verhuurder de woning niet verkocht, maar aan een ander schonk. De wet bood geen directe uitkomst omdat voor deze situatie geen regeling in de wet was opgenomen. Op grond van een in dit geval grote gelijkens van schenking met verkoop oordeelde de rechter dat art. 1612 BW (oud) analoog op onder andere schenking van toepassing was. Dus ook schenking van de woning breekt de huurovereenkomst niet, zodat de huurder het gehuurde mag blijven bewonen.

Dit onderwerp is nu geregeld in art. 7:226 BW.

Ad 2 A-contrario-redenering

De a-contrario-redenering leidt tot een resultaat tegengesteld aan de analogie. Bij deze redenering wordt de wettelijke regel alleen maar van toepassing verklaard op het uitdrukkelijk genoemde geval (A) en niet op een niet concreet genoemde situatie (B). De reden hiervoor is dat geval A op essentiële punten verschilt van geval B.

A-contrario-redenering

VOORBEELD

Anton Beukman is slager en heeft een winkel in het centrum van de gemeente Eperhof. In Eperhof wonen veel mensen die als huisdier een hond hebben. Als de klanten in de slagerij inkopen doen, staan hun trouwe viervoeters veelal kwijlend naast hun bazen naar het vlees te kijken. Anton heeft schoon genoeg van de kwijlende honden. Hij vindt de honden een gevaar voor zijn in de vitrine uitgestalde vleesproducten. Op een bord schildert Anton de woorden 'honden niet toegestaan', om vervolgens het bord aan de winkeldeur te hangen. Tevreden en gerustgesteld wacht Anton op de volgende klant. De deur zwaait open. De excentrieke mevrouw Hanekam stapt de winkel binnen met aan haar zijde een aangeliende leeuw. Nadat Anton van zijn verbazing en wellicht schrik is bekomen, vraagt hij aan mevrouw Hanekam of zij misschien problemen heeft met het lezen van het bord met het opschrift 'honden niet toegestaan'. Mevrouw Hanekam reageert lachend met de woorden: 'Waarde slager, mijn gezichtsvermogen is uitstekend, het lezen en begrijpen van Nederlandse woorden gaat mij uitstekend af. Maar volgens mij is uw algemene ontwikkeling niet of slechts beperkt ontwikkeld. U weet kennelijk het verschil niet tussen een hond en een leeuw.'

Anton en mevrouw Hanekam redeneren verschillend. De slager redeneert analoog. Hij laat namelijk de geregelde situatie, honden, ook van toepassing zijn op de niet-geregelde situatie, in casu leeuwen. Mevrouw Hanekam redeneert anders. Zij redeneert a-contrario. Zij laat de geregelde situatie niet van toepassing zijn op leeuwen.

Het zal duidelijk zijn dat zowel Anton als mevrouw Hanekam op de voor hen meest gunstige wijze redeneert.

Let op: analogie en a-contrario-redenering zijn geen interpretatiemethoden maar redeneervormen. Interpreteren is het uitleggen van wetsartikelen. Redeneren is zo iets als via logisch redeneren een redelijke oplossing geven voor het probleem (de tekst over rechtsvinding, interpretatiemethoden en redeneervormen is (gedeeltelijk) ontleend aan mr. O.A.P. van der Roest, *Recht & Interpretatie. Een korte uitleg*, Zutphen: Uitgeverij Paris, 2018).

1.4.4 Verdragen

Een verdrag is een internationale overeenkomst tussen twee of meer staten. Een verdrag wordt in het Nederlandse recht als aparte rechtsbron genoemd. Een verdrag bevat internationaal recht als er gedragsregels voor de verdragsluitende staten zijn opgesteld. Een dergelijk verdrag kent uitsluitend bepalingen die gericht zijn tot de verdragsluitende staten. Voor de burger vloeien er geen rechten en plichten uit voort; die ontstaan pas als de nationale wetgever het onderwerp in een nationale wet heeft geregeld. Een voorbeeld van een verdrag dat uitsluitend gericht is tot de verdragsluitende staten is het Haags Opiumverdrag 1912.

Ook verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties kunnen een zelfstandige rechtsbron opleveren. Het Nederlandse recht gaat uit van een zogenoemde monistische opvatting. Dit betekent dat de volkenrechtelijke verdragen binnen de nationale rechtsorde automatische werking hebben. Het monisme berust op een arrest van de Hoge Raad van 3 maart 1919, NJ 1919, p. 371 (Grenstractaat Aken). De Hoge Raad overweegt in zijn arrest dat de nationale wet conform het verdrag zonder transformatie moet worden geïnterpreteerd en toegepast, tenzij de tekst van de wet of zijn totstandkomingsgeschiedenis de rechter uitdrukkelijk dwingt tot afwijking van het verdrag. In art. 93 Gw is vervolgens geregeld dat eenieder verbindende verdragsbepaling pas na bekendmaking verbindende kracht heeft. Pas na bekendmaking van eenieder verbindende verdragsbepaling moeten de ambten in Nederland, zoals rechters, eenieder verbindende bepalingen van een verdrag in concrete gevallen toepassen. De Europese verordeningen hebben op grond van art. 288 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie directe werking. In art. 288 staat onder andere: 'een verordening heeft een algemene strekking. Zij is verbindend in al haar onderdelen en is rechtstreeks toepasselijk in elke lidstaat.'

Monistische opvatting

VOORBEELD

Een Europese verordening is vastgesteld met als doel het aantal kippen op het grondgebied van de Europese Unie te verminderen. Slacht een boer kippen, dan heeft hij krachtens die verordening recht op een premie en kan hij deze opeisen van de instantie die volgens de verordening met de uitbetaling is belast. In dit geval is dat de Spaanse overheid.

Uit bedrijfseconomische overwegingen slacht Diabolo een groot aantal van zijn kippen. Vervolgens vordert hij tevergeefs van de Spaanse overheid de slachtpremie waarop hij op grond van de Europese verordening recht heeft. Diabolo begint een juridische procedure.

De rechter spreekt uit dat in art. 288 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie staat dat een Europese verordening directe

werking heeft. Dit betekent dat een Europese verordening rechtstreeks rechten en plichten voor particulieren binnen de Europese Unie geeft. Een lidstaat van de Europese Unie kan zich daartegen niet verzetten met bijvoorbeeld het argument dat er geen geld is of dat er geen begrotingspost is die daarin voorziet.

De rechter stelt Diabolo in het gelijk als hij aan de voorwaarden genoemd in de verordening voldoet. De Spaanse overheid is dan verplicht de subsidie uit te betalen.

Art. 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) is een voorbeeld van een verdragsbepaling die eenieder verbindt. In deze bepaling is het recht op een eerlijk proces geregeld. Onder andere is bepaald dat eenieder recht heeft 'op een openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht'. Een burger kan bij de rechter met kans op juridisch succes een beroep doen op art. 6 EVRM als zijn rechten op dit terrein zijn geschonden.

Dus alleen als het gaat om bepalingen met directe werking, is een verdrag een rechtsbron.

Uit art. 90 Gw ('De regering bevordert de ontwikkeling van de internationale rechtsorde') vloeit voort dat de regering moet zorgen dat, na onderhandelingen, de internationale afspraken in conceptverdragen worden vastgelegd. De conceptverdragen worden dan ondertekend. De plechtigheid van deze ondertekening wordt de sluiting van het verdrag genoemd. Volgens art. 91 Gw moeten de Staten-Generaal in beginsel de gesloten verdragen goedkeuren. Als een gesloten verdrag door de Staten-Generaal is goedgekeurd, volgt de ratificatie (bekrachtiging): aan de andere verdragsluitende partij wordt medegedeeld dat Nederland zich aan het verdrag gebonden acht. Pas na ratificatie krijgt het verdrag tussen Nederland en de andere verdragsluitende staten rechtskracht. Een verdrag waarbij Nederland partij is, moet op grond van art. 1 Rijkswet worden gepubliceerd in het *Tractatenblad*. Pas na publicatie in dit blad is voldaan aan art. 93 en art. 95 Gw.

Sluiting van het verdrag

Ratificatie

Ter ondersteuning bij de bestudering zijn er vragen over dit hoofdstuk opgenomen op de website. Op de website treft u ook de juiste antwoorden op de vragen aan.

Kernbegrippenlijst

1

Aanvullend recht	Rechtsregels die in het burgerlijk recht gelden, tenzij de partijen iets anders hebben bedongen.
Algemeen verbindend voorschrift	Zie Wet (in materiële zin).
Algemene maatregel van bestuur	Een algemeen verbindend voorschrift dat is vastgesteld door de regering.
Artikel	Onderdeel van verdragen, wetten en verordeningen (eventueel in contracten).
Burgerlijk recht	Zie Privaatrecht.
Casus	Geval.
Codificatie	Samenstelling van systematisch ingerichte wetboeken.
Dwingend recht	Rechtsregels waarvan partijen niet mogen afwijken, op straffe van nietigheid.
Eigenrichting	Zichzelf eigenmachtig recht verschaffen zonder tussenkomst van de overheid.
Formeel recht	Regels omtrent de wijze waarop het materieel recht kan worden afgedwongen.
Gewoonte	Gedragslijn die gedurende een langere tijd binnen een min of meer vaste kring van mensen (bijvoorbeeld de veehandel) als juist wordt beschouwd.
In casu	In dit geval.
Interpretatie	Uitleg van wetsregels.
Jurisprudentie	Rechtsbron, verzamelnaam voor uitspraken van rechtsprekende instanties.
Justitiabele	Rechtzoekende.
Lid	Onderdeel van een artikel.

Materieel recht	Dat deel van het recht waarin de rechten en de verplichtingen zijn geregeld.
Natuurlijk persoon	Mens als rechtssubject.
Nietigheid	Bepaling waaruit voortvloeit dat het beoogde rechtsgevolg niet intreedt (art. 3:39 en 3:40 BW).
Norm	Rechtsregel, gedragsregel die door het recht wordt voorgeschreven.
Objectief recht	Geheel van de in de maatschappij geldende rechtsregels (rechten en plichten).
Onrechtmatig	In strijd met een geschreven en/of ongeschreven rechtsregel.
Onwetmatig	In strijd met een geschreven rechtsregel.
Persoon	Rechtssubject.
Positief recht	Rechtsregels die gelden op een bepaalde plaats en tijd.
Privaatrecht	Regels betreffende de rechten en plichten van rechtssubjecten als zij op voet van gelijkheid aan het maatschappelijk verkeer deelnemen.
Publiekrecht	Regels betreffende de verhouding overheid-burgers, waarbij de overheid optreedt in de hoedanigheid van overheid als zodanig (specifieke overheidshandelingen verricht).
Rechtsbron	Vindplaats van het recht.
Rechtsobject	Voorwerp van recht (in tegenstelling tot rechtssubject, drager van rechten en plichten).
Rechtspersoon	Samenwerkings- of organisatievorm die door de wet eigen rechten en plichten heeft verkregen.
Rechtssubject	Drager van rechten en plichten.
Rechtsvinding	Vinden van het recht in een concreet geval.
Rechtsvorming	Het scheppen van nieuw recht.
Regelend recht	Zie Aanvullend recht.
Self executing	Rechtstreeks bindend (bij verdragsbepalingen).

Semidwingend recht	Tussenvorm tussen dwingend recht en aanvullend recht. Partijen hebben binnen de door de wet gestelde grenzen vrijheid zelf een regeling te treffen. In het arbeidsrecht: recht waarvan men slechts bij schriftelijke overeenkomst of reglement mag afwijken.
Standaardarrest	Arrest dat van belang is voor de rechtsvorming.
Subject	Onderwerp van een rechtsbetrekking.
Subjectief recht	Een bevoegdheid die door het objectieve recht aan een rechtssubject wordt verleend.
Toetsen	Onderzoeken en beoordelen.
Verdrag	Internationale overeenkomst tussen twee of meer staten.
Wet	<i>In formele zin:</i> besluit genomen door de regering en de Staten-Generaal gezamenlijk. <i>In materiële zin:</i> een algemeen burgers bindende regeling, die voor herhaalde toepassing vatbaar is.
Wetboek (of wet)	Systematische codificatie van rechtsregels.