

# 1 Contextualisme en rechtsbegrip: een eerste verkenning

## 1 Wat is recht?

Wie een willekeurige inleiding in het recht openslaat, wordt direct geconfronteerd met de vraag ‘Wat is recht?’. Die vraag blijkt zonder uitzondering een retorische vraag; de schrijver stelt haar, maar verwacht geen antwoord. Sterker nog, hij put zich vervolgens uit in verontschuldiging dat het antwoord op die vraag niet te geven is. En terecht, want het adagium ‘de vraag stellen is haar beantwoorden’, gaat hier volstrekt niet op. Het recht als maatschappelijk verschijnsel, als wetenschappelijke discipline of als beroepspraktijk is niet eenvoudig te beschrijven en al helemaal niet afdoende.

Zelfs wie een lange juridische carrière achter de rug heeft, als advocaat, rechter, bedrijfsjurist of wetenschappelijk onderzoeker, om maar eens een paar juridische beroepen te noemen, kan geen eenduidig antwoord geven. Maar toch. De meeste mensen, niet-juristen net zo goed als juristen, stellen zich iets voor bij het recht. Voor veel niet-juristen gaat het in het recht voornamelijk om wetten. Hoewel daar iets voor te zeggen valt omdat de wet nu eenmaal een belangrijke rechtsbron is en er ook historisch een goede verklaring voor te geven is (dat doen wij in hoofdstuk 3), is het toch een tamelijk beperkte en daarmee onjuiste want onvolledige opvatting van wat recht is.

Vraagt iemand naar het recht dat in een land op een bepaald moment geldt – wij noemen dat het positieve recht – omdat er een juridisch probleem opgelost moet worden, dan komt er uiteindelijk altijd een antwoord, hoe complex dat probleem in juridisch-technisch opzicht ook is. Dit brengt ons ertoe om die brandende vraag wat recht is, toch te stellen. Al was het alleen maar omdat wij op deze manier in ieder geval naar een begin van een antwoord kunnen toewerken.

Ons eerste antwoord is dat het recht te kennen is uit de concrete gevallen. Hiermee bedoelen wij dat de oplossing van een concreet juridisch probleem – wij noemen dat een casus – een aanknopingspunt biedt om vast te stellen wat het geldend recht is en hoe het zijn uitwerking heeft op het leven van mensen. Wij geven dat eerste

antwoord vanuit een bepaalde invalshoek die hierna in paragraaf 5 verder uiteen wordt gezet, die van het contextualisme.

Wie het recht en zijn werking wil bestuderen, kan vanzelfsprekend beginnen door te kijken naar hoe het recht als systeem van regels in elkaar steekt. Dan is de aandacht gericht op wat wij de juridische dogmatiek noemen. Die weg – hoe zinvol ook – vinden wij wat te beperkt. Wij willen het recht in breder verband bezien. Wie het recht als sociaal-cultureel en intellectueel fenomeen in al zijn facetten wil begrijpen moet dus een andere weg inslaan dan die van alleen de juridische dogmatiek.

In dit boek is daarom de centrale stelling dat het recht uitsluitend kan worden gekend in de context van de omstandigheden waarin het functioneert. Daarmee bedoelen wij bij wijze van eerste verkenning twee dingen. Allereerst dat het voor het begrip van het recht nodig is aandacht te besteden aan de omstandigheden waaronder het recht, bijvoorbeeld een juridisch-technisch leerstuk zoals de onrechtmatige daad, tot stand is gekomen, opdat de (oorspronkelijke) context van wat wij nu als het leerstuk kennen, wordt verhelderd. Wij bedoelen er tevens mee dat het recht in concreto, in een actuele zaak, een geval of casus, slechts goed begrepen kan worden als ten volle aandacht wordt besteed aan alle omstandigheden van dat geval. Die gedachte ontleen wij aan de Griekse filosoof Aristoteles (384-322 voor onze jaartelling) die in zijn *Nicomachische Ethiek* zei: ‘Waar het gaat om handelingen en belangen bestaat geen vast patroon, (...) de handelende persoon moet steeds zelf bekijken wat bij de situatie past, zoals dat ook bij de disciplines van een dokter of van een stuurman het geval is.’ Kortom: de mens moet handelen naar de eisen van de omstandigheden.

Deze gedachte – aangeduid als het ‘contextualisme’ – wordt door velen beschouwd als het intrappen van een open deur. Tegelijkertijd moet worden geconstateerd dat die gedachte door weinigen werkelijk serieus wordt genomen. Wij willen voor het vak *Inleiding tot de rechtswetenschap* de stelling van het contextualisme consequent doordenken voor verschillende dimensies van het recht en de rechtspleging.

Dat betekent dat wij al direct iets moeten zeggen over het domein van de rechtswetenschap, dat wil zeggen de wetenschap die het recht tot object van studie neemt. Traditioneel wordt in de rechtswetenschap een onderscheid gemaakt tussen *enerzijds* de rechtsdogmatiek, en *anderzijds* de benaderingen van het recht waarbij ook de bevindingen van andere wetenschappen worden gebruikt, bijvoorbeeld de maatschappijwetenschappen waarin empirisch onderzoek wordt gedaan.

Met rechtsdogmatiek bedoelen wij in aanvulling op wat wij hiervoor al opmerkten:

1. de studie van het geldende recht;
2. de casuïstiek, dat wil zeggen het geheel van juridische casus;
3. de ordening van het recht door tekstanalytische methoden.

Als de rechtswetenschap met andere wetenschappen verbonden wordt, dienen die andere wetenschappen soms als hulpwetenschappen, waarvan de resultaten in en door het recht worden gebruikt. Wij spreken dan van *multidisciplinariteit*. Het

komt ook voor dat de relatie tussen de rechtswetenschap en een andere wetenschap nauwer is doordat er tussen de rechtswetenschap en die andere wetenschap fundamentele punten van overeenkomst zijn. In dat geval spreken wij van *interdisciplinariteit*, dat wil zeggen de wetenschappelijke verbondenheid en samenwerking van disciplines op het niveau van hun grondslagen.

In strikte zin is de rechtswetenschap dus te beschouwen als de rechtsdogmatiek. In brede zin, en dat is de manier waarop wij in dit boek tegen de rechtswetenschap aankijken, omvat de rechtswetenschap zowel de studie van de rechtsdogmatiek als die van interdisciplinaire benaderingen van het recht. Voor wie het recht in zijn context bestudeert, omvat de rechtswetenschap dus niet alleen de rechtsdogmatiek, maar tevens de rechtssociologie, de rechtsgeschiedenis, de rechtsantropologie, de rechtsfilosofie alsmede de argumentatieleer en de retorica, en andere maatschappijen en geesteswetenschappen. Een verbreding van de context van het recht voert ons dus onherroepelijk in de richting van een multi- of interdisciplinaire bestudering van het recht.

In zijn studie *Law in context* (1997) schetst de Britse rechtstheoreticus William Twining een beeld van de aard, het belang en de consequenties van een dergelijke verruiming van de gangbare benadering van het recht. Het belang illustreert hij met een anekdote uit de tijd waarin hij rechten doceerde aan de universiteit van Khartoum in Soedan. Hij was bezig een casus te bespreken waarin de rechtsvraag centraal stond of een dierentuin aansprakelijk is voor de schade die is ontstaan doordat een van de kamelen een beet had toegebracht aan een bezoeker. Op dat moment stak een van de studenten zijn vinger op en vroeg aan hem: 'Please sir, why was the camel in the zoo?' Zo'n vraag plaatst alles weer in de juiste verhoudingen. Waarom was de kameel überhaupt in de dierentuin, nu kamelen meestal vrijelijk in de natuur rondlopen? En wat voor zin heeft het om *common law* te doceren aan studenten voor wie de feiten van de casus al ongerijmd zijn? Het recht kan niet los worden gezien van de context waarin het zijn oorsprong en toepassing vindt. Twining beschrijft dan ook een alternatief programma dat erop is gericht 'to broaden the study of law from within', waarbij het recht als het ware wordt opengebrouwen en andere invalshoeken worden toegelaten. Dat programma duidt hij aan als contextueel, als een pleidooi voor een pluralistische, open benadering van het recht waarin niet alleen de regels en beginselen van het recht ertoe doen, maar ook de praktijken en verwachtingen van diegenen die leven in en volgens het recht.

Deze benadering van het recht heeft consequenties voor het juridisch onderwijs. Als wij immers het recht alleen bestuderen als een gegeven systeem van regels zonder aandacht te besteden aan de context, dan komt de rechtsdogmatiek als het ware los te staan. Om de rechtsdogmatiek te contextualiseren is het allereerst nodig aandacht te besteden aan het instrument van het recht: taal. Voor het recht is taal het medium. 'De taal is het middel bij uitnemendheid, waardoor de mensen met elkaar in betrekking treden; een ordening als die van het recht is zonder de taal niet denkbaar', zei de Nederlandse jurist Paul Scholten al in 1931 in zijn *Algemeen Deel*,

en hij verwees daarbij naar het woord ‘rechtspraak’, en definieerde dat als ‘een in woorden uitgedrukt oordeel over het recht’. Zonder taal dus geen recht. Vandaar dat wij de studie van het recht mede als die van een taal opvatten, en dan bedoelen wij taal niet als een afzonderlijk gegeven, een wereld op zichzelf, maar als een medium dat moet worden gebruikt en hervormd, door de toepassing in uiteenlopende omstandigheden.

## 2 De taal van het recht

Samenleven en menselijke betrekkingen onderhouden is slechts mogelijk als wij minimaal een gemeenschappelijke taal kunnen spreken. Spitsen wij dit toe op het recht, dan kunnen wij de vergelijking maken met het leren van een nieuwe taal. Maar wij moeten tegelijkertijd beseffen dat het een bijzondere taal is. Een wetenschappelijke taal, ja zelfs een kunstmatige taal. Een voorbeeld kan ons helpen dit te onthouden. Het bekende schilderij van Magritte met als titel *Ceci n'est pas une pipe* beeldt een pijp af. Ondanks de ontkenning – dit is geen pijp – denkt de toeschouwer toch echt dat hij een pijp ziet. Zo moeten wij ook de taal van het recht argwanend beschouwen. De verwondering van die toeschouwer moet daarbij ook onze grondhouding zijn. De taal van het recht bevat namelijk begrippen die wij menen te kennen, bijvoorbeeld uit ons dagelijks taalgebruik. Maar in juridische zin kunnen die wel eens een heel andere betekenis hebben – de context is immers een andere dan die van het gewone taalgebruik – en daarom is voorzichtigheid geboden.

Twee voorbeelden kunnen dit illustreren. Ga op een mooie zomerdag naar een strand en vraag aan een willekeurige surfer of hij binnenschipper is en hij zal u vermoedelijk vreemd aankijken. Een schipper bestuurt een schip, en een surfplank is toch helemaal geen schip? Toch definieert artikel 1.01 van het Binnenvaartpolitie-reglement een surf- ofwel zeilplank als een ‘klein zeilschip voorzien van een vrij bewegende zeiltuigage, die is gemonteerd op een in alle richtingen draaibare mastvoet en die tijdens het zeilen niet in een vaste positie wordt ondersteund’. Degene die surft is ‘degene die een schip voert’, kortom een binnenschipper (art. 1.02 Binnenvaartpolitie-reglement). Het juridische gevolg van deze constatering is dat een surfer-binnenschipper zich net als alle andere schippers moet houden aan de regels van de binnenvaart, en dat bij overtreding van de regels sancties kunnen volgen. Een tweede voorbeeld: wie een medemens ervan beticht een vervelend persoon te zijn, doet dat zelden vanuit het besef dat het recht mensen van vlees en bloed tot ‘persoon’, in het bijzonder ‘natuurlijk persoon’, benoemt en daar vergaande consequenties aan verbindt (wij bespreken de natuurlijke persoon later in hoofdstuk 7). De woorden van de dichter Nijhoff dringen zich op: ‘Kijk maar, er staat niet wat er staat’.

Het bijzondere van de taal van het recht is dat die een bepaalde ordening in de wereld teweegbrengt. Dat is voor een samenleving niet zonder consequenties. De

taal van het recht begrenst zo de werkelijkheid in het algemeen, en de samenleving meer in het bijzonder. Dat houdt ook in dat niet alles meer ‘zomaar’ kan. Iets moet (gaan) passen binnen de structuur van die taal en ordening. De onbegrensde vrijheid wordt omgezet in een beperkter aantal variatiemogelijkheden. Die moeten op hun beurt weer passen in de aangebrachte structuur, want anders is letterlijk en figuurlijk sprake van onzin. In het geval dat iets niet past binnen de rechtstaal hebben wij te maken met iets wat niet gezegd kan worden en dus juridisch niet relevant is. Het opnemen van het begrip ‘surfplank’ ofwel ‘zeilplank’ in het Binnenvaartpolitiereglement maakt het mogelijk de brokkenmakende surfer juridisch via de regels van juist dit reglement aan te spreken. Of die surfer man of vrouw is, rood haar heeft of kalend is, doet verder juridisch niet ter zake. Een argument gebaseerd op dit soort gegevens is in het recht irrelevant.

Gevolg hiervan is dat het recht en de taal van het recht op een bepaalde manier in een dominante positie worden gebracht. Recht is er omdat mensen recht maken, en als zij dat doen, heeft dat consequenties. Een belangrijk doel van die taal van het recht met zijn eigen logica en begripsvorming is immers om antwoord te geven op maatschappelijke problemen, het reguleren en beheersen van de maatschappelijke werkelijkheid. Beheersbaarheid van conflictsituaties is een van de functies van het recht. Recht probeert te voorkomen dat er conflicten ontstaan die alleen maar met geweld beslecht kunnen worden. Dit verwachten wij ook van het recht. Al is het conflict zo hoog opgelopen, toch wenden wij ons tot het recht als gemeenschappelijke taal om het conflict op te lossen en escalatie te voorkomen. Door het conflict te vertalen in juridische termen, worden oplossingen mogelijk.

Het strafrecht met name is dan wat wij noemen *ultimum remedium*, uiterste redmiddel om eigenrichting tussen individuen in de samenleving te voorkomen. Die pacificerende kant van het recht kent ook zijn grenzen. Zo geeft de juridische oplossing van een conflict wel een functioneel herstel van menselijke betrekkingen, in die zin dat beslist wordt wat de verhouding tussen partijen of tussen overheid en burger zal zijn, maar zij geeft zelden ook een emotioneel herstel. Na de burenruzie die voor de rechter wordt beslecht, zie je vaak dat een van de partijen toch verhuist. Ook in de internationale sfeer werkt de pacificerende kant van het recht niet altijd even goed. Bemiddeling tussen landen die met elkaar in conflict zijn, of tussen strijdende bevolkingsgroepen binnen een land, kent haar grenzen als men de gesloten verdragen keer op keer schendt, en daarvan zijn er voorbeelden te over.

Wetten en verdragen zijn talige producten, rechterlijke uitspraken zijn dat ook. De verhalen in de rechtszaal van procespartijen, de pleidooien van advocaten, en de requisitoiren van officieren van justitie: alle zijn in taal gevat. En in die taal zit nu precies het probleem, want woorden zijn nooit op voorhand duidelijk en de context waarbinnen woorden worden geuit is van invloed op de betekenis. Dat betekent dat het recht een ‘discursieve grootheid’ is, zoals Jan Vranken dat in 1995 in navolging van Scholten heeft gedeut, dat wil zeggen ‘het altijd voorlopige resultaat van een proces van meningsvorming en overtuiging’.

### 3 Betekenis en context: drie voorbeelden

Hoe de betekenis van woorden in de context van het recht wordt geconstrueerd, kunnen we het beste laten zien door een aantal voorbeelden te geven uit de praktijk van de rechtspraak. In de rechtspraak heeft de rechter tot taak om de betekenis van het geldende recht vast te stellen in het licht van het geval waarover hij moet oordelen. Deze activiteit van de rechter noemen wij rechtsvinding. In onderstaande voorbeelden draait het dan ook om de betekenis van een juridisch relevant begrip. Bijzonder aan deze gevallen is dat die betekenis vrijwel volledig wordt bepaald door de omstandigheden van het geval. Als de rechter op die manier te werk gaat, spreken wij van casuïstische rechtsvinding. Het is in de rechtspraak niet ongebruikelijk om de rechtsgevolgen van een bepaalde casus niet aan te duiden in de vorm van een algemene regel, maar om die afhankelijk te maken van de omstandigheden van het geval. Voorbeelden van een dergelijke casuïstische vorm van rechtsvinding zijn er te over, zowel in het burgerlijk recht als in het strafrecht.

*a Hoge Raad 19 mei 1967, NJ 1967, 261 (HBU-Saladin)*

Een van de eerste, en meest klassieke, voorbeelden is het arrest van de Hoge Raad van 19 mei 1967, *NJ 1967, 261 (HBU-Saladin)*. Saladin, een leek op beleggingsgebied, krijgt ongevraagd beleggingsadvies van zijn bank (HBU, oftewel Hollandse Bank Unie). Saladin heeft daar wel oren naar en geeft de bank opdracht tot de geadviseerde aankoop van aandelen. Van toepassing op de overeenkomst zijn de zogenaamde ‘kleine lettertjes’ waarin de bank iedere aansprakelijkheid voor schade uitsluit. De belegging wordt een fiasco, Saladin spreekt de bank aan, en deze beroept zich op deze clausule om onder aansprakelijkheid voor de schade uit te komen. De Hoge Raad oordeelt dat de vraag of een beroep kan worden gedaan op zo’n exonerationclausule (een clausule die de aansprakelijkheid van een van de partijen beperkt of uitsluit) niet in zijn algemeenheid kan worden beantwoord, maar afhankelijk is van tal van omstandigheden, zoals de zwaarte van de schuld in verband met de aard en ernst van de betrokken belangen, de aard en verdere inhoud van de overeenkomst, de maatschappelijke positie en onderlinge verhouding van partijen, de wijze waarop de clausule tot stand is gekomen, en de mate waarin de wederpartij zich daarvan bewust is geweest. Het oordeel is veelzeggend. Het impliceert dat de rechtsnorm die in een dergelijk geval de rechtsbetrekking tussen partijen beheerst niet zonder meer aan de overeenkomst kan worden ontleend, maar uitsluitend met inachtneming van een aantal, met name genoemde, buitencontractuele factoren kan worden geformuleerd. Het is dus niet een algemene regel die de rechtsbetrekking tussen partijen bepaalt, maar een contextueel bepaalde norm.

Dat de norm contextueel bepaald is, is onder meer toe te schrijven aan eigenschappen van de taal waarin het recht, regels en contracten zijn geformuleerd. Anders dan vroeger wel werd gedacht, verwijst de taal nooit naar vaste betekenissen, maar is de betekenis van uitspraken en uitdrukkingen afhankelijk van de context waarin zij gebruikt worden.

*b* Hoge Raad 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (*Haviltex*)

De Hoge Raad heeft dat zelf duidelijk gemaakt in een ander standaardarrest, Hoge Raad 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (*Haviltex*). De casus is als volgt. Ermes en Langerwerf verkopen op 2 februari 1976 aan Haviltex een machine voor het snijden van steekschuim voor bloemen. Als bijzondere voorwaarde komen partijen overeen: ‘Tot eind 1976 heeft koper het recht de machine terug te geven voor f 20.000 exclusief BTW.’ Op 16 juni 1976 schrijft Haviltex aan Ermes dat hij overeenkomstig de bijzondere voorwaarde de gekochte machine teruggeeft en verzoekt om terugbetaling van de koopsom. De verkoper voert het verweer dat het retourneren van de machine zonder opgaaf van redenen in strijd is met de goede trouw (de redelijkheid en billijkheid) die de uitvoering van de overeenkomst beheerst. Het gerechtshof oordeelt dan dat de bewoordingen van het contract duidelijk zijn en dat een zuiver taalkundige uitleg van de overeenkomst geen leemte laat voor aanvulling in de regeling van de verhouding tussen partijen. Volgens de Hoge Raad echter kan de vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding tussen partijen is geregeld en of dat ruimte laat voor aanvulling, niet worden beantwoord op grond van alleen maar een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van het contract. Voor de beantwoording van die vraag komt het aan *op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan die bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten*. Daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van hen kan worden verwacht, aldus de Hoge Raad. De uitleg van de bewoordingen van de overeenkomst is kennelijk niet mogelijk zonder een beroep te doen op factoren die tot die tijd in het recht werden beschouwd als buiten de taal gelegen factoren, zoals de gerechtvaardigde verwachtingen die partijen daaraan hebben ontleend. Met andere woorden, de Hoge Raad maakt hier korte metten met de traditionele opvatting dat de woorden van een contract op zichzelf genomen duidelijk (kunnen) zijn en dus geen nadere uitleg behoeven, de zuiver taalkundige uitleg. Het gevolg van deze beslissing was dat de rechter niet meer kon volstaan met een verwijzing naar de woordenboekbetekenis van de in een contractueel beding gebruikte woorden. Hij moest voortaan de redelijke zin van de bewoording in de gegeven omstandigheden onderzoeken, kortom: de *Haviltex*-formule toepassen. Het *Haviltex*-arrest maakt dus duidelijk dat in het overeenkomstenrecht bij de uitleg van taaluitingen naar de context moest worden gekeken.

*c* Rechtbank Alkmaar 17 januari 1984, NJ 1984, 428

De contextuele bepaaldheid van taal en taalgebruik is niet alleen in het burgerlijk recht een bekend verschijnsel, maar is ook in het strafrecht overbekend. In Rechtbank Alkmaar 17 januari 1984, NJ 1984, 428, werd de verdachte vervolgd voor overtreding van artikel 137e Wetboek van Strafrecht (Sr), omdat hij een T-shirt had gedragen met aan de voorzijde de tekst ‘I making love’ (werkwoordsvorm ontbreekt in origineel) en aan de achterzijde de tekst ‘But not with you turkey!!’ en ‘Fuck off’. De verdachte werd door de rechtbank vrijgesproken omdat niet bewezen

werd geacht dat hij had geweten of had moeten weten dat het Engelse woord ‘turkey’ (kalkoen) in Nederland zou worden geassocieerd met ‘Turk’ en daarom als beledigend zou worden ervaren. De rechtbank achtte echter niet uitgesloten dat die associatie onder andere omstandigheden wel voor de hand zou liggen. De strafbaarheid van de gedraging is derhalve uiteindelijk een contextueel gegeven. Is dat niet in strijd met het legaliteitsbeginsel, zo is een voor de hand liggende tegenwerping, dat immers meebrengt dat duidelijk en tevoren in de wet is bepaald welk gedrag strafbaar is? Het antwoord luidt ontkennend. In de eerste plaats omdat het legaliteitsbeginsel (dat verwoord is in art. 1 van het Wetboek van Strafrecht (Sr) en het Wetboek van Strafvordering (Sv) die in hoofdstuk 8 aan de orde komen) niet met zich brengt dat de wettelijke terminologie verwijst naar in abstracto vaststaande betekenissen. Dat zou ook niet kunnen, omdat de betekenis van taal contextueel, dat wil zeggen in de concrete omstandigheden, wordt bepaald. Dat is ook niet nodig, omdat het legaliteitsbeginsel iets anders eist, namelijk dat in de specifieke context de betekenis met voldoende helderheid en exactheid te bepalen valt, zodat de burger zijn gedrag daarop kan afstemmen.

#### 4 Casuïstische rechtsvinding

Rechtsvinding aan de hand van de omstandigheden van het concrete geval, ofwel casuïstische rechtsvinding, is geen onbekend verschijnsel in de rechtsliteratuur. Meestal wordt zij geplaatst tegenover rechtsvinding aan de hand van scherpe, vaststaande regels (vaak aangeduid met de Engelse term *hard and fast rules*), die minder gericht is op de context van het geval, en meer op de toepassing en ontwikkeling van algemene regels. Dit tweede type duiden wij verkort aan als regelgeleide rechtsvinding. We kunnen deze twee typen rechtsvinding als volgt kort karakteriseren.

Casuïstische rechtsvinding is meer gericht op de billijkheid in concreto, als uitvloeisel van het streven naar rechtvaardigheid. Als wij bij het oplossen van een juridische casus de vraag voorop stellen: ‘Wat is een rechtvaardige oplossing?’, leidt dat tot een focus op het geval in kwestie en aandacht voor wat daar rechtvaardig zou zijn. Omdat elk geval verschillend is, resulteert casuïstische rechtsvinding in verscheidenheid.

Regelgeleide rechtsvinding daarentegen is meer gericht op rechtseenheid, rechtsgelijkheid en rechtszekerheid. Bij deze vorm van rechtsvinding stellen we de vraag voorop: ‘Welke regel moet worden toegepast?’ Het is belangrijker om te zorgen dat regels steeds juist worden toegepast in samenhang met andere regels, omdat alleen zo voorspelbaar is hoe het recht zal uitwerken en omdat dan de eenheid van het rechtssysteem wordt gewaarborgd. Regelgeleide rechtsvinding draagt dus vooral bij tot de ontwikkeling van het recht als systeem.

Beide vormen van rechtsvinding kennen van oudsher hun verdedigers. Bij ons staat de Amsterdamse school van Scholten, Bregstein, Pitlo, Schoordijk en Van Dunné voor de casuïstische rechtsvinding. De Leidse school van Meijers, Drion e.a. wordt eerder geplaatst bij de regelgeleide rechtsvinding.

In de loop van de twintigste eeuw heeft de rechtspraak een ontwikkeling in de richting van casuïstische rechtsvinding laten zien. Er is sprake van een verschuiving van wat in Duitsland *Normgerechtigkeit* (gerechtigheid op basis van de wettelijke norm) wordt genoemd naar *Einzelfallgerechtigkeit* (gerechtigheid in het individuele geval). In de confrontatie tussen regel en feiten kunnen de laatste de eerste beïnvloeden, aanvullen, verfijnen, kortom: aanpassen om in concreto een bevredigend rechtsoordeel te kunnen opleveren. ‘Mogelijk is echter ook dat de beslissing zó zeer op de bijzonderheden van één geval is afgestemd en toegespitst, zich zó slecht leent voor generalisering, dat er nauwelijks een regel aan valt te ontleen die ook in volgende gevallen voor toepassing in aanmerking komt’, zoals Wiarda het in *Drie typen van rechtsvinding* zegt. Dan heeft *Normgerechtigkeit* plaatsgemaakt voor *Einzelfallgerechtigkeit*. Daarbij moet men ook weer niet zover gaan dat men uitsluitend rechterlijke beslissingen – en niet regels – van belang acht in het recht. Het rechterlijk oordeel dient generaliseerbaar te zijn en moet daarom op algemene gezichtspunten steunen, ook wanneer de wet slechts vage aanwijzingen geeft.

De ontwikkeling in de richting van casuïstische rechtsvinding is niet zonder kritiek geweest. Niet zo heel lang geleden heeft Barendrecht zich in zijn proefschrift *Recht als model van rechtvaardigheid* krachtig gekeerd tegen casuïstische rechtsvinding, onder meer op grond van het rechtszekerheidsargument. In dezelfde lijn heeft Van Zaltbommel in *De betekenis van het recht als systeem* betoogd dat de toepassing van de redelijkheid en billijkheid de ondergang van het systeem van het privaatrecht betekent. Wellicht onder invloed van deze kritische geluiden werd in de jurisprudentie van de Hoge Raad weer een beweging in de richting van de scherpe, vaststaande regels geconstateerd.

Een voorbeeld van een dergelijke scherpe regel biedt het arrest Hoge Raad 28 februari 1992, NJ 1993, 566 (*IZA-Vrerink*). Het ging in deze casus om de vraag of, en zo ja hoe, verkeersaansprakelijkheid verder verfijnd diende te worden afhankelijk van het soort geval. Aanleiding vormde een verkeersongeval waarbij een toen 67-jarige vrouw als voetganger zwaar gewond raakte toen zij door een automobilist werd aangereden. Meer in het bijzonder spitste die vraag zich toe op de verkeersaansprakelijkheid van de eigenaar van een motorvoertuig jegens ongemotoriseerde verkeersdeelnemers. De nieuwe regel die de Hoge Raad ontwikkelde hield in dat de minimale aansprakelijkheid van de eigenaar van een motorvoertuig 50% werd (dat wil zeggen in geval van schuld van de automobilist aan het ongeval, in geval van overmacht geldt de regel niet). Anders gezegd, deze nieuwe regel bracht een billijkheidscorrectie aan op de causale maatstaf die werd gebruikt om te bepalen in welke mate eigen schuld een rol speelt bij verkeersongevallen tussen automobilisten en niet-gemotoriseerde volwassen verkeersdeelnemers (voor kinderen geldt een andere verdeelsleutel). De Hoge Raad formuleerde het als volgt: ‘Wanneer de eigenaar van het motorvoertuig in beginsel krachtens artikel 31 WWV [oud] aansprakelijk is, omdat hij niet overmacht aannemelijk heeft gemaakt, doch er wel een fout van de fietser of voetganger is, zonder dat evenwel sprake is van opzet of aan opzet grenzende roekeloosheid, eist de billijkheid bij de verdeling van deze schade over de betrokkenen dat ten minste 50% van de schade ten laste van het motor-

voertuig wordt gebracht wegens de verwezenlijking van het daaraan verbonden gevaar. Dit brengt mede dat de eigenaar in ieder geval aansprakelijk is voor de helft van de schade van de fietser of voetganger. Ten aanzien van de andere helft is in beginsel beslissend in hoeverre de – foutieve – gedragingen van de eigenaar en de fietser of voetganger tot de schade hebben bijgedragen.<sup>7</sup> Dit voorbeeld illustreert dat ook de regelgeleide rechtsvinding nog steeds deel uitmaakt van het rechterlijk repertoire. In dit geval kwam de introductie van de nieuwe regel door de rechter in plaats van de wetgever de Hoge Raad wel op kritiek te staan. De vraag was of de rechter dusdoende zijn bevoegdheden niet te buiten ging (sedert de zaak *IZA-Vrerink* zijn in de rechtspraak overigens vele vergelijkbare verkeerszaken gevolgd die op hun beurt weer de nuance in de toepassing van de 50%-regel brachten).

Een ander voorbeeld geeft het arrest Hoge Raad 24 april 1992, *NJ* 1993, 643 (*Van Wijngaarden-Staat*). Het ging hier om de terugvordering door de Staat van de saneringskosten van verontreinigde grond op eigen bedrijfsterrein op grond van de Interimwet Bodemsanering. Er moest duidelijkheid komen over de vraag op welk tijdstip voor ondernemers duidelijk behoorde te zijn dat ernstige bodemverontreiniging door ondernemingen veroorzaakt voor de overheid vermogensnadeel met zich zou brengen. Een dergelijke verontreiniging zou dan immers een onrechtmatige daad jegens de overheid zijn, nu de overheid met de kosten van grondsanering bleef zitten. De Hoge Raad had eerder in vergelijkbare zaken al overwogen dat bij de beantwoording van die vraag de maatschappelijke opvattingen omtrent de ernst van de bodemverontreiniging die ertoe hadden geleid dat de overheid zich de zorg voor het milieu feitelijk aan was gaan trekken, sterk meespeelden. De conclusie was dat het in het midden van de jaren zeventig van de twintigste eeuw voor ondernemers voldoende duidelijk behoorde te zijn dat de overheid naar aanleiding van bodemverontreiniging actie zou ondernemen in de vorm van bodemsanering. De keuze voor het vastleggen van het exacte moment, ingegeven door de eis van de voor de burger vereiste duidelijkheid, viel op 1 januari 1975.

Casuïstische rechtsvinding stuit op voor de hand liggende bezwaren, zoals hiervoor al bleek. Met name de zorg voor rechtseenheid en rechtsgelijkheid verdient aandacht, daarom een enkel woord ter relativering. De noties van rechtseenheid en rechtsgelijkheid zijn namelijk complexe begrippen die specificatie behoeven. In welke zin dient het recht eenheid en gelijkheid te bevorderen? Ten aanzien van rechtseenheid dient te worden onderscheiden tussen de eenheid van de gronden waarop wordt geoordeeld en de eenheid van resultaten van beoordeling. In de rechtsvinding dient de eenheid van gronden te worden gerealiseerd, wil men niet in rechterlijke willekeur vervallen. Wanneer niet op grond van dezelfde criteria wordt geoordeeld, dan vervalt men in arbitraire beslissingen, zoveel is wel duidelijk. Daarmee is echter niet gezegd dat de oordeelsvorming dan steeds dezelfde resultaten oplevert. Geen casus is gelijk en daarom zullen – ook bij de hantering van uniforme criteria – in de uitkomsten grote verschillen optreden. Verschillende gevallen verdienen verschillende behandeling. Ongegronde gelijkheid is evenzeer in strijd met

het gelijkheidsbeginsel als ongegronde ongelijkheid. Dat brengt ons op het gelijkheidsbeginsel.

Het gelijkheidsbeginsel eist dat gelijke gevallen gelijk dienen te worden behandeld (en ongelijke ongelijk naar de mate van hun ongelijkheid). Dat vergt niet alleen dat dezelfde criteria worden gehanteerd, zoals hiervoor werd aangegeven, maar ook dat in toekomstige gelijke gevallen dezelfde beslissing wordt genomen. Rechtsoordelen dienen derhalve generaliseerbaar te zijn, in die zin, dat zij een regel opleveren die zich voor herhaalde toepassing leent. Dat beseft zien wij overigens ook al in de klassieke bespreking van het gelijkheidsbeginsel bij Aristoteles waar de eis dat gelijke gevallen gelijk behandeld dienen te worden direct gerelativeerd wordt door de toevoeging dat dit dient te geschieden naar de mate van hun gelijkheid. De mate van gelijkheid is altijd weer contextbepaald en dwingt dus tot het bezien van de omstandigheden van het geval. Rechtsgelijkheid impliceert niet uniformiteit, maar generaliseerbaarheid. Rechtsgelijkheid, evenals rechtseenheid, verzet zich dus niet op voorhand tegen casuïstische rechtsvinding, zolang goed uitgelegd kan worden waarom de omstandigheden van de casus beslissend zijn.

Maar hoe zit het dan met de rechtszekerheid? Moeten burgers dan niet af kunnen gaan op een duidelijke regel, zeker in het strafrecht, zodat zij tevoren weten hoe zij zich dienen te gedragen? De zekerheid die het recht kan bieden, is inderdaad een groot goed, maar zij is tegelijkertijd niet onbeperkt. Vaak stelt het recht duidelijke regels die, in het licht van de bijzondere omstandigheden van het geval, ineens niet meer zo duidelijk zijn. Scherpe, vaststaande regels bieden vaak schijnzekerheid, omdat bij het eerste het beste moeilijke geval uitzonderingen moeten worden gemaakt.

Een bekend voorbeeld uit de Angelsaksische rechtstheorie, geïnspireerd op de visie van de rechtsfilosoof H.L.A. Hart (1907-1992) ten aanzien van de richtinggevendheid van de algemene woordbetekenis van begrippen in juridische regels, is het volgende. Het bordje in een park 'Verboden voor voertuigen' lijkt op het eerste gezicht simpel en duidelijk. Dat het verboden is voor auto's, vrachtwagens, bussen en legertanks om in het park te rijden, behoeft geen betoog. Maar hoe zit het met een kinderwagen? Dat is toch ook een voertuig? En was een park dan niet bij uitstek bedoeld om rustig met kinderen te kunnen wandelen? En moeten rolschaatsen en fietsen ook onder het verbod vallen? Hier schiet te grote nadruk op letterlijke betekenis tekort om de bedoelde gevolgen van de regel tot stand te brengen. Het dwingt tot het in acht nemen van de context waarbinnen het woord wordt gebruikt.

De betekenis van regels – ook die van scherpe, vaststaande regels – wordt in de context bepaald. Toch maakt dat het streven naar zekerheid in het recht niet tot een illusie. De zekerheid die het recht kan bieden is namelijk meestal niet gelegen in algemene regels, waarvan toch niet is te voorspellen wat zij in concreto meebrengen, maar in de verwachtingen in de concrete situatie. Een van de voorbeelden van