

## 6 | Het legaliteitsbeginsel in de privaatrechtelijke rechtsvinding

T. van der Linden <sup>■</sup>

### 1 INLEIDING

Eén van de kernbeginselen van de democratische rechtsstaat is het legaliteitsbeginsel.<sup>1</sup> De staat mag alleen zijn macht uitoefenen bij of krachtens een wettelijke bepaling. *The rule of law, not men*. Het legaliteitsbeginsel geldt – uiteraard – óók voor de rechter en dit op twee manieren. De rechter ontleent allereerst zijn bevoegdheid tot rechtspreken aan de grondwet.<sup>2</sup> Daarnaast is het in een continentaal stelsel als het onze zo, dat de rechter recht moet spreken op grondslag van de wet.<sup>3</sup> ‘De regter moet’, zo bepaalt art. 11 wet AB, ‘volgens de wet regt spreken: hij mag in geen geval de innerlijke waarde of billijkheid der wet beoordelen.’ Thans behoort deze bepaling niet tot de meest geprezen bepalingen die ons recht kent. Integendeel, er gaan geluiden op dat de bepaling zijn beste tijd gehad heeft. Voorts is er, zeker in het privaatrecht, weinig dogmatische aandacht voor de implicaties van het uitgangspunt dat de rechter op grondslag van de wet recht moet spreken.

Daarom probeer ik in dit artikel een theorie uiteen te zetten over de betekenis van het legaliteitsbeginsel voor de privaatrechtelijke rechtsvinding. Mijn methode is niet die van een *case study*, waarin onderzocht wordt hoe de rechter of de Hoge Raad *de facto* met het legaliteitsbeginsel omgaat. Als de betekenis van het legaliteitsbeginsel af zou hangen van de rechtspraak van de Hoge Raad, dan zou hij letterlijk en figuurlijk rechter zijn in eigen zaak. Ik kies een andere benadering. In dit artikel probeer ik stap voor stap een theorie op te bouwen die antwoord geeft op de vraag hoe de rechter *de iure* om behoort te gaan met het beginsel dat hij op grondslag van de wet recht moet spreken in het privaatrecht. Wat zijn de implicaties van het *staatsrechtelijke* beginsel van legaliteit voor de *privaatrechtelijke* rechtsvinding? Daarmee probeer ik een

---

■ T. van der Linden is PhD-fellow bij de afdeling burgerlijk recht, Universiteit Leiden.

1 M.C. Burkens, H.R.B.M. Kummeling, B.P. Vermeulen (e.a.), *Beginselen van de democratische rechtsstaat: inleiding tot de grondslagen van het Nederlandse staats- en bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 41 e.v. en p. 51 e.v.

2 Art. 112 GW.

3 P.P. T. Bovend'Eert, *Rechterlijke organisatie, rechters en rechtspraak*, Deventer: Kluwer 2008, p. 148-149.

welhaast vergeten meerlagigheid tussen twee overbekende rechtssystemen principieel voor het juridische voetlicht te brengen: de wisselwerking tussen de privaatrechtelijke rechtsvinding enerzijds en het staatsrechtelijke legaliteitsbeginsel anderzijds.

## 2 PRIVAATRECHTELIJKE RECHTSVINDING BEGREPEN ALS CONSTITUTIONEEL VRAAGSTUK

‘In het rechtsvindingsdebat’, zo schrijft Koopmans, ‘ontbreekt meestal de constitutionele dimensie: dat debat wordt gevoerd in termen van juridische techniek.’<sup>4</sup> De onderbelichting van het constitutionele perspectief in het debat over de privaatrechtelijke rechtsvinding is merkwaardig. Niet mag worden vergeten dat alle rechtsvinding uiteindelijk betrekking heeft op de werkzaamheid van één van de drie staatsmachten: de rechter. Holmes schrijft:

‘When we study law we are not studying a mystery but a well known profession. We are studying what we shall want in order to appear before judges, or to advise people in such a way as to keep them out of court. The reason why it is a profession, why people will pay lawyers to argue for them or to advise them, is that in societies like ours the command of the public force is intrusted to the judges in certain cases, and the whole power of the state will be put forth, if necessary, to carry out their judgments and decrees. People want to know under what circumstances and how far they will run the risk of coming against what is so much stronger than themselves, and hence it becomes a business to find out when this danger is to be feared. The object of our study, then, is prediction, the prediction of the incidence of the public force through the instrumentality of the courts.’<sup>5</sup>

Deze beroemde woorden van Holmes geven niet alleen een visie op het belang van de rechtswetenschap, maar prenten ons voorts in dat het recht in nauw verband staat met het geweldsmonopolie van de staat. Als alles is gezegd en gedaan is rechterlijke rechtsvinding een voorbereiding van een machtswoord. Dit machtswoord, het *dictum*, zet – indien nodig – de uitvoerende macht in werking. Deze zal, bij wijze van *ultimum remedium*, bereid zijn het zwaard te gebruiken om de uitspraak ten uitvoer te brengen.<sup>6</sup> Dit machtswoord kan diep ingrijpen in een mensenleven. Dworkin schrijft beeldend: ‘People often stand

4 T. Koopmans, ‘De constitutionele kant van de rechtsvinding’, in: E.S.G.N.A.I. van de Griend en B.W.N. de Waard (red.), *Rechtsvinding/Gedachtenwisseling over het nieuwe Algemeen Deel\*\* van de Asser-serie (Asser-Vranken)*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p.1.; Vgl. ook in kritische zin: P.B. Cliteur, ‘Vooruitgang in de wetenschap van het staatsrecht’, in: J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker (red.), *Vooruit met het recht: wat geldt in de rechtswetenschap als vooruitgang?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2006, p. 33-42.

5 O.W. Holmes, *The Path of The Law And The Common Law*, New York: Kaplan Publishing, p. 1.

6 Bovend’Eert, 2008, p. 7.

to gain or lose more by one judge's nod than they could by any general act of Congress or Parliament.<sup>7</sup> De macht van de rechter, en daarmee de macht van de rechtsvinding is, zeker ten opzichte van het individu, in potentie groot. Vandaar dat algemeen wordt aanvaard dat de macht van de rechter gebonden behoort te zijn. Deze gebondenheid gaat niet zover dat de rechter *more geometrico* aan de wet gebonden is. Gangbaar is de opvatting dat de rechter gebonden is aan het (ongeschreven) recht.<sup>8</sup>

Nu zou men het juridische feit, dat de privaatrechter is gebonden aan het recht, als een specifieke constitutionele beperking van de bevoegdheid van de privaatrechterlijke rechtspleging kunnen zien. Vanuit een constitutioneel perspectief is hier wel iets tegenin te brengen. In de terminologie die de voorstelling oproept van de aan het recht gebonden rechter, ja in het begrip 'rechtsvinding' zelf, schuilt een taalval. Het beeld waarin de nadruk ligt op *bestaand* recht dat – in de woorden van Scholten – 'moet worden gevonden',<sup>9</sup> geeft de rechter een soort begripsmatige constitutionele immuniteit: hoe zou een rechter, die recht spreekt overeenkomstig *gevonden* recht, ooit in strijd handelen met *the rule of law*? Natuurlijk wil ik niet betogen dat kritiek op de rechtspraak vanuit dit perspectief niet mogelijk is, laat staan dat ik de gedachte wil ontwikkelen dat ongeschreven recht niet bestaat. Het punt dat ik wil maken is dat er in de terminologie van het primaat van het (ongeschreven) recht een zeker *vooroordeel* besloten ligt, dat een scherpe constitutionele blik op de privaatrechterlijke rechtsvinding in de weg zit. Binding aan het ongeschreven recht is vaag en – zacht gezegd – voor meerdere interpretatie vatbaar.

Om de constitutionele dimensie van de rechtsvinding helder voor het voetlicht te brengen, zou ik in de voorstelling van de werkzaamheid van de rechter niet de nadruk willen leggen op de rechter die *bestaand* recht vindt, maar op de rechter die de aan hem verleende bevoegdheid uitoefent om geschillen te beslechten. Naar geldend staatsrecht moet iedere overheidstaak – dus ook de taak om geschillen te beslechten – worden uitgeoefend op basis van een wettelijke grondslag. De blote bevoegdheid tot rechtspreken ontleent de burgerlijke rechter eenvoudig aan de grondwet.<sup>10</sup> Maar hier houdt het verhaal van het staatsrecht niet op: de rechter moet – krachtens art. 11 wet AB – deze bevoegdheid ook overeenkomstig de wet uitoefenen. Het probleem van de rechtsvinding verschijnt vanuit deze invalshoek als een constitutioneel vraagstuk. Wat betekent de eis dat de rechter volgens de wet recht moet spreken? Hoeveel vrijheid mag de rechter innemen ten opzichte van wet en

---

7 R.M. Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge: Harvard University Press 1986, p. 1.

8 Vgl. J.B.M. Vranken, Mr. C. Asser's *handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel* \*\*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1995, nr. 81. Vgl. laatstelijk W.J.M. Voermans, 'Legaliteit als middel tot een doel', in: *Controverses rondom legaliteit en legitimatie*, Deventer: Kluwer 2011, p. 65-66.

9 P. Scholten, Mr. C. Asser's *handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974, p. 12.

10 Art. 112 GW.

wetgever? En voor de rechtsvinding wellicht het meest relevant: hoe kan in een systeem waarin het ongeschreven recht een vooraanstaande plaats inneemt de rechtszekerheid en de rechtsgelijkheid worden gewaarborgd? Deze vragen zetten het probleem van de rechtsvinding in de sleutel van het staatsrecht en scheppen ruimte voor constitutionele reflectie op de rechtsvinding in het privaatrecht.

Deze kijk op de rechtsvinding is allerm minst nieuw: het waren de civilisten van weleer – de legisten – die met deze bril naar de rechtsvinding keken.<sup>11</sup> Zij hadden een politiek-constitutionele visie op de rechtsvinding en leidden uit de *trias politica* af dat het primaat van de rechtsvorming zoveel als mogelijk bij de wetgever – en niet bij de rechter – behoort te liggen.<sup>12</sup> Als democratisch gelegitimeerd orgaan behoort, in deze zienswijze, de wil van de wetgever ook voor de rechter ‘wet’ te zijn. Land is een legist bij wie dit *leitmotiv* duidelijk naar voren komt. Land erkent dat de wet per definitie tekort schiet als de wet naast de maatstaf der gerechtigheid wordt gelegd. Dit gegeven sluit – aldus Land – *niet* in, dat de rechter de bevoegdheid heeft, of behoort te hebben, om de wet aan te vullen of te verbeteren conform de gerechtigheid.<sup>13</sup> De bevoegdheid om de wet naar de gerechtigheidsnorm te vormen behoort hoofdzakelijk bij de wetgever te worden neergelegd. Dit omdat de wet als resultaat van ‘algemeene samenwerking, eerder kan gelden als de uiting van de overtuiging der gemeenschap, dan de uitspraak van een rechter, die zelfstandig eigen oordeel zal volgen.’<sup>14</sup> Er moet met enige nadruk op worden gewezen dat deze staatsrechtelijke kijk op de rechtsvinding *niet* noodzakelijkerwijs leidt tot een ongenueanceerd beeld van het wezen van de rechtsvinding. Zo aarzelt Diephuis, een jurist uit de legistische traditie, niet te erkennen dat de rechter de wet moet interpreteren, en dat een analogieredenering soms noodzakelijk is. Maar hij wijst ook op het gevaar dat de rechter zich bij de wetsuitleg teveel laat leiden door de gewenste uitkomst.<sup>15</sup> De uitleg van de wet moet zich niet *richten* op de vraag wat de jurist als de gedachte van de wetgever kán beschouwen, maar op datgene ‘wat werkelijk zijn gedachte is geweest en als zoodanig in de wet is uitgedrukt’.<sup>16</sup>

---

11 Zie in algemene zit het overzicht van Kop: P.C. Kop, *Legisme en privaatrechtswetenschap: legisme in de Nederlandse privaatrechtswetenschap in de negentiende eeuw*, Deventer: Kluwer 1982; P.B. Cliteur, ‘Vooruitgang in de wetenschap van het staatsrecht’, in: J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker (red.), *Vooruit met het recht: wat geldt in de rechts-wetenschap als vooruitgang?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2006, p. 37-38.

12 G.C.J.J. van den Bergh, C.J.H. Jansen, *Geleerd recht. Een geschiedenis van de Europese rechtswetenschap in vogelvlucht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 132.

13 N.K.F. Land, ‘Nog eens: Wet en rechter’, *WPNR* 1897/1442, p. 446.

14 Land 1897, p. 446.

15 G. Diephuis, *Nederlandsch Burgerlijk Regt*, Groningen: J.B. Wolters 1869, p. 110.

16 Diephuis 1869, p. 110.

### 3 DE TANENDE BETEKENIS VAN HET LEGALITEITSBEGINSEL IN HET PRIVAAT-RECHT

Het legaliteitsbeginsel, de staatsrechtelijke regel dat de rechter volgens de wet recht moet spreken, is een norm die iedere civilist wel op grote lijnen zal onderschrijven maar tegelijkertijd is het – naar mijn gevoel – geen norm die in het hart van de hedendaagse civilist gegrift staat. Eén ding is zeker, de passie die de legisten hadden voor de wet, is vandaag de dag bij geen civilist meer te vinden. Sterker, de overwinning op het legisme wordt gezien als één van de verworvenheden van het privaatrecht, een verworvenheid die niet meer uit handen mag worden gegeven. Zo betoogt Snijders dat het vermogensrecht een open systeem is, dat steeds tegemoet komt en behoort te komen aan de noden van het rechtsverkeer, en dat de ‘miskenning’ hiervan in wezen een nieuwe vorm van legisme is.<sup>17</sup> En vlak na de invoering van het huidige Burgerlijk Wetboek betoogt Hartkamp dat wij niet hoeven te vrezen dat het nieuwe wetboek het legisme zou doen herleven, omdat het Burgerlijk Wetboek genoeg ruimte biedt om recht te doen aan de omstandigheden van het geval.<sup>18</sup> De rechtshistoricus Jansen gaat een stap verder en betoogt dat art. 11 Wet AB een overbodige bepaling is. Hij schrijft:

‘De overbodigheid van de Wet AB schijnt een gegeven te zijn, niet echter omdat zij is verinnerlijkt of vanzelfsprekend is geworden, maar omdat zij is achterhaald door ‘moderne’ ontwikkelingen en inzichten. Aan het uitgangspunt van de Wet AB wordt nog slechts lippendienst bewezen. Als een mantra houden wij onze studenten voor dat het de taak van de wetgever is om algemeen verbindende voorschriften op te stellen en die van de rechter om te beslissen in concrete gevallen. Maar daarmee is weinig gezegd. Met name de hoogste rechter heeft zich een nieuwe rol aangemeten (of moeten aanmeten, zoals velen menen): die van zelfstandige rechtsvormer naast de wetgever.’<sup>19</sup>

Wat zijn deze “moderne” ontwikkelingen en inzichten’ die maken dat het legaliteitsbeginsel niet hoog op de privaatrechtelijke agenda staat? Het is aan ten minste drie factoren toe te schrijven dat het legaliteitsbeginsel geen prominente plaats meer inneemt in het hoofd en hart van de hedendaagse beoefenaar van de privaatrechtelijke rechtsvinding.

---

17 W. Snijders, ‘De openheid van het vermogensrecht’, in S.C.J.J. Kortmann (e.a./red), *Onderneming en 10 jaar nieuw burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 27.

18 A.S. Hartkamp, *Wetsuitleg en rechtstoepassing na de invoering van het nieuwe burgerlijk wetboek*, Deventer: Kluwer 1992, p. 21-30.

19 C.J.H. Jansen, ‘Over de plaats en de functie van de Wet, houdende Algemeene Bepalingen der Wetgeving van het Koninkrijk (1829)’, *Ars Aequi* 2008, p. 29.

### 3.1 Wet en recht vallen methodologisch niet samen

De binding van de rechter aan de wet wekt op zijn minst de suggestie dat de wet logisch dwingend de oplossingen van concrete casusposities in zich draagt. En inderdaad was het de Franse rechter vlak na de codificatiebeweging niet toegestaan de wet te interpreteren.<sup>20</sup> De onhoudbaarheid van deze zienswijze is een eerste factor die heeft geleid tot een relativering van de betekenis van het legaliteitsbeginsel. Smith schrijft:

‘In ten minste één opzicht is het niet langer mogelijk om Montesquieus opvatting over rechterlijke heteronomie te onderschrijven: de leer dat alle recht in de wet te vinden is, hangt tegenwoordig bijna niemand binnen de rechtstheorie meer aan.’<sup>21</sup>

Waarom wordt deze leer in de rechtstheorie bijna niet meer aangehangen? Het antwoord ligt besloten in het inzicht dat het systeem van het recht van nature open is. Het is er volgens Scholten ‘verre vandaan, (...) dat door zuiver logische arbeid uit dit systeem voor ieder voorkomend geval de beslissing kan worden afgeleid.’<sup>22</sup> Het punt is dat iedere uitspraak dat regel x op geval y van toepassing is, een moment van waardering insluit én dat deze uitspraak altijd een beslissing is. Scholten schrijft:

‘iedere beslissing, ook die welke zogenaamd naar de woorden geschiedt, is tegelijk toepassing en schepping; er is altijd het oordeel van hem, die beslist, dat mede de toepassing bepaalt.’<sup>23</sup>

De rechter maakt, volgens Scholten, steeds een sprong van de regel naar het geval; de uitspraak van de rechter is een wilsverklaring.<sup>24</sup> Zou de rechter uitspraak doen over de vraag of een louter emotioneel belang een ‘voldoende belang’ is voor het instellen van een rechtsvordering in de zin van art. 3:305 BW, dan is dat een wilsverklaring, die niet wordt ingegeven door de logica. Met deze uitspraak voegt de rechter een regel – ‘een louter emotioneel belang is wel of niet een voldoende belang voor een rechtsvordering’ – toe aan het rechtssysteem. Smith vat de consequentie van dit inzicht als volgt samen:

‘De toepassing van de bestaande regels van het rechtssysteem op concrete gevallen vereist, anders gezegd, de beslissing van rechters en gezagsdragers. Het is pas in

---

20 Zie: J.H.A. Lokin, ‘Interpretatieproblemen na de codificatie’ in: J. Erauw B. Bouckaert, H. Bocken e.a. (red.), *Liber Memorialis Francois Laurent 1810-1887*, Brussel: E. Story-Scientia 1989, p. 334-340.

21 C.E. Smith, *Feiten en rechtsnorm*, Maastricht : Shaker Publishing 1998, p. 75.

22 Scholten 1974, p. 75.

23 Scholten 1974, p. 76.

24 Scholten 1974, § 28.

de toepassing dat de regels van het recht hun betekenis voor het concrete, voorliggende geval krijgen.<sup>25</sup>

De wet ontleent zijn betekenis voor een belangrijk deel aan de wijze waarop de wet wordt toegepast. Welnu, vanwege het inzicht dat een beantwoording van een rechtsvraag een beslissing vergt die niet logisch uit de wettelijke regel volgt, is alle rechtsvinding – vanuit een rechtstheoretisch perspectief bezien – in meer of mindere mate aan te merken als rechtsvorming.

Alle rechtsvinding, ook die waarbij de rechter dicht bij de tekst van de wet blijft, is rechtsvorming. Een dergelijk fors *statement* zou voor iemand als Huib Drion een doorn in het oog zijn. In de meeste geschillen, zo stelt hij, staan eenvoudig te beantwoorden rechtsvragen centraal en komt het meer aan op het vinden van de feiten dan op het vinden van het recht.<sup>26</sup> Toch kan ook in eenvoudige gevallen staande worden gehouden dat de rechtsvinder – theoretisch gezien – recht vormt. Eenvoudige daden van rechtsvinding bevestigen geldend recht, in dit bevestigen ligt de rechtsvorming. Praktisch – en daarin heeft Drion gelijk – is er in dat soort gevallen geen sprake van rechtsvorming; de juridische overzichtswerken hoeven na de meeste beslissingen niet herschreven te worden. Dit doet echter niet af aan het feit dat de rechter *theoretisch* gezien recht vormt in die zin dat hij een bepaalde rechtsregel in stand houdt.

De louter theoretische rechtsvorming gaat over in praktisch relevante rechtsvorming daar waar de rechter op de *open texture* van rechtsregels stuit. Rechtsregels in het algemeen en wettelijke bepalingen in het bijzonder hebben, volgens Hart, een *open texture*.<sup>27</sup> Een rechtsregel ziet op een aantal gevallen waar de regel duidelijk voor geschreven is; dit zijn de zogenaamde paradigmatische gevallen. Omgekeerd is vaak ook duidelijk waar de regel niet voor geschreven is. Naast deze gevallen zijn er altijd twijfelgevallen, waarin het onduidelijk is of de rechtsgevolgen van een bepaalde regel al dan niet moeten intreden. Als de rechter in dergelijke gevallen beslist, dan vormt hij niet alleen uit een louter theoretisch oogpunt recht, maar óók vanuit een praktisch oogpunt.

Het inzicht dat de toepassing van de wet mede de betekenis van de wet bepaalt, brengt mee dat er geen harde grens getrokken kan worden tussen de louter theoretische rechtsvorming en de praktische relevante rechtsvorming. Dit betekent, zoals Smith terecht heeft opgemerkt, dat de bepaling van *geldend* recht nauw samen hangt met de vraag hoe het recht eruit *behoort* te zien.<sup>28</sup> Omdat de rechtstoepassing altijd een beslissing vereist, kan het geldende recht

---

25 C.E. Smith, *Regels van rechtsvinding*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2007, p. 107.

26 H. Drion, 'Negen stellingen over rechtsvorming door rechter en wetgever', in: A.R. Bloembergen, *Geschriften van H. Drion*, Deventer: Kluwer 1982, p. 377.

27 H.L.A. Hart, *The concept of law*, Oxford: Clarendon Press 1994, p. 128.

28 C.E. Smith, 'Het normatieve karakter van de rechtswetenschap: recht als oordeel', *R&R* 2009, p. 224.

in dat opzicht niet geheel los worden gezien van het wenselijke recht. Dit zien wij terug in de hantering van de instrumenten van rechtsvinding. Als zich een probleem van rechtsvinding voordoet, dan gaat het al snel over interpretatiemethoden en andere juridische technieken zoals analogie en rechtsverfijning. Vranken betoogt dat de rechter weliswaar gebonden is aan de 'normatieve premissen van het recht',<sup>29</sup> maar dat hij tegelijkertijd een zekere keuzevrijheid heeft: hij kiest min of meer zelf welke instrumenten hij gebruikt in zijn zoektocht naar het geldende recht.<sup>30</sup> Ten aanzien van de interpretatiemethoden wordt over het algemeen aangenomen dat er geen rangorde bestaat tussen deze methoden; er is ten hoogste een relatieve rangorde.<sup>31</sup> Het inzicht dat de rechter een passende interpretatiemethode *kies*t impliceert dat de rechter niet altijd aan praktische relevante rechtsvorming kan ontkomen en dat de rechter, binnen zekere grenzen, de mogelijkheid heeft om op de meest rechtvaardige uitkomst aan te sturen. Het inzicht dat wetstoepassing rechtsvorming insluit, is een relativering van de betekenis van het legaliteitsbeginsel.

### 3.2 De wetgever kan niet alle rechtsvragen beantwoorden

Een verdere relativering van de betekenis van het legaliteitsbeginsel in het privaatrechtelijke denken is, in de tweede plaats, het gevolg van een wijsheid die ten minste teruggaat tot de klassieke oudheid. Het is het Aristotelische inzicht dat de aard van de algemene wet, die – per definitie – algemene regels bevat, nooit recht kan doen aan de bijzonderheden van alle mogelijke casusposities.<sup>32</sup> De wet geeft algemene regels die gelden en 'werken' voor de meerderheid van de gevallen. Maar zodra zich een geval voordoet waarin niet is voorzien moet de rechter – aldus Aristoteles – oordelen zoals de wetgever zou hebben gedaan als hij het geval zou hebben gekend. Welnu, juist in het privaatrecht doen de nadelen van algemeen geformuleerde wettelijke regels zich gevoelen, dit vanwege het feit dat het privaatrecht betrekking heeft op alle mogelijke conflicten van vermogensrechtelijk belang die tussen één of meer personen kunnen rijzen. De bepalingen van het Burgerlijk Wetboek omvatten, aldus Portalis, dan ook 'alle handelingen en ingewikkelde en wisselende belangen die voorwerp van geschil kunnen worden tussen in maatschappelijk

---

29 Vranken 1995, nr. 81.

30 Vranken 1995, nr. 217.

31 F.T. Groenewegen, *Wetsinterpretatie en rechtsvorming : een rechtstheoretisch onderzoek naar wetsinterpretatie en rechtsvorming door de rechter in het bestuursrecht en het privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 187-192.

32 Aristoteles, *Ethica Nicomachea*, Groningen: Historische Uitgeverij 1999, Nr. V. 10.

verband levende mensen.<sup>33</sup> Het is een gemeenplaats – maar een belangrijke gemeenplaats – dat het voor de wetgever onmogelijk is om alle bronnen van conflict te voorzien en om voor alle gevallen een aanvaardbare oplossing in de wet neer te leggen. Hoe kan deze moeilijkheid het hoofd worden geboden?

### 3.3 Vage normen

De door de wetgever gekozen oplossing is de derde factor die er toe heeft bijgedragen dat er weinig aandacht is voor het legaliteitsbeginsel in het privaatrechtelijke denken. 'Het is', aldus Portalis, 'de taak van de wet om met verziende blik de algemene stelregels van het recht vast te leggen, om beginselen in te voeren die rijk aan gevolgen zijn, en niet om af te dalen tot detailkwesties die op elk rechtsgebied kunnen rijzen. Het is aan de rechter en de rechtsgeleerde om, doordrongen van de algemene geest der wetten, richting te geven aan de toepassing daarvan.'<sup>34</sup> Niet afdalen in detailkwesties. Het is dit advies dat de moderne wetgever in het privaatrecht ter harte heeft genomen. Op een aantal strategische plaatsen in het Burgerlijk Wetboek heeft de wetgever open normen opgenomen. Een gedraging is (onder meer) onrechtmatig als deze in strijd is met 'hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt'; '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; Een tussen een schuldeiser en schuldenaar geldende regel is niet van toepassing 'voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.'; 'Hij die ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van een ander, is verplicht, voor zover dit redelijk is, diens schade te vergoeden tot het bedrag van zijn verrijking'.

Hoewel deze normen in het privaatrecht breed worden gedragen, hollen dergelijke normen de betekenis van het legaliteitsbeginsel – in ieder geval op het eerste gezicht – uit. 'Als de wetgever' – zo schrijft Houwing – 'neerschrijft, dat de rechter naar redelijkheid, naar billijkheid, naar goede trouw heeft te beslissen dan schept hij geen geschreven recht, doch verklaart hij het ongeschreven recht van kracht. En waar hij deze of andere vage termen gebruikt, geeft hij geen wet, doch draagt hij zijn wetgevende macht aan den rechter over.'<sup>35</sup> Cliteur schrijft dat de betamelijkheidsnorm en andere open normen in wezen géén criteria zijn: 'het zijn vrijbrieven voor de rechter om het werk

---

33 J.E.M. Portalis, *Inleidingsrede, uitgesproken b? de presentatie van het ontwerp van de regeringscommissie*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994 (*Discours préliminaire au premier projet de Code civil* (1801), vertaald, toegelicht en besproken door B. van Roermond, F. Tanghe en H. Willekens), p. 17.

34 Portalis, 1801, p. 15.

35 Ph.A.N. Houwing, 'Zekerheid omtrent het recht', in: A. Minkenhof, J.M. Polak, *Geschriften van Houwing*, Deventer: Kluwer 1972, p. 204.

van de wetgever naar bevind van zaken in te vullen.<sup>36</sup> Hesselink ziet de redelijkheid en billijkheid niet als een grondregel die het verbintenissenrecht doortrekt, maar als een schaamlap die het – kennelijk ijdele – werk der rechterlijke rechtsvorming bedekt.<sup>37</sup>

Deze drie schrijvers zetten het probleem buitengewoon scherp neer en leggen ook wat betreft de betekenis van het legaliteitsbeginsel de vinger op de zere plek. Als de wet op een aantal belangrijke punten geen criteria geeft, dan verliest het legaliteitsbeginsel, het idee dat de rechter volgens de wet recht moet spreken, fors aan betekenis: daar waar de rechter op basis van een open norm heeft te beslissen *kán* de rechter – al zou hij dat willen – niet *contra legem* gaan en wel omdat de wet hem geen strobreed in de weg lijkt te leggen. De maatschappelijke betamelijkheid in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht, de redelijkheid en billijkheid in het contractuele aansprakelijkheidsrecht en de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking als sluitstuk lijken mee te brengen dat het legaliteitsbeginsel weinig normerende kracht *kán* hebben. Deze normen geven de rechter – anders gezegd – tamelijk veel ruimte tot rechtsvorming.

#### 4 GEEN PLAATS VOOR HET LEGALITEITSBEGINSEL IN HET PRIVAATRECHT?

Het feit dat *is* en *ought* vanuit een methodologisch perspectief niet goed van elkaar zijn te onderscheiden, het feit dat de wetgever de civielrechtelijke werkelijkheid niet geheel kan overzien en het – kwalitatief – ruimhartige gebruik van open normen door de privaatrechtelijke wetgever maken dat er weinig plaats lijkt voor het legaliteitsbeginsel in het vermogensrecht. Ja, heel veel verder dan de vage notie van de binding aan het recht aan de ene kant, en de zoektocht naar het aanvaardbare resultaat aan de andere kant, lijken wij vanuit een constitutioneel perspectief niet te kunnen komen. *Interaction between Legal systems?* Tussen het staatsrecht en het privaatrecht lijken wij er, zeker wat het legaliteitsbeginsel betreft, ver van verwijderd. Hesselink schrijft:

‘De taak van de rechter op grond van een stelsel van abstracte regels een concreet geval te beslissen brengt dus mee dat hij onder omstandigheden de regels moet concretiseren, aanvullen, corrigeren teneinde een (in zijn ogen) aanvaardbaar resultaat te bereiken.’<sup>38</sup>

Vervolgens maakt hij de volgende gevolgtrekking:

<sup>36</sup> Cliteur, 2006, p. 38.

<sup>37</sup> M.W. Hesselink, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese Privaatrecht*, Deventer: Kluwer 1999, p. 410-411.

<sup>38</sup> Hesselink 1999, p. 400, zie voorts p. 404 e.v.

‘De rechter past het recht niet alleen toe; hij ontwikkelt het ook. [...] [D]e noodzaak voor de rechter nieuwe regels te ontwikkelen, [vloeit voort] uit de omstandigheid dat hij in elk geschil dat hem wordt voorgelegd moet beslissen: hij moet de eis toe- of afwijzen. Zou men dus de bevoegdheid van de rechter tot rechtsvorming willen betwisten, dan stelt men daarmee noodzakelijk ook zijn bevoegdheid tot rechtspreken ter discussie. Elke poging tot verdere legitimatie is dus tot mislukken gedoemd. Er is geen enkele ander legitimatie voor de rechterlijke uitspraak dan de feitelijke dat de Grondwet de rechter de taak heeft gegeven geschillen te beslechten op basis van het wetboek.’<sup>39</sup>

Vanuit een staatsrechtelijk oogpunt zou er weinig meer te zeggen zijn dan dat de burgerlijke rechter zijn bevoegdheid om geschillen te beslechten aan de grondwet ontleent. ‘Elke poging tot verdere legitimatie is [...] tot mislukken gedoemd.’

Ik deel zijn analyse slechts ten dele. Hesselink heeft gelijk als hij meent dat de rechter niet aan rechtsvorming kán ontkomen. Doch, de verwevenheid van het geldende recht en het wenselijk recht impliceert nog niet dat het legaliteitsbeginsel zonder betekenis is en kan zijn. ‘Dat de rechter interpreteert’, zo schrijft van den Bergh terecht, ‘is een gegeven. De vraag is slechts, hoever de rechter daarbij kan gaan. Dat is geen zuiver theoretische vraag, maar mede een politiek constitutionele’.<sup>40</sup> Een rechter die de rechtsvorming als zijn taak ziet, kan zich – in mijn optiek – niet achter de theoretische onontkoombaarheid van rechterlijke rechtsvorming verschuilen. Het zou een staatsrechtelijke capitulatie zijn om de zoektocht bij voorbaat te staken, en, zoals Hesselink doet, een stopbord te plaatsen met het opschrift: ‘kansloos’. De vraag kan namelijk worden gesteld hoeveel rechtsvorming het legaliteitsbeginsel verdraagt, hoeveel rechtsvorming vanuit een constitutioneel oogpunt legitiem is en waarom.

De onontkoombaarheid van rechterlijke waarderingsruimte zegt op zichzelf niets over het antwoord op de vraag in hoeverre de rechter deze ruimte mag aanwenden om tot het gewenste resultaat te komen. Ik zou het zo willen stellen, dat de rechter meer conservatief of meer progressief met zijn waarderingsruimte om kan gaan. De wijze waarop de rechter of de rechtsvinder met deze ruimte omgaat zou ik het rechtvindingscredo willen noemen.<sup>41</sup> Er zijn twee uitersten. Enerzijds is er een rechtvindingscredo denkbaar dat de nadruk legt op het gewenste resultaat. De bijbehorende kritische vraag luidt: ‘Is dit resultaat rechtvaardig?’ Anderzijds is er een meer conservatief rechtvindingscredo denkbaar. De kritische vraag luidt hier: ‘Kunnen de rechtsbronnen

---

39 Hesselink 1999, p. 403.

40 G.C.J.J. van den Bergh, *Wet en gewoonte*, Deventer: Kluwer 1982, p. 24.

41 Hierbij ben ik geïnspireerd door een opstel van Vranken over de methode die Schoordijk in zijn werk aan de dag legt. Vranken spreekt van het ‘credo’ van Schoordijk dat het recht nooit onbillijk kan zijn. J.B.M. Vranken, ‘Moderne dogmatiek. Over de denkstijl van Herman Schoordijk. De huidige discussie over juridische methodologie’, *WPNR*, 2007/6693, p. 24.

dit resultaat dragen?’ Natuurlijk is het niet van tweeën één en draagt iedere rechtsvindingstheorie iets van beide benaderingen in zich. Het is een vraag van meer of minder. In een gecodificeerd rechtssysteem heeft het rechtsvindingscredo vooral betrekking op de vraag hoe de rechter om behoort te gaan met het bestaan van een wet of het niet bestaan van een (gewenste) wet. Is er een relevante wet voor handen, dan kan de jurist zich afvragen, hoeveel vrijheid hij zich ten opzichte van de wet mag veroorloven bij de interpretatie. Is er géén wet voor handen die ziet op een bepaalde situatie, dan kan de rechter zich afvragen of hij de wet mag aanvullen. Deze vragen komen neer op een opvatting van het juridische legaliteitsbeginsel, een opvatting over de vraag wat het betekent dat de rechter volgens de wet recht moet spreken.

Ik zal deze abstracte vraag verduidelijken met een concreet voorbeeld. Over het algemeen wordt aangenomen dat de rechter in beginsel recht mag vormen als er sprake is van een wettelijke leemte.<sup>42</sup> Wie deze stelling poneert, moet goed in het oog houden wat een leemte tot een leemte maakt. Stel, wij leven in 1919 en wij hebben zitting in de Hoge Raad der Nederlanden en voor ons staan Cohen en Lindenbaum.<sup>43</sup> De eerste heeft bedrijfsgeheimen gestolen van de laatste; de laatste wenst schadevergoeding. Probleem is – wij leven in 1919 – dat ‘onregmatig’ onwetmatig betekent, en dat er géén wet voorhanden is die verbiedt hetgeen Cohen deed. Wij zouden nu kunnen stellen dat de wet, gezien de (destijds) heersende interpretatietheorie, een leemte vertoont. *Quod non!* Er bestaat wel degelijk een oplossing: een afwijzing van een vordering is óók een oplossing.<sup>44</sup> Deze uitspraak zal menig jurist tegen de haren in strijken. En daarmee zijn we bij de kern: de uitspraak ‘de wet bevat een leemte’, staat niet zelden gelijk aan de uitspraak ‘de wet behoort dit of dat zó en zó te regelen’. Inderdaad, de behoefte aan een bepaald resultaat, constitueert soms de leemte. Vervolgens is het een interessante vraag of er een (staatkundige of staatsrechtelijke) legitimatie kan worden gevonden, voor de rechterlijke *opvulling* van een dergelijke leemte. Was het progressieve rechtsvindingscredo van de Hoge Raad in het klassieke Lindenbaum/Cohen arrest in strijd met het legaliteitsbeginsel?

Voordat wij deze vraag vruchtbaar kunnen beantwoorden is het goed kort stil te staan bij de verhouding van het legaliteitsbeginsel tot de constitutionele theorie.

---

42 Vgl. 13 AB.

43 HR 31 januari 1919, NJ 1919,161.

44 Vranken, 1995, nr. 100.

## 5 HET LEGALITEITSBEGINSEL EN DE CONSTITUTIONELE THEORIE

Aan het staatsrecht gaat (idealiter) een voorstelling vooraf hoe het staatsrecht eruit behoort te zien.<sup>45</sup> Deze voorstellingen over het constitutionele *ius constitutum* maken sinds de Griekse oudheid deel uit van een belangrijke traditie die heden ten dage bekend staat als de constitutionele theorie. Wie deze constitutionele theorie bestudeert, zal zien dat er grofweg twee kernbeginselen bestaan waaraan ieder constitutioneel systeem zoveel mogelijk moet voldoen. In de eerste plaats moet de constitutie zo zijn vorm gegeven dat de onderdanen zijn beschermd tegen willekeurige aanwending van de staatsmacht. Machtsmisbruik moet zoveel als mogelijk worden voorkomen; het is deze grondregel die ieder jurist in zijn hoofd en hart meedraagt. Doch daarnaast is er een tweede grondbeginsel: iedere staat behoort over voldoende juridisch gelegitimeerde macht te beschikken om het algemeen belang naar behoren te dienen.<sup>46</sup> Ik licht dit kort toe.

Aan alle constitutionele theorie gaat noodzakelijkerwijs één vraag vooraf. Waartoe is de staat op aarde?<sup>47</sup> In één van de oudste werken op het gebied van de constitutionele theorie – Plato's *Politeia* – komt dit treffend naar voren. Socrates bouwt in een dialoog een staat van de grond toe op. Op een gegeven moment bereikt Socrates een punt, waar hij het leven beschrijft van de ingezetenen. Socrates beschrijft een sober diner, gebed in een sober leven. Eén van zijn toehoorders, Glaukon, roept uit:

'Als je een varkensstaat zou stichten, Socrates, zou je toch precies dezelfde kost serveren?'<sup>48</sup>

Na deze opmerking voelde Socrates zich gedwongen om een andere weg in te slaan. Dit gesprek is nog altijd relevant voor de constitutionele theorie. Het leert ons dat het antwoord op de vraag 'Waartoe is de staat op aarde?', van invloed is op de vraag hoe de staat het beste kan worden ingericht. Vele eeuwen later is het *telos* van de staat door Hobbes vastgesteld op het garanderen van de vrede en veiligheid: een ieder draagt een deel van zijn macht over aan de soeverein om aan de door Hobbes gedachte oorlog van allen tegen

---

45 Voor de invalshoek van het *ius constitutum* ben ik geïnspireerd door het werk en de college's van A.A.M. Kinneging. Zie bijvoorbeeld: A.A.M. Kinneging, *Geografie van goed en kwaad: filosofische essays*, Utrecht: Spectrum 2005, p. 304-331.

46 Beide grondbeginselen komen fraai tot uitdrukking over de verhouding tussen 'instrumentaliteit' en 'rechtsbescherming' in het strafrecht. Zie daarvoor: A.C. 't Hart, R. Foqué, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming: grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie*, Arnhem: Gouda Quint 1990.

47 Deze vraag is een variatie op een vraag die Nieuwenhuis als boektitel heeft gekozen. J.H. Nieuwenhuis, *Waartoe is het recht op aarde*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

48 Plato, *Politeia*, Amsterdam: Bert Bakker 2005 (*Politeia*, vertaald door H. Warren en M. Molegraaf), p. 75.

allen te ontsnappen.<sup>49</sup> Ondertussen zal er geen westerling te vinden zijn die het daarbij alleen wil laten. Maar daar houdt de overeenstemming ook op: waar de staat voor bedoeld is, is traditioneel voorwerp van het politieke debat. Een belangrijk onderdeel van deze traditie is dat deze te onzent democratisch is en dat er altijd ruimte is voor een hedendaagse Glaukon die pleit voor een ruimere of engere opvatting van de staatstaak. Een belangrijk grondbeginsel van het constitutionele *ius constituendum* is dat de staat de juridische middelen behoort te hebben om het doel in voldoende mate te verwezenlijken waarop zijn bestaansrecht is gefundeerd. Dit noem ik het telosbeginsel.

Het is mogelijk om daartoe alle juridische macht in handen te leggen van één persoon, zodat deze in staat is het algemeen belang te dienen. Zo zag Plato de macht het liefst in handen van een door hem gedachte koning-filosof.<sup>50</sup> Het probleem van koning-filosofen is echter dat zij dun zijn gezaaid, en het probleem van politieke macht is dat deze in verkeerde handen kan komen en kan worden misbruikt. De ervaring leert dat een koning zijn macht niet alleen ten goede kan aanwenden maar evenzeer ten kwade. Op basis van de Romeinse constitutionele geschiedenis, waarin koningen het voor het zeggen hadden trekt Cicero een belangrijke les voor de constitutionele theorie:

‘The fate of the people, then, is precarious when (...) it depends on the goodwill and good character of a single man.’<sup>51</sup>

De staatsmacht in handen van één man, of in handen van één groep personen, kan leiden tot tirannie. Met deze waarschuwing van Cicero, zijn we aanbeland bij het andere vereiste dat aan een constitutioneel systeem kan worden gesteld. Iedere constitutie moet voorkomen dat de staat uitmondt in tirannie en willekeur. Dit noem ik het beschermingsbeginsel.

Tussen deze twee kernbeginselen bestaat een spanningsveld. Een staat die aan handen en voeten gebonden is, is wellicht voor de onderdaan ongevaarlijk, maar daarnaast mogelijk niet bij machte te doen wat nodig is voor het algemeen belang. Omgekeerd is een dictator uitermate slagvaardig, maar men moet maar hopen dat hij zijn juridische macht ten goede aanwendt. De heilige graal van de constitutionele theorie, de heilige graal van het staatsrecht is een constitutioneel systeem waarin beide beginselen naast elkaar tot hun recht komen. Hoe komen de twee grondbeginselen van het constitutionele *ius constituendum* tot zijn recht in het legaliteitsbeginsel?

‘Elk overheidsoptreden’, zo schrijft Kortmann, ‘dient te berusten op een algemene (...) regel, hetzij krachtens attributie, hetzij krachtens delegatie

49 T. Hobbes, *Leviathan*, Amsterdam: Boom 2005, p. 164. (*Leviathan*, vertaald door W.E. Krul ingeleid door B.A.G.M. Tromp), p. 211.

50 Plato 2005, p. 217-218.

51 T. Cicero, *The Republic and the Laws*, Oxford: University Press 1998, p. 19 (*De Republica en De Legibus*, vertaald naar Engels door N. Rudd), p. 51.

vastgesteld. Tevens moet dat optreden conform de algemene regel zijn, qua inhoud en procedure.<sup>52</sup> Iemand is geen verdachte als de opsporingsambtenaar of de officier van justitie dat gerade acht, doch iemand is, krachtens art. 27 Sv, slechts verdachte als er ten aanzien van die persoon 'uit feiten of omstandigheden een redelijk vermoeden van schuld aan enig strafbaar feit voortvloeit'. Het begrip verdachte is vervolgens van essentieel belang ten aanzien van de vraag welke dwangmiddelen de staat tegen een persoon mag gebruiken. Uiteraard klinkt in het legaliteitsbeginsel heel sterk de gedachte door dat 'de burger' en 'de rechtspersoon' beschermd moeten worden tegen willekeurige aanwending van de staatsmacht. Zo hangt het beginsel nauw samen met twee belangrijke rechtsstatelijke beginselen. Dit is enerzijds het idee dat overheids-optreden democratisch gelegitimeerd moet zijn. Het is de democratisch gelegitimeerde wetgever die de wet stelt; de soevereiniteit ligt bij het volk. Anderzijds ligt het legaliteitsbeginsel dicht bij de trias politica. Het legaliteitsbeginsel vooronderstelt een wetgever die wetten stelt en andere staatsmachten die overeenkomstig de wet handelen. In het legaliteitsbeginsel klinkt duidelijk het beschermingsbeginsel door.

Toch is dit slechts één kant van het legaliteitsbeginsel: het is tevens een uitwerking van het *telos*beginsel. Het legaliteitsbeginsel is binnen de continentale traditie van de rechtsstaat het concept bij uitstek dat betrekking heeft op de vraag wat de staat wél mag: aan de staatsambten wordt door middel van attributie en delegatie bevoegdheden toegekend. De overheid mag – in beginsel – dat doen, waartoe de wet de bevoegdheid verleent. Anders gezegd, *the rule of law* draagt ook de gedachte *rule by law* in zich.<sup>53</sup> Het staatsrecht geeft de staat in het algemeen, en de staatsambten meer in het bijzonder, de juridische middelen in handen die nodig zijn om het algemeen belang te dienen. Als wij alle internationale betrekkingen laten voor wat zij zijn, kan worden gesteld dat het de wetgever is, die het werkterrein van de overheid omlijnt. De (grond)wetgever rolt het legaliteitsbeginsel uit tot een systeem van wetgeving waaraan de overheid zijn bevoegdheden ontleent. Het is de taak van de wetgever om deze taak op een dusdanige manier op te vatten, dat de staat voldoende bij machte is om het algemeen belang te dienen.

Soms is er een meer subtiële balans tussen de twee grondbeginselen nodig. Het *telos*beginsel komt heel nadrukkelijk naar voren in het fenomeen dat sinds Struycken in de rechtsgeleerde literatuur bekend staat als de zogenaamde 'terugtrek van de wetgever'.<sup>54</sup> Door de enorme staatstaak die de verzorgings-

---

52 C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 51-52.

53 Term 'rule by law' heb ik van: B.Z. Tamanaha, *On the rule of law. History, Politics, Theory*, Cambridge University Press 2004, p. 91.

54 Kortmann 2008, p. 60; De term is gemunt in A.A.H. Struycken, *Administratie of rechter : beschouwingen over de moderne rechtstaatsgedachte naar aanleiding van de aanhangige ontwerpen tot regeling der administratieve rechtspraak*, Arnhem: Gouda Quint 1910, p. 17.

staat meebrengt, is het voor de wetgever ondoenlijk om alles te overzien en tot in detail te regelen. Kortmann schrijft dat de terugtred van de wetgever:

‘op gespannen voet (staat) met een aantal elementen van de rechtsstaat, te weten het legaliteitsbeginsel, de eis van de “democratische” wetgever en de eis dat de norm niet afkomstig is van de administratie zelf.’<sup>55</sup>

Hoewel deze opmerking juist is, moet niet uit het oog worden verloren dat andere rechtsstatelijke idealen op de tocht zouden staan, zodra de wetgever al deze taken zelf uitputtend zou (willen) regelen. Daarmee bedoel ik de eis dat de overheid voldoende bij machte behoort te zijn om het algemeen belang te dienen. Natuurlijk moet ervoor worden gewaakt, dat het legaliteitsbeginsel met het terugtreden van de wetgever, een lege huls wordt. Er moet echter worden bedacht, dat tegen besluiten van bestuursorganen bezwaar en beroep mogelijk is. De rechter kan besluiten met name toetsen aan de beginselen van behoorlijk bestuur.<sup>56</sup> Inderdaad, de beginselen van behoorlijk bestuur worden ingegeven door het beschermingsbeginsel; de terugtred van de wetgever door het telosbeginsel.

## 6 DE BETEKENIS VAN HET LEGALITEITSBEGINSEL IN HET PRIVAATRECHT

### 6.1 De stuwende kracht van het telosbeginsel

De rechter behoort volgens de wet recht te spreken. Als wij dit uitgangspunt vanuit het perspectief van het constitutionele beschermingsbeginsel bekijken dan heeft het met name twee te onderscheiden functies. Enerzijds ligt in deze eis de waarde besloten dat gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld en ongelijke gevallen ongelijk: voor de wet is een ieder gelijk. Anderzijds beoogt het legaliteitsbeginsel ‘de burger’ en de ‘rechtspersoon’ een zekere mate van zekerheid omtrent het recht te verschaffen. Zij moeten kunnen voorspellen wanneer, in de woorden van Holmes, de ‘*whole power of the state*’ zich tegen hen zal keren bij de tenuitvoerlegging van een executoriale titel.

Wie dit beeld tot zich laat doordringen, en zich de potentiële macht van de rechter realiseert, moet ervoor waken dat hij de andere kant van de constitutionele medaille niet uit het oog verliest. Hierop wordt goed zicht verkregen als men zich afvraagt: ‘*Waar toe is de burgerlijke rechter op aarde?*’<sup>57</sup> In de grondwet staat droog: ‘Aan de rechterlijke macht is opgedragen de berechting van

---

<sup>55</sup> Kortmann 2008, p. 60.

<sup>56</sup> H.D. van Wijk, W. Konijnenbelt, R. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Amsterdam: Reed Business 2011, p. 267 e.v. en p. 354 e.v.

<sup>57</sup> Deze vraag is een variatie op een vraag die Nieuwenhuis als boektitel heeft gekozen. J.H. Nieuwenhuis, *Waar toe is het recht op aarde*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

geschillen over burgerlijke rechten en over schuldvorderingen.<sup>58</sup> Deze bepaling is niets minder dan de keerzijde van een zeer fundamenteel principe dat in ieder beschaafd land geldt. De taak van de rechter om geschillen te beslechten staat in nauw verband met het verbod op eigenrichting. Het met dit verbod samenhangende beroep op een onafhankelijke rechter ziet Locke zelfs als hét kenmerk van een politieke gemeenschap.<sup>59</sup> Een belangrijk verschil tussen de *'The State of Nature'* en de samenleving die leeft onder het gezag van een overheid, is dat in de eerste samenlevingsvorm een ieder zichzelf beschermt tegen de willekeur van zijn naasten, terwijl in de laatste samenlevingsvorm deze taak principieel is neergelegd bij de bezitter van het geweldsmonopolie: de staat. Eén van de essentialia van het maatschappelijk verdrag is, aldus Locke, dat een ieder zijn recht op eigenrichting overdraagt aan de soeverein.<sup>60</sup>

Welnu, de enige manier om in een politieke gemeenschap in een onoplosbaar conflict je gelijk te gelde te maken is, juridisch gezien, niet met de vuist, maar met de dagvaarding. Dit punt maakt de rechtsprekende functie tot een belangrijke staatsfunctie. Tegenover het inzicht dat de *'whole power of the state'* een potentieel kwaad is, is dit tegelijkertijd het zwaard dat de burger beschermt tegen de bedoelde én onbedoelde willekeur van zijn medemens. Een deel van de *'Bellum omnium contra omnes'* wordt tegenwoordig (mede) gevoerd met juridische middelen.<sup>61</sup> Juist vanwege het verbod op eigenrichting is de rechtsbedeling, zo schrijft Portalis, 'de eerste schuld (...) van de soeverein tegenover de burgers.'<sup>62</sup> Deze schuld heeft ook een kwalitatieve dimensie. *Lites finire oportet* mag in een rechtsstaat géén cynisch adagium zijn. Inderdaad, het telosbeginsel brengt mede, dat de rechter het instrumentarium behoort te hebben om rekening te houden met de omstandigheden van het geval, hij behoort het instrumentarium te hebben waarmee hij rechtvaardig recht kan spreken.

Terug naar het arrest Lindenbaum/Cohen. Was het rechtsvindingscredo van de Hoge Raad te progressief, teveel gericht op het aanvaardbare resultaat? Cohen stal bedrijfsgeheimen van Lindenbaum, de laatste wilde schadevergoeding voor de door hem geleden schade. Het probleem was dat 'onregtmatig' volgens vaste rechtspraak onwetmatig betekende en dat er voorts geen wet was, die verbood hetgeen Cohen had gedaan. De gemiddelde jurist zal het niet moeilijk vallen om in Cohen, Holmes' *bad man* te zien, ditmaal niet zozeer om aan te tonen dat er een onderscheid bestaat tussen recht en moraal, maar om het inzicht dat zekere wetten, met zekere uitkomsten, uitnodigen tot

---

58 Art. 112 GW.

59 J. Locke, *The Second Treatis of Government and A Letter Concerning Toleration*, New York: Dover Publications 2002, nr. 87.

60 Locke, 2002, nr. 87.

61 Naast de middelen die nodig te zijn om tegen elkaar in het krijt te treden binnen het domein van de vrije markt.

62 Portalis, 1801, p. 18.

wetontwijkend gedrag te kwader trouw.<sup>63</sup> Anders gezegd, teveel rechtszekerheid geeft de *bad man* de mogelijkheid om evident immoreel gedrag op zijn naaste te botvieren voor zover de wet een normatieve leemte in zich draagt. In dit arrest was de Hoge Raad dan ook van oordeel dat onrechtmatig niet alleen slaat op een doen of nalaten in strijd met de wet maar óók op 'een handelen of nalaten, dat (...) indruischt (...) tegen de zorgvuldigheid, welke in het maatschappelijk verkeer betaamt ten aanzien van eens anders persoon of goed.'<sup>64</sup> Men mag, in een rechtssysteem met een verbod op eigenrichting, niet het slachtoffer worden van lieden te kwader trouw alléén omdat de wet onvolledig is. Een stuk rechtsonzekerheid zorgt er in wezen voor dat '*our friend the bad man*' met wat minder zekerheid en vertrouwen zijn praktijken kan uitoefenen. Niet mag worden vergeten dat de burger niet alleen moet worden beschermd tegen de overheid maar óók tegen de willekeur van zijn medeburgers. Het telosbeginsel rechtvaardigd in het Lindenbaum/Cohen arrest een rechtsvindingscredo dat geënt is op het aanvaardbare resultaat; de staat behoort bij machte te zijn om zijn onderdanen te beschermen tegen de kwade trouw van andere onderdanen.

Het probleem in het Lindenbaum/Cohen arrest is een sprekend voorbeeld van het meer algemene probleem dat in elk gecodificeerd vermogensrecht besloten ligt. Het legaliteitsbeginsel (waaraan het telosbeginsel mede ten grondslag ligt) gaat uit van de vooronderstelling dat de wetgever in staat is om een wet in het leven te roepen die de rechter voldoende in staat stelt rechtvaardig recht te spreken. Er zijn grofweg twee strategieën die dit kwalitatieve probleem het hoofd proberen te bieden, één ingezet door de wetgever de ander door de rechter. Ik doel op het gebruik van open normen in de wet door de wetgever enerzijds en een progressief rechtsvindingscredo door de rechter anderzijds. 'Het resultaat bepaalt', zo schrijft Schoordijk, '...of wij een beslissing als goed of slecht ervaren. Het te bereiken resultaat bepaalt de inhoud van de normen.'<sup>65</sup> Nu wil ik niet beweren dat iedere civilist er zo over denkt, wél durf ik de stelling aan dat een hedendaags civilist zich weinig thuis zou voelen bij een (te) conservatief rechtsvindingscredo, juist omdat de rechter bij machte behoort te zijn om recht te doen aan 'de omstandigheden van het geval'.<sup>66</sup> Een progressief rechtsvindingscredo lijkt, zeker in het verbintenissenrecht, gerechtvaardigd. In het goederenrecht ligt dit anders: ik beperkt mij hier tot de overweging dat het karakter van het goederenrecht meebrengt dat de rechter hier veel minder ruimte heeft en behoort te hebben. Bedacht moet worden dat het goederenrecht alleen goed kan functioneren als helder vast staat wie welk recht toekomt: de rechtszekerheid staat in het goederen-

---

63 Holmes, p. 6.

64 HR 31 januari 1919, NJ 1919, 161 (Lindenbaum/Cohen).

65 H.C.F. Schoordijk, *Oordelen en vooroordelen (rede)*, Deventer: Kluwer 1972, p. 9.

66 Hartkamp 1992, p. 20-30; J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel \*\*\**, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2005, nr. 9.

recht voor een belangrijk deel in het teken van het *telos*beginsel. Rechtszekerheid is hier een eis van het rechtsverkeer.

## 6.2 De conserverende kracht van het beschermingsbeginsel: de fundering van het *stare decisis* beginsel

Zeker in het verbintenissenrecht is een progressief rechtsvindingscredo legitiem. Maar, zo zouden we op dit punt met Houwing kunnen zeggen, verlangt de burger naast rechtvaardige rechtspraak niet ook zekerheid, zekerheid omtrent het recht?<sup>67</sup> Wat is de plaats van het ideaal dat gelijke gevallen gelijk behandeld moeten worden? Hoe kan, kortom, het beschermingsbeginsel tot zijn recht komen? – wij lijken precies te staan aan het begin van ons betoog waar de plaats van het legaliteitsbeginsel van weinig betekenis leek. Het methodische inzicht dat de toepassing van de norm de betekenis mede bepaalt, de open normen in het vermogensrecht, de zojuist ‘aangetoonde’ legitimiteit van een progressief rechtsvindingscredo, dat alles lijkt tot de onontkoombare conclusie te leiden dat het legaliteitsbeginsel nauwelijks normerende kracht heeft: er lijkt eenvoudigweg geen plaats voor. De rechtshistoricus Jansen lijkt ook na al het bovenstaande het gelijk aan zijn zijde te hebben.

Desalniettemin meen ik dat Jansen, daar waar hij betoogt dat artikel 11 wet AB zijn tijd wel gehad heeft, bestrijding verdient. Als een jurist wordt geconfronteerd met de vraag in welke zin een rechtshandeling moet worden uitgelegd, en wat de artikelen 3:32-3:35 BW in dit verband meebrengen, dan zal hij niet zelf het wiel uitvinden maar de betekenis van art. 3:32-3:35 baseren op de rechtspraak die omtrent het Haviltex-arrest is gewezen.<sup>68</sup> Welnu, de vraag laat zich stellen of, en zo ja, in hoeverre de rechtbank, het hof en de Hoge Raad zijn gebonden aan de jurisprudentie van de Hoge Raad. Wij kunnen ons, met andere woorden, afvragen of ons recht een *stare decisis* beginsel kent, en zo ja, wat de grondslag van dit beginsel is.

Daar waar in de literatuur wordt gepleit voor een vorm van precedentwerking wordt dit meestal gefundeerd op het rechtszekerheidsbeginsel en het rechtsgelijkheidsbeginsel. Zo betoogt Vranken dat rechtspraak tot op grote hoogte precedentwerking behoort te hebben, hoewel de binding aan eerdere rechtspraak volgens hem niet strikt is; afwijken mag mits met zwaarwegende argumenten. Van een *stare decisis* beginsel is volgens hem géén sprake, wél van een sterke gebondenheid.<sup>69</sup> De grondslag van de precedentwerking is volgens Vranken gelegen in het gelijkheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel. Eerder, in 1950, koos Jan Drion – op grond van het rechtszekerheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel – voor een verge-

---

67 Houwing, 1972, p. 206.

68 HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (Haviltex).

69 Vranken 1995, nr. 189.

lijkbare benadering. Drion aarzelde niet en sprak van een voorwaardelijk *stare decisis* beginsel.<sup>70</sup> Hoewel het rechtsgelijkheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel als argumenten voor een *stare decisis* beginsel overtuigend kunnen zijn, is het beroep op dergelijke beginselen als fundament vaag. Anderen, zoals Koopmans, concluderen op empirische gronden tot het bestaan van een *stare decisis* beginsel. Het beginsel is ‘slechts af te leiden uit het gedrag van de gerechten zelf.’<sup>71</sup>

Ik meen dat er een tamelijk ‘hard’ staatsrechtelijk fundament aan het *stare decisis* beginsel kan worden gegeven. In mijn optiek vloeit het *stare decisis* beginsel voort uit het legaliteitsbeginsel: de regel dat de rechter volgens de wet recht moet spreken. Ik leg dit uit. Als wij erkennen dat de toepassing de betekenis van de wet mede bepaalt, en als wij erkennen dat de rechter – omwille van het telosbeginsel – een redelijke op de praktijk geënte uitleg aan de wet mag geven, is het dan niet volstrekt voor de hand liggend, dat wij dan zeggen dat de aldus ‘gevonden’ betekenis door behoort te werken in de regel, dat de rechter volgens de wet recht moet spreken? Sluit het woord ‘wet’ niet de jurisprudentie in, die naar aanleiding van de wet is gewezen, juist omdat de toepassing de betekenis mede bepaalt?<sup>72</sup> Inderdaad, de regel dat de rechter volgens de wet recht moet spreken, verwordt tot de regel dat de rechter volgens de wet recht moet spreken – en nu komt het – *overeenkomstig de zin zoals die in de jurisprudentie van de Hoge Raad tot uitdrukking komt*. Dat is de consequentie van de ratio van het legaliteitsbeginsel (vanuit het beschermingsbeginsel), het is de consequentie van de wenselijkheid van rechterlijke rechtsvorming (vanuit het telosbeginsel) en het is de consequentie van het inzicht dat de betekenis van de wet mede door de toepassing wordt bepaald. De rechter is via de wet aan het ongeschreven recht – aan het rechtersrecht – gebonden.

Dit *stare decisis* beginsel is – uiteraard – *beginsel*, geen regel. Het kan niet los worden gezien van het meer progressieve rechtsvindingscredo. De rechter mag van de jurisprudentie afwijken als een bepaalde regel in de rechtspraak in een concreet geval tot resultaten komt die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn. Maar dit betekent dat een in de jurisprudentie neergelegde uitleg van een bepaalde wetsbepaling het uitgangspunt is en behoort te zijn. De rechter mag alleen afwijken, als het rechtvaardige resultaat zwaarder weegt en behoort te wegen dan het gelijkheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel.

---

70 J. Drion, ‘Stare Decisis. Het gezag van precedenteren’, in: Verzamelde geschriften van J. Drion, Denter Kluwer 1968, p. 161 e.v. In gelijke zin Hesselink 1999, p. 400 e.v.

71 G.J. Wiarda, T. Koopmans, Drie typen van rechtsvinding, Deventer: Tjeenk Willink 1999, p. 130. Koopmans is hier zelf aan het woord in de slotbeschouwing van zijn bewerking van het boek van Wiarda.

72 Vgl. Smith 2007, par. 6.4.8. ‘Wat geldend recht is’ – schrijft hij – ‘wordt primair bepaald door de wetgever, maar tevens door de wijze waarop deze regels door de rechtspraak worden gehanteerd.’

Ik moge dit laatste verduidelijken met een voorbeeld. Sinds enkele decennia is de regel gemeengoed, dat bij de uitleg van overeenkomsten niet alleen de woorden worden betrokken, maar dat de uitleg mede afhangt van – kort gezegd – elkanders gerechtvaardigde verwachtingen. Stel nu dat in het *WPNR* een baanbrekend artikel verschijnt, waarin min of meer wordt bewezen dat de Haviltex-norm onrechtvaardig is, dat het veel rechtvaardiger is als er uitsluitend gewicht wordt gehangen aan de woorden van de overeenkomst. Zelfs dan lijkt het mij dat de rechter, ja zelfs de Hoge Raad, *ultra vires* handelt als hij afwijkt van de Haviltex norm en contracten letterlijk gaat uitleggen. De rechtszekerheid dient veel zwaarder te wegen; vele contracten zijn opgesteld met de gedachte dat in rechte de Haviltexnorm geldt.

Soms weegt de zekerheid omtrent het recht minder zwaar. In dit verband zij er met enige nadruk op gewezen dat de bijzondere aard van de privaatrechtelijke rechtsbetrekking niet uit het oog mag worden verloren. Als het rechtszekerheidsbeginsel in het publiekrecht een rol speelt, dan gaat het vaak over een verticale verhouding: de overheid tegen de burger. Slaagt een beroep op de rechtszekerheid dan komt dit ten goede aan de burger, en gaat dit ten koste van de staat. In het privaatrecht draait het daarentegen overwegend om horizontale betrekkingen tussen personen. Een geslaagd beroep op de rechtszekerheid van de één gaat ten koste van het belang van de ander.

In het door mij gedachte rechtsvindingscredo komt én het telosbeginsel én het beschermingsbeginsel tot zijn recht. Het telosbeginsel komt tot zijn recht, doordat de rechter de bevoegdheid heeft om van wet en rechtspraak af te wijken voor zover de rechtvaardigheid dit eist. Het beschermingsbeginsel komt tot zijn recht, doordat de rechter niet alleen is gebonden aan de wet maar óók aan de betekenis die de Hoge Raad aan de wet heeft gegeven. Dit laatste is vooral van grote betekenis daar waar de normen – door de openheid van de normen – zwijgen; recht spreken volgens de wet betekent dan rechtspreken volgens de in de jurisprudentie neergelegde rechtsregels. Ja, ik zou zelfs zeggen dat een meer progressief rechtsvindingscredo alleen legitiem is, als daar een *stare decisis* beginsel tegenover staat. Geen rechtsvorming zonder gebondenheid.

## 7 SLOT

Op deze plaats heb ik niet heel veel meer dan een constitutioneel fundament willen geven van twee dingen die iedere civilist intuïtief weet. Namelijk dat de rechter een behoorlijke waarderingsvrijheid heeft en behoort te hebben en dat de rechter (de Hoge Raad inclusief) in zekere mate gebonden is en behoort te zijn aan de jurisprudentie van de Hoge Raad. Ik heb geprobeerd een antwoord te geven op de vraag wat de betekenis van het legaliteitsbeginsel behoort te zijn voor de privaatrechtelijke rechtsvinding. Daarmee heb ik in het voetspoor van de legisten aandacht willen schenken aan de constitutionele dimensie van de privaatrechtelijke rechtsvinding.

