



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Belangenafweging door gevalsafweging

Smith, C.E.

Citation

Smith, C. E. (2006). Belangenafweging door gevalsafweging. *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 141-147. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/14386>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/14386>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Belangenafweging door gevalsafweging

C.E. Smith¹

1. De weegschaal van Vrouwe Justitia

Eén van de attributen van Vrouwe Justitia is de weegschaal. De weegschaal zelf, het *instrument* als middel om te wegen, stamt ongetwijfeld uit een grijs verleden. Maar ook als één van de *attributen* van Vrouwe Justitia is de weegschaal al minstens antiek.

Niet alleen de weegschaal, ook het recht stamt uit een grijs verleden. Als we zouden willen weten op welk moment het recht is ontstaan, dan denk ik dat daar een tamelijk precies antwoord op kan worden gegeven: het recht is vermoedelijk even oud als de weegschaal, en dat wil zeggen: ouder dan het eerste begin van welke maatschappelijke organisatievorm dan ook. De oudste personele verhouding is ongetwijfeld niet die tussen staat en burger, maar die tussen koper en verkoper, schuldeiser en schuldenaar, waarbij qua macht min of meer gelijkwaardige personen tegenover elkaar staan en zaken worden gekocht of geruild tegen een bepaalde prijs: zoveel runderen voor zoveel stenen handbijlen. Of, waar men de zaken niet kan tellen, zoveel *gewicht* aan brons voor een bepaald *gewicht* aan barnsteen.

Wat dit tellen en wegen met recht te maken heeft? We treffen in de personele verhouding van schuldeiser en schuldenaar, schrijft Nietzsche, vermoedelijk de eerste ethische canon van rechtvaardigheid aan: die van de ruilrechtvaardigheid, waarbij prijzen worden vastgesteld, waarden afgemeten en equivalenties uitgedacht, *een proces dus van meten, tellen en wegen*,², en dat alles vanuit de veronderstelling dat alle dingen hun prijs hebben, dat alles afbetaald kan worden—vee, huwbare meisjes, maar ook de schuld die men jegens anderen had wegens doodslag. Als alles een prijs heeft, een *juiste* prijs, dan is de weegschaal een onmisbaar instrument bij het vaststellen van het juiste equivalent. Geen recht dus zonder weegschaal.

Dit is allemaal nogal hypothetisch, maar het veronderstelde innige verband tussen het recht en de weegschaal blijkt ook in onze hoogontwikkelde samenleving te bestaan. We zien niet alleen Vrouwe Justitia met blinddoek en weegschaal op de gevels van gerechten, maar het verband tussen rechtspraak en weegschaal ligt ook verankerd in het taalgebruik. We spreken over het *gewicht* van belangen en over het *afwegen* van belangen. Als we zeggen dat de rechter zijn beslissing geeft na de verschillende standpunten te hebben *overwogen*—dan zit daar het wordt ‘wegen’ weer in. Ongetwijfeld zal men in de raadskamer *delibereren*—we vinden in de stam van het woord *delibereren*, dat van Latijnse oorsprong is, *Libra*: weegschaal. De wijsheid van generaties, zo zegt men wel, ligt in de taal besloten. En is dat juist, dan *moet* er, kortom, wel waarheid zitten in de gedachte dat belangen gewicht hebben, dat rechtspraak een vorm van afwegen is.

Maar we zitten hier met een moeilijkheid. Belangen hebben niet, zoals zaken, materieel gewicht; je kunt ze niet werkelijk tegen elkaar afwegen. Dat roept de vraag

¹ C.E. Smith is U.D. bij de vakgroep Encyclopedie van de rechtswetenschap aan de Universiteit Leiden

² F. Nietzsche, *Genealogie van de moraal, een polemisch geschrift*, vert. door Thomas Grafdijk van *Zur Genealogie der Moral, ein Streitschrift*, 1887, De Arbeiderspers, Amsterdam 1980, p. 61-62.

op hoe je het gewicht van zoiets onstoffelijks als een belang kunt vaststellen. En hoe je belangen *tegen elkaar* afweegt. Wat voor een soort weegschaal is nodig om belangen, aanspraken of rechten af te wegen?

Deze moeilijkheden zijn het gevolg van het feit dat de term ‘belangenafweging’ een metafoor is. De metafoor is een overdrachtelijke, figuurlijke uitdrukking – het berust op *vergelijking* van ongelijksoortige zaken. Zo wordt de ziel soms vergeleken met een gebouw: De dichter Willem Kloos bijvoorbeeld, spreekt over ‘*de nooit doordringbare gewelven van uw ziel*’. In het dagelijks spraakgebruik spreken we van *onpeilbaar* verdriet, *immens* geluk en van *groot* verlangen: ook dat zijn ruimtelijke kwalificaties. Naar de letter genomen is dat onzin. De ziel heeft immers geen uitgebreidheid, zoals Descartes ons voorhield. Maar toch is het spreken over de ziel alsof het iets ruimtelijks is, voor ons heel betekenisvol. Ik zou zeggen: het is betekenisvol juist *omdat* we de vergelijking niet naar de letter nemen. Geen verstandig mens—en trouwens ook geen onverstandig mens—haalt het in zijn hoofd om met een peillood de diepte van het verdriet te meten. *Zelfs rechtswetenschappers* doen dat niet.

Dat laatste lijkt een overbodige toevoeging. Niet alleen zijn de meeste rechtswetenschappers, zoals u weet, verstandige mensen, maar als ook onverstandige mensen niet de fout begaan een metafoor naar de letter te nemen, wat voor een type mens is dan de rechtswetenschapper dat hij noch bij de verstandigen, noch bij de onverstandigen wordt ingedeeld, maar als aparte categorienaast deze twee wordt gezet?

Misschien lijken rechtswetenschappers als ze theoretiseren en filosoferen, om Wittgenstein te parafraseren, ‘op een primitief volk, dat de manier van uitdrukken van geciviliseerde mensen hoort, haar verkeerd interpreteert en dan de merkwaardigste conclusies trekt uit die interpretatie’.³ Ik doel hier in het bijzonder op de metafoor van de afweging. Het afwegen zelf is iets dat we dagelijks en bij voortduring doen – of het nu de beoordeling is van een scriptie, de keuze van een sollicitant voor een vacature of ons oordeel over de beslissing van de Hoge Raad in het Wrongful Birth-arrest. Zolang we overwegen, delibereren en afwegen hebben we niet het gevoel dat we iets mysterieus aan het doen zijn en voelt het volkomen natuurlijk en vanzelfsprekend aan. Maar op het moment dat wij ons afvragen wat het nu precies voor een soort proces is, hoe je redenen of rechten of belangen gewicht toekent en hoe je die tegen elkaar kunt afwegen, dan is ontglipt het ons. Dan wordt wat we doen en wat in het normale taalgebruik heel vanzelfsprekend klinkt, opeens duister. Want hoe geef je *gewicht* aan belangen? Met behulp van welk criterium weeg je belangen tegen elkaar af? En is het mogelijk om zo verschillende belangen of waarden als gezondheid en economisch rendement eigenlijk wel tegen elkaar afwegen?

2. Belangenafweging: voorvragen

Om te weten of een klompje lood evenveel weegt als een zak veren, kunnen we op twee manieren te werk gaan. We kunnen uitgaan van een bepaalde maat, zoals de kilo, en het gewicht van beide waren bepalen aan de hand van die maat. We stellen dan het absolute gewicht van beide waren vast en bepalen langs deze weg of hun

³ L. Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, tr. by G.E.M. Anscombe van *Philosophische Untersuchungen*, Malden/Oxford: Blackwell 1953, § 194.

gewicht gelijk is. De directere methode is die van de onderlinge vergelijking. We leggen in de ene schaal het lood en in de andere schaal de veren. Slaat de balans door naar de kant van de veren, dan weten we weliswaar niet precies hoe zwaar de veren zijn, maar wel dat dit pak veren zwaarder weegt dan dit specifieke klompje lood. Als we vasthouden aan de metafoor van het afwegen, dan lijkt het erop dat in het recht van de laatste methode, die van de bepaling van het *relatieve* gewicht, gebruik gemaakt wordt. Als de rechter bijvoorbeeld beoordeelt of een spreekverbod voor ambtenaren een schending oplevert van het grondrecht van vrijheid van meningsuiting, dan stelt hij niet eerst een hiërarchie van belangen op om aan de hand daarvan vast te stellen of het verbod geoorloofd is, maar hij beslist op de klacht door na te gaan of in dit concrete geval het belang van de goede vervulling van de dienst een gerechtvaardigde inbreuk maakt op het grondrecht van vrijheid van meningsuiting. We zouden ook kunnen zeggen dat wordt beoordeeld of het betreffende orgaan heeft kunnen oordelen dat onder deze omstandigheden minder gewicht dient toe te komen aan het belang van de vrijheid van meningsuiting dan aan die van de goede vervulling van de dienstbetrekking.

De vraag bij de belangenafweging is dus hoe de rechter het *relatieve* gewicht van de betreffende belangen vaststelt. Begrijpt ik de literatuur op dit punt goed, dan verloopt dit proces in een aantal stappen.⁴ De rechter zal allereerst moeten vaststellen of hij bevoegd is de maatregel vol te toetsen (de zgn. intensieve toetsing) of dat hij, in verband met de beleidsvrijheid van het orgaan dat de maatregel heeft uitgevaardigd, zich moet beperken tot een marginale toetsing. Vervolgens zal moeten worden vastgesteld of sprake is van feitelijk nadeel voor de ambtenaren die onderworpen zijn aan het spreekverbod, daarna of met de maatregel een gerechtvaardigd doel wordt nagestreefd en ten slotte of de maatregel geschikt en noodzakelijk is om het doel te bereiken. Pas nadat deze vragen bevestigend zijn beantwoord, komt de rechter toe aan de eigenlijke afweging, aan de vraag of het verbod in een evenredige verhouding staat ten opzichte van het doel.

3. Belangenafweging en secundaire regels

Voordat ik overga tot een bespreking van de eigenlijke belangenafweging, de afweging in concreto, zou ik er op willen wijzen, dat dit toetsingsmodel laat zien dat het antwoord op de vraag of een bepaalde maatregel inbreuk maakt op een grondrecht niet alleen wordt bepaald door de betreffende regelingen zelf – in dit geval het recht op vrijheid van meningsuiting en de bepaling van art. 125a Ambtenarenwet – maar mede door de *standaarden* die rechters gebruiken bij de hantering van deze regels. Het zojuist genoemde toetsingsmodel dat door rechters wordt gevolgd bij de beoordeling of sprake is van een terechte inbreuk op de vrijheid van meningsuiting, bepaalt in hoge mate de uitkomst van het geschil: zo kan de rechter van mening zijn dat hij de schending slechts marginaal dient te toetsen; en soms komt hij aan een belangenafweging niet eens toe, omdat bijvoorbeeld geen sprake is van nadeel, of omdat het doel van de inbreuk niet is gerechtvaardigd. De Britse rechtsfilosoof H.L.A. Hart zou dit toetsingsmodel beschouwen als een complex van secundaire regels, dat wil zeggen: als regels die betrekking hebben op het geheel van methoden, uitgangspunten en vooronderstellingen dat ten grondslag

⁴ O.m. J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel* (diss. U.M.), SDU Uitgevers: Den Haag 2002, p. 244 e.v.

ligt aan het proces van rechtsvinding. Sommige van deze regels zijn expliciet door de wetgever opgesteld (zoals art. 6:2 BW), andere zijn geformuleerd naar aanleiding van een reflectie op het eigen handelen (zoals bij de diverse rechtsvindingstheorieën) en weer andere betreffen de niet of nauwelijks in regels te vatten handelingspraktijken van juristen bij de selectie van de relevante feiten, de uitleg van regels of, inderdaad, het afwegen van belangen.⁵

Het onderwerp van dit themanummer over ‘belangenafweging’ gaat niet over wat men het ‘eigenlijke’ recht zou kunnen noemen, de primaire standaarden, maar over secundaire regels, over de *handelingspraktijken* van rechters bij de belangenafweging. En als ik nog even bij dit punt mag stilstaan: de studie rechten, evenals de opleiding tot advocaat, officier van justitie of rechter zijn in feite één lange training in het leren hanteren van deze complexe secundaire standaarden. Naar mijn mening is dit aspect van Harts rechtstheorie door zijn invloedrijkste criticus, Ronald Dworkin, grondig misverstaan. De uitkomst van een geschil wordt uiteindelijk weliswaar bepaald door een regel die aan de beslissing ten grondslag is gelegd – een primaire regel – maar de vaststelling van die op het geval toegesneden regel is door Hart nooit beschouwd als het resultaat van een simpele test, waarbij de *afkomst* van de regel beslissend zou zijn voor zowel het bestaan als de inhoud van die regel. Vatten wij Harts secundaire regels op als het geheel van door gezagsdragers gevolgde expliciete en impliciete standaarden bij de identificatie en hantering van primaire standaarden, dan is er veel te zeggen voor Harts rechtsconcept, waarbij het recht wordt beschouwd, niet alleen als een systeem van primaire standaarden – regels en beginselen – maar van zowel primaire als secundaire standaarden, dat wil zeggen: als een systeem van normen én een systeem van handelingen, en met deze omschrijving zitten wij bij Scholtens karakterisering van het recht als een ‘open systeem’.⁶ Je zou kunnen zeggen dat Dworkins rechtsvindingstheorie – ‘law as integrity’ – eigenlijk niet meer dan een randgeval vormt in de rechtstheorie van Hart: namelijk als een specifieke invulling van de handelingspraktijken van rechters bij de bepaling van wat recht is in een concreet geval.

4. De Hoge Raad in actie: het Asbest-arrest van 28 april 2000

Ik keer terug tot de secundaire regels die het onderwerp van dit themanummer vormen: de belangenafweging. De beantwoording van de voorvragen hebben, zoals ik zojuist heb aangegeven, het aantal gevallen ingeperkt waarbij de rechter tot een beslissing komt door middel van de belangenafweging in concreto.

De belangenafweging in concreto betreft de proportionaliteit in enge zin, waarbij wordt beoordeeld of het belang dat met het spreekverbod wordt gediend – de goede vervulling van de dienstbetrekking – dusdanig zwaar weegt dat het opweegt tegen de schending van het grondrecht vrijheid van meningsuiting. Maar hoe bepaalt de rechter nu of het belang dat met de maatregel is gediend zwaarder of lichter weegt dan het geschonden belangen? Het probleem is dat de verschillende, in de zaak betrokken belangen, allemaal legitieme belangen zijn, dat het ene belang niet a priori van groter gewicht is dan de andere. Het zijn de feiten en omstandigheden van het

⁵ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press [1961] 1994, p. 97, 101 en 109.

⁶ P. Scholten, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen Deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink [1931] 1974, p. 76.

geval, de context, die bepalen of aan het ene of andere belang groter gewicht moet worden toegekend. Maar op welke manier dragen de feiten en omstandigheden bij aan die afweging? En hoe weten we welke feiten en omstandigheden daarbij van belang zijn?

Om de belangenafweging in concreto preciezer in kaart te brengen, schakel ik over naar een civielrechtelijke zaak. Het is mijn indruk – maar de andere bijdragen aan dit nummer zouden daar meer duidelijkheid over moeten verschaffen – dat de rechter in civielrechtelijke zaken de gemaakte belangenafweging in concreto vrijmoediger in het vonnis bespreekt dan zijn of haar collega's in het publiekrecht,⁷ iets dat ongetwijfeld verband houdt met de verhouding tussen rechter en wetgever in de verschillende rechtsgebieden en dus met de taakopvatting van de rechter in die rechtsgebieden.

Ik kies voor een bespreking van het arrest Van Hese/De Schelde, één van de zogenoemde Asbest-arresten (HR 28 april 2000, NJ 2000, 430); het betreft een sterk sprekend geval: er zijn duidelijke belangen in geding en er bestaan krachtige redenen om zowel het ene als het andere belang te laten prevaleren.

Bij een voormalige werknemer van De Schelde wordt na meer dan dertig jaar na de laatste blootstelling aan asbest de ziekte mesothelioom vastgesteld – een ziekte die uitsluitend het gevolg kan zijn van inademing van asbest. De vraag rijst of de werknemer (dan wel zijn nabestaanden) de voormalige werkgever hiervoor aansprakelijk kan stellen. Het juridische probleem betreft hier de verjaringstermijn, zoals neergelegd in art. 3:310 lid 2 BW. Deze luidt, kort samengevat, dat de rechtsvordering tot vergoeding van schade als gevolg van blootstelling aan gevaarlijke stoffen in ieder geval verjaart door verloop van dertig jaren na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt.

Uit de MvA blijkt dat de periode van dertig jaren door de regering als een uiterste termijn wordt gezien. Een termijn van vijftig jaren wordt als 'te lang' van de hand gewezen, terwijl verder wordt opgemerkt dat de periode van dertig jaren door veel landen al als lang wordt ervaren. De reden voor deze limiet houdt verband met de *rechtszekerheid*: werkgevers en verzekeraars zullen voorzieningen moeten treffen voor eventuele schadeclaims en moeten er dan op kunnen vertrouwen dat de in de wet gestelde termijn een absoluut karakter heeft. *Het beginsel van de rechtszekerheid houdt dus verband met de financieel-economische belangen van werkgevers en verzekeraars.*

Volgt dus uit de grammaticale en wetshistorische interpretatie van de bepaling dat voor dergelijke schadeclaims dertig jaren als absolute verjaringsgrens moet worden gezien, uit de rechtsontwikkeling (evolutionaire en anticiperende interpretatie) kan worden afgeleid dat de wetgever nadien anders is gaan denken over deze verjaringstermijn voor asbestslachtoffers. De regering heeft allereerst een regeling tegemoetkoming asbestslachtoffers aangekondigd; daarnaast is door de regering voorgesteld aan art. 3:310 BW een vijfde lid toe te voegen dat het onder meer asbestslachtoffers vanaf het moment van inwerkingtreding mogelijk moet maken ook na de verjaringstermijn van dertig jaren een schadeclaim in te dienen; en ten slotte heeft het Ministerie van Defensie zich bereid verklaard in voorkomende gevallen af te zien van het beroep op verjaring. De bedoeling van de *historische*

⁷

Gerards 2002, p. 625.

wetgever ten aanzien van de verjaringstermijn voor asbestslachtoffers is dus niet gelijk aan die van de *actuele* wetgever (dat wil zeggen: de wetgever ten tijde van dit arrest).

We moeten nu op zoek naar een gezichtspunt waaronder dit dilemma kan worden opgelost. Een gezichtspunt kan worden gevonden in de *belangen* of *waarden* die door de wettelijke regel wordt beschermd: de absolute verjaringsgrens is in het belang van de rechtszekerheid, verruiming van deze grens dient het gelijkheidsbeginsel, nu een absolute verjaringstermijn van dertig jaar ertoe leidt dat veel asbestslachtoffers uitgesloten zullen zijn van schadevergoeding, waar slachtoffers van andere vormen van milieuverontreiniging wél in aanmerking komen voor schadevergoeding. De rechter zal moeten uitmaken of aan de waarde van rechtszekerheid een groter gewicht dient toe te komen dan aan het gelijkheidsbeginsel.

De beslissing daarvan, aldus de Hoge Raad, is sterk verweven met de feiten van het geval. Ofschoon het beginsel van de rechtszekerheid in beginsel meebrengt dat strikt aan de absolute termijn moet worden vastgehouden, wil dit nog niet zeggen dat deze termijn nooit op grond van art. 6:2 lid 2 BW buiten toepassing zou kunnen blijven. Dan moet echter sprake zijn van een uitzonderlijk geval. Bij de beoordeling of daarvan sprake is zal de rechter een aantal gezichtspunten moeten betrekken en moeten vaststellen:

- (a) of het gaat om vergoeding van vermogensschade dan wel van nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, en—mede in verband daarmee—of de gevorderde schadevergoeding ten goede komt aan het slachtoffer zelf, diens nabestaanden dan wel een derde;
- (b) in hoeverre voor het slachtoffer respectievelijk zijn nabestaanden ter zake van de schade een aanspraak op een uitkering uit andere hoofde bestaat;
- (c) de mate waarin de gebeurtenis de aangesprokene kan worden verweten;
- (d) in hoeverre de aangesprokene reeds vóór het verstrijken van de verjaringstermijn rekening heeft gehouden of had behoren te houden met de mogelijkheid dat hij voor de schade aansprakelijk zou zijn;
- (e) of de aangesprokene naar redelijkheid nog de mogelijkheid heeft zich tegen de vordering te verweren;
- (f) of de aansprakelijkheid (nog) door verzekering is gedekt;
- (g) of na het aan het licht komen van de schade binnen redelijke termijn een aansprakelijkstelling heeft plaatsgevonden en een vordering tot schadevergoeding is ingesteld.

5. De betekenis van concrete gevallen voor de belangenafweging

Zeven gezichtspunten. Maar waarom deze gezichtspunten? En hoe dragen deze gezichtspunten bij tot de bepaling van het gewicht van de betrokken belangen? Want strikt beschouwd, leveren de zeven gezichtspunten geen enkele aanwijzing voor het gewicht dat aan het ene of andere belang moet worden toegekend. Het zegt alleen dat we verschillende aspecten van de zaak in de beoordeling moeten betrekken. Hoe moet de feitenrechter deze overweging van de Hoge Raad hanteren om tot een beslissing in concreto te komen?

Ik denk als volgt. De Hoge Raad schetst met deze gezichtspunten in feite twee vergelijkbare gevallen waarin de afweging niet of in ieder geval minder twijfelachtig is.

Als bijvoorbeeld de schadevergoeding *ten goede komt aan de nabestaanden* (a), er voor hen *geen of weinig aanspraak op een uitkering* (b) bestaat, de schadeveroorzakende gebeurtenis de aangesprokene *in hoge mate* kan worden verweten (c), de aangesprokene al lang van te voren *rekening had behoren te houden* dat hij voor de schade aansprakelijk zou zijn (d), hij bovendien nog de *mogelijkheid heeft* zich om tegen de vordering te verweren (e), hij door verzekering is gedekt (f), terwijl, ten slotte, na het aan het licht komen van de schade de aansprakelijkstelling *binnen redelijke termijn* heeft plaatsgevonden (g), dan betreft het een geval waarin toepassing van de strikte verjaringstermijn naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid zonder twijfel onaanvaardbaar is.

Omgekeerd, komt de schadeloosstelling *niet* ten goede aan de nabestaanden (a), hebben zij *wel* aanspraak op een behoorlijke uitkering (b), had de aangesprokene *geen rekening hoeven houden* met de mogelijkheid aansprakelijk te zijn (d) en is de aansprakelijkheid *niet of niet meer gedekt* door verzekering (f), dan is duidelijk dat we niet met zo'n bijzonder geval te doen hebben, dat het belang van de nabestaanden dient te prevaleren boven het belang van de rechtszekerheid.

Eigenlijk maakt de Hoge Raad hier, zij het op verholde wijze, gebruik van de vergelijkingsmethode, die door Wiarda indringend is beschreven in 'Drie typen van rechtsvinding'.⁸ Met de verschillende gezichtspunten verwijst de Hoge Raad naar relevante feiten en omstandigheden die, indien bevestigend of ontkennend beantwoord, een bepaald type geval opleveren waarbij de afweging evident is. Het concrete voorliggende geval kan dan worden beslist door vergelijking met de imaginaire buurgevallen. De vergelijking maakt inzichtelijk welke omstandigheid, of welke combinatie van omstandigheden, beslissend is om de zaak op de ene of juist de andere manier te beslissen.

De vergelijkingsmethode geeft naar mijn mening een aanwijzing voor de manier waarop de rechter te werk gaat in gevallen die, naar wij zeggen, worden opgelost door een weging van belangen. Wat de rechter volgens mij *niet* doet is stap voor stap het gewicht bepalen van de verschillende belangen die voor de ene of de andere beslissing kunnen worden aangevoerd, om vervolgens door onderlinge vergelijking vast te stellen dat voor de ene beslissing, en dus voor het ene belang, alles bijeen genomen, iets sterkere argumenten bestaan dan voor de andere. Een dergelijke, stapsgewijze benadering zou het meest overeenkomen met de metafoor van het wegen: eerst het gewicht bepalen van de belangen aan de hand van de argumenten, vervolgens door onderlinge vergelijking bepalen wat het zwaarste is.

Maar het probleem van deze benadering is hoe je het gewicht van een belang zou moeten *kwantificeren*. Hoe bepaal je *de mate* van onaanvaardbaarheid bij regeltoepassing en *de mate* waarin het belang van de rechtszekerheid wordt geschonden? Welnu, waar het gewicht van de afzonderlijke belangen niet kan worden gemeten, valt ook niets af te wegen.

Naar mijn mening gaat de rechter hier te werk volgens de vergelijkingsmethode: hij weegt niet de tegengestelde belangen af, maar hij weegt de mogelijke beslissingen

⁸ G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, bewerkt en van een nabeschoouwing voorzien door mr. T. Koopmans, vierde druk, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink [1963] 1999, p. 110 e.v.

af. Hij vergelijkt dus het hypothetische geval waarbij hij afwijzend op de vordering beslist met het hypothetische geval waarbij hij de vordering toewijst. Hij vraagt zich af waarom hij de beslissing bij toewijzing van de vordering billijker of rechtvaardiger vindt dan wanneer hij de vordering zou afwijzen.

Net als bij de vergelijkingsmethode van Wiarda, kan de rechter door vergelijking van beide hypothetische beslissingen nagaan welke feiten of omstandigheden in het voorliggende geval redengevend zijn voor zijn intuïtieve oordeel dat het belang van de nabestaanden zwaarder dient te wegen dan dat van de voormalige werkgever. Dit zijn dan de feiten of omstandigheden die we in het arrest van de Hoge Raad terugvinden als gezichtspunten die bij een dergelijke beslissing in de overweging moeten worden betrokken.

Het gewicht van de belangen wordt dus niet vastgesteld door weging van de belangen. De bepaling van hun onderlinge gewicht vormt eigenlijk niet meer dan het sluitstuk van het afwegingsproces. Als de rechter eenmaal heeft vastgesteld dat die feiten en die omstandigheden beslissend zijn voor toewijzing van de vordering, dan is het oordeel dat het belang van de nabestaanden meer gewicht heeft dan het belang van de rechtszekerheid niet meer dan een vaststelling achteraf.

Geschillen waarin grondrechten, beginselen of belangen botsen worden opgelost door vergelijking van *hypothetische beslissingen*. Als we hier de metafoor van de weegschaal willen gebruiken, dan lijkt het juister om te stellen dat de rechter niet de *belangen* van beide partijen in de schalen plaatst, maar dat hij in de ene schaal het geval bij afwijzende beslissing plaatst en in de andere schaal het geval bij toewijzing en dat hij nagaat of er juridisch relevante omstandigheden zijn die zijn intuïtieve oordeel over de meest billijke beslissing rechtvaardigen. De rechter beslist, zouden we kunnen zeggen, niet door belangenafweging, maar door *gevalsafweging*.

Het verschil tussen wat ik zojuist gevalsafweging heb genoemd en de vergelijkingsmethode van Wiarda lijkt mij vooral gradueel. Bij de gevalsafweging gaat men uit van *hetzelfde* geval, maar dan afwijkend beslist; bij de vergelijkingsmethode gaat men uit van *varianten* van het betreffende geval, varianten waarbij de beslissing onmiddellijk evident is. Van de vergelijkingsmethode zal pas gebruik worden gemaakt als de rechter met een geval te maken heeft waarbij niet duidelijk is wat de doorslaggevende grond is om het ene belang of het andere belang te laten prevaleren: dan kan de vergelijking met imaginaire buurgevallen behulpzaam zijn om het beslissende gezichtspunt te vinden.

6. Legitimatie van de belangenafweging in retrospectief

Tegen beide methoden zou als bezwaar kunnen worden aangevoerd dat het accent hier wel erg sterk ligt op de intuïtie van de rechter. Zeggen beide methoden eigenlijk niet dat de rechter naar een bepaalde beslissing *toe redeneert*, eenvoudigweg omdat hij de ene beslissing billijker of rechtvaardiger vindt, zodat de rechter niet oordeelt op grond van juridische overwegingen, maar op basis van persoonlijke appreciatie?

Ik denk dat deze kritiek voorbijgaat aan de complexe wisselwerking die bestaat tussen het rechtssysteem en onze waardeoordelen. In moeilijke gevallen zullen verschillende rechters tot verschillende oplossingen komen – de praktijk van de dissenting opinion in de Verenigde Staten toont dit ondubbelzinnig aan. Het recht is in die zin onderbepaald: in moeilijke gevallen zijn verschillende oplossingen verdedigbaar en waar niet het rechtssysteem tot een beslissing dwingt, geven

waarschijnlijk persoonlijke overwegingen de doorslag. Maar dat betekent niet dat de verschillende rechters van het college niet de oprechte overtuiging hebben dat zij ook de beste *juridische* argumenten voor hun opinie hebben en dat die overtuiging kan samengaan met de erkenning dat andere rechters tot een ander oordeel kunnen komen en óók overtuigd zijn daarvoor goede juridische redenen te hebben.

Dat lijkt tegenstrijdig, maar ik denk dat dit op de volgende manier kan worden verklaard. Enerzijds komen wij tot een bepaald dilemma, omdat wij het recht op een bepaalde manier begrijpen. Wij vinden in de wetgeving, de jurisprudentie en de rechtsontwikkeling argumenten voor en tegen een bepaalde rechtsbeslissing. Het rechtssysteem is dus altijd bepalend voor de redenen die naar ons gevoel een rechtvaardiging bieden voor de ene of andere beslissing. Anderzijds wordt onze *lezing* van het recht bepaald door wat wij billijk en rechtvaardig vinden: als wij een bepaalde beslissing billijker achten, dan achten we ook de argumenten vóór die beslissing sterker. En dat heeft weer gevolgen voor de manier waarop we het recht begrijpen. We zullen de wet, de jurisprudentie en de rechtsontwikkeling immers altijd zó lezen, dat dit zoveel mogelijk in overeenstemming is met de beslissingen die wij juist achten. Daarom kunnen we het *gevoel* hebben dat de beslissing niet zozeer wordt ingegeven door persoonlijke appreciatie, maar door het recht zelf, een gevoel dat vervolgens kan worden onderbouwd met behulp van juridische argumenten die naar onze oprechte overtuiging ook de beslissing rechtvaardigen.

Het lichte overwicht dat de beslissing in concreto op het systeem heeft is door Scholten beeldend verwoord met zijn karakteristiek van het recht als een ‘open systeem’:

[H]et recht [vormt] ongetwijfeld een systeem, een geheel van logisch passende regelingen. Maar een systeem dat niet, omdat het gebrekkig mensenwerk is, hier en daar hiaten vertoont, maar dat uit zijn aard niet af is en niet af zijn kan, omdat het grondslag is van beslissingen, die aan het systeem zelf iets nieuws toevoegen.⁹

Vatten we het bovenstaande samen, dan luidt de paradoxale conclusie dat de beslissingen worden gedragen door het recht, maar dat het recht wordt gedragen door de beslissingen. Die paradox heeft het recht trouwens gemeen met andere sociale verschijnselen, zoals de spellingsregels. Iemand die van die spellingsregels afwijkt, maakt een fout, maar als we er allemaal van afwijken, is het geen fout meer. Dat is een andere manier om te zeggen dat het recht en de spellingsregels institutionele feiten zijn: het zijn zelfdragende constructies. Of, indien we het recht vergelijken met een huis, dan zouden we, met Wittgenstein, kunnen zeggen dat het fundament ervan door het hele huis wordt gedragen.

Weegschaal, het gewicht van belangen, belangenafweging. Het zijn termen die in het taalspel van het recht een eigen betekenis hebben. Laten wij vooral niet zoeken naar de overeenkomsten in de manier waarop de apotheker de balans gebruikt en de manier waarop de jurist dat doet. We doen er beter aan om de metafoor van de belangenafweging maar gewoon te vergeten en nauwgezet te bestuderen wat de rechter *doet* als hij te maken heeft met botsende beginselen of grondrechten. De andere bijdragen in dit themanummer zullen ons daarover, ieder op hun eigen vakgebied, verder inlichten.

⁹ Scholten 1974, p. 76.

