

Rechtsvinding bij Daan Asser: moderne rechtstoepassing volgens het klassieke syllogisme

M.E. Bruning¹

1. Daan Asser: algemeen en bijzonder met voortdurend oog voor klassiek en modern

Wie aan het civiele bewijsrecht denkt, denkt aan de standaardwerken van W.D.H. (Daan) Asser. Wie in de procespraktijk snel wil doorgronden hoe materieelrechtelijk de bewijslastverdeling in specifieke situaties is, raadpleegt Assers gelijknamig handboek. Wie het fijne wil weten van de historische en grensoverschrijdende dimensies in het bewijsrecht grijpt naar zijn Asser-deel uit de Asser-serie. Wie de rechtspraak van de Hoge Raad over bewijsrechtelijke leerstukken wil kunnen plaatsen, leest de instructieve, op de praktijk toegeschreven, noten van ‘DA’ in de *NJ*.² In het driemanschap deed Asser samen met Bart Groen en Jan Vranken in hun interimrapport ‘Een nieuwe balans’ (2003) en eindrapport ‘Uitgebalanceerd’ (2006)³ aanbevelingen voor een fundamentele herbezinning op het burgerlijk procesrecht en vernieuwingen van het bewijsrecht. De toen aangekondigde modernisering van het civiele bewijsrecht heeft Asser in de expertgroep samen met Fred Hammerstein en Ruth de Bock verder uitgewerkt tot adviezen aan de wetgever, die de zaaksbehandeling en inhoudelijke afdoening door de civiele rechter moeten verbeteren.⁴ Intussen bereidt de beroepsopleiding stagiairs voor op deze verbeteringen in ons bewijsrecht.

Daan Asser is zo een personificatie van het moderne civiele bewijsrecht. Zijn blik vooruit houdt steeds oog voor de bruikbaarheid van het bewijsrecht in de praktijk van advocaten en rechters, maar houdt daarbij dan nauwlettend de geschiedenis in de gaten waarop ons rechtssysteem rust. Asser is alles in één: magistraat met klassieke uitstraling en wetenschapper met toekomstvisie. Daan Asser is, naast klassiek en modern, ook een personificatie van algemeen naar bijzonder. Als lid van de rechtsprekende macht was hij vertrouwd met het ‘syllogisme’ als redeneerschema om in concrete gevallen door toepassing van algemene regelgeving tot een uitspraak te komen. Als advocaat-generaal wees Asser na invoering van de Wet Bopz in 1994 met richtinggevende conclusies de Hoge Raad de weg naar verduidelijking en fundamentele verbetering van de wet.⁵ Ook zijn analyses van procesrecht en bewijsrecht als hoogleraar in redevoeringen in Nijmegen en in Leiden gaan over billijke toepassingen van algemene regels in bijzondere gevallen waarbij hij verdere deformalisering van het procesrecht bepleit ten dienste van rechtsverwezenlijking, steeds om de toegang tot de civiele rechter en om het recht op rechterlijk gehoor te waarborgen (‘Salomo’s wijsheid. Hoor en wederhoor: een rechterlijk oor voor partijen’, Nijmegen 1992 en ‘Fair, redelijk en billijk. Over deformalisering in het burgerlijk procesrecht’, Leiden 2000). Hier blijkt mede zijn belangstelling voor het klassieke; als tot tweemaal toe gepromoveerd ‘romanist’ vormt rechtshistorie de basis in zijn manier van denken over de ontwikkelingen van het recht.

¹ Menno Bruning is advocaat bij de Hoge Raad te Den Haag (Lawyers’ Specialist) en docent aan de rechtenfaculteit van de Universiteit Leiden.

² Zie voor een compilatie van zijn NJ-noten ‘De verzamelde annotaties van prof. mr. W.D.H. Asser’, Deventer: Kluwer 2006.

³ <https://docplayer.nl/39530527-Een-nieuwe-balans-interimrapport-fundamentele-herbezinning-nederlands-burgerlijk-procesrecht.html> en <https://www.wodc.nl/onderzoeksdatabase/fundamentele-herbezinning-burgerlijk-procesrecht.aspx>.

⁴ <https://www.njb.nl/Uploads/2017/4/Advies-expertgroep-Modernisering-burgerlijk-bewijsrecht-april-2017.pdf>. De adviezen zijn verwerkt in het op 17 juni 2020 ingediend wetsvoorstel (kamerstuknr. 35 498) houdende een Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en enige andere wetten in verband met de vereenvoudiging en modernisering van het bewijsrecht (Wet vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht).

⁵ Zie o.m. zijn conclusies vóór HR 1 juli 1994, *NJ* 1994/715 en *NJ* 1994/ 723 (geneeskundige verklaring niet ondertekend door geneesheer-directeur); HR 9 december 1994, *NJ* 1995/223 (horen van betrokkene door rechter-commissaris van meervoudige kamer); HR 16 mei 1997, *NJ* 1998/221 (motiveringsplicht van de rechter) en HR 20 juni 1997, *NJ* 1997/625 (hoorplicht).

Deze bijdrage bespreekt de rechtsopvatting van Daan Asser, die ertoe strekt dat het bewijsrecht klassiek én modern is en leidt tot toepassing van het recht dat algemeen met bijzonder verenigt. In zijn werk kent Asser een fundamenteel gewicht toe aan de waarheidsvinding door de rechter, vanuit de opvatting dat alleen een feitelijk volledig geïnformeerde rechter tot juiste rechtspraak komt en kan beslissen over het werkelijke geschil waarvoor partijen zijn tussenkomst inroepen.

Hoe draagt waarheidsvinding dan volgens Asser bij aan de rechtsvinding door de rechter?

2. Rechtsvinding: Assers moderne visie op rechtstoepassing en syllogisme

1. Artikel 11 Wet AB schrijft algemeen voor dat de rechter ‘volgens de wet’ moet rechtspreken, en verbiedt hem daarbij de innerlijke waarde en billijkheid van wettelijke regels te beoordelen. Omdat een rechtsregel rechtsbegrippen pleegt te bevatten, kan volgens Asser de rechter slechts het rechtsgevolg vaststellen en op grond daarvan een ander veroordelen, als de rechter in staat is ‘de feiten onder die begrippen te brengen met als gevolg dat de rechtsregel op die feiten kan worden toegepast’.⁶ Hier toont zich de door Asser genoemde⁷ ‘klassieke benadering van feiten’ in een procedure, waarin voor toepassing van een door een procespartij ingeroepen ‘rechtsregel’ de door het objectief burgerlijk recht aangewezen feiten nodig zijn, welke ‘rechtsfeiten’ de eiser moet stellen en bij betwisting bewijzen. Het gaat dan om de in de artikelen 149, 150 en 166 Rv bedoelde relevante ‘feiten’ waaraan een door partijen ingeroepen ‘rechtsgevolg’ is verbonden en die daardoor bepalend zijn voor de uiteindelijke beslissing van de rechter in een procedure.

2. Rechtstoepassing in standaardgevallen volgt de redeneertrant van het klassieke syllogisme:⁸ de ‘maior’ is de rechtsregel, de ‘minor’ wordt gevormd door de relevante (rechts)feiten en de ‘conclusio’ behelst het rechtsgevolg dat de rechtsregel verbindt aan het bestaan van die feiten.⁹ Het in de syllogistische redenering gemaakte onderscheid tussen *recht* (maior) en *feiten* (minor) waar feiten en regel als premissen logisch-dwingend leiden tot de rechtsbeslissing (conclusio), laat zich onder artikel 11 Wet AB verklaren. Waar bij rechtspraak ‘volgens de wet’ de feiten in een aan de rechter voorgelegd geval zonder meer leiden tot de toepassing van een rechtsregel en het daaraan verbonden rechtsgevolg, vallen voor de rechtsbeslissing relevante feiten samen met de rechtsfeiten in de wet en hoeft de rechter de beslissing niet te rechtvaardigen omdat ‘de wet’ haar als zodanig legitimeert.¹⁰ Zoals Nieuwenhuis heeft benadrukt,¹¹ ‘is het syllogisme een bruikbare vorm om een conclusie te *legitimeren*’. Bij letterlijke wetstoepassing mondt dit uit in een rechterlijke veroordeling van de gedaagde volgens artikel 3:296 lid 1 BW als deze rechtens jegens de eiser verplicht is tot een geven, doen of nalaten. De rechter heeft bij zo’n deductieve wijze van rechtsvinding ten opzichte van de wet geen oordeelsvrijheid en kan alsdan in beginsel

⁶ W.D.H. Asser, *Civiele cassatie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2018, par. 4.7.2 p. 43-44.

⁷ Asser Procesrecht/Asser 3 2017/31.

⁸ Het ‘syllogisme’ is ontleend aan de ‘Analytica priora’ van Aristoteles, waarin hij het ‘apodictische syllogisme’ uitwerkt als instrument van wetenschappelijke deductie die uitgaat van onbetwistbaar ware premissen of axioma’s. In ‘Topica’ behandelt Aristoteles het ‘dialectische syllogisme’ dat is gebaseerd op premissen die alleen maar aannemelijk of waarschijnlijk zijn. Zie nader D. Rijma, ‘De Zutphense Juffrouw – de rechter als automaat?’, *MC magazine* 2019, p. 6-15 (in en bij voetnoot 15). Zie over het syllogisme meer algemeen H.T.M. Kloosterhuis & C.E. Smith, ‘Hoe werkt het juridisch syllogisme?’, *AA* 2019/2, p. 155-158; H. Kaptein, *Logisch? Lereren van drogredeneringen*, Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 28 e.v.; J.E. Soeharno, *Durven denken: inleiding in de logica voor juristen*, Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 29 e.v.; M.J.A.M. Ahsmann, *De weg naar het civiele vonnis*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, par. 7.6; C.E. Smith, *Regels van rechtsvinding*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, par 2.2 e.v. en par. 4.1 e.v.; J.A. Pontier, *Rechtsvinding*, Nijmegen: Ars Aequi 1995, par. 3.2.2, allen met verdere gegevens.

⁹ Zie hier verder m.n. Asser Procesrecht/Asser 3 2017/31; Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 2015/129; R.H. de Bock, *Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure* (diss.), Deventer: Kluwer 2011, par. 1.2 en G. de Groot, ‘Waarheidsvinding in het civiele (proces)recht’, in: *Waarheid en waarheidsvinding in het recht*, preadviezen NJV, Deventer: Kluwer 2012, p. 71-73.

¹⁰ Zie over het legitimeren van de rechtsbeslissing o.m. Smith 2005, par. 4.2 en 4.3.

¹¹ J.H. Nieuwenhuis, ‘Legitimatie en heuristiek van het rechterlijk oordeel’, *RMThemis* 1976, p. 495-515 i.h.b. 498 e.v.

volstaan met beslissen naar de feiten die onder de rechtsregel worden gebracht (subsumptie).¹² Hij treedt dan in de rechtspraak op als wetstoepasser (Wiarda's eerste type van rechtsvinding).¹³

3. Die simpele wijze van kwalificatie van feiten gaat niet steeds op omdat de verhouding tussen recht en feit in de werkelijkheid van de civiele rechtspraak volgens Asser gecompliceerder is:¹⁴

‘Vaak vindt de door een partij voor de rechter ingeroepen rechtsregel zijn weerslag in de selectie van de feiten die in dat kader aan de rechter wordt gepresenteerd. De rechter doet daar zelf aan mee bij de verzameling van feiten door het horen van de partijen tijdens een zitting (comparitie, mondelinge behandeling), het horen van getuigen op basis van een op het ingeroepen rechtsgevolg afgestemd bewijsthema of het formuleren van specifieke vragen aan door hem benoemde deskundigen. Ook de interpretatie van de feiten wordt beïnvloed door de rechtsregel. Feiten komen zelfs onder invloed van de rechtsregel tot stand: contracten die door of met bijstand van een advocaat of notaris worden opgesteld krijgen een nauwkeurig op bepaalde rechtsgevolgen (civielrechtelijke of fiscale) afgestemde inhoud; handelingen vinden plaats met het oog op eventuele rechtsgevolgen (...). Het is dus wel eens de kip-of-ei-vraag: zijn de feiten eigenlijk niet al van tevoren gekwalificeerd en is het dan niet eerder een vraag welke rechtsregel de rechter daarop toepast? (...) hoe vaak wordt de norm niet geformuleerd naar aanleiding van de voorgevallen feiten waarop naar het oordeel van de rechter een reactie van het recht past? Is zo niet eigenlijk alle recht begonnen?’

4. Het beslisschema volgens het klassieke ‘syllogisme’ achten Scholten en onder anderen Nieuwenhuis, Vranken en De Bock daarom dan ook niet steeds toepasbaar en dus niet algemeen houdbaar. Een rechtsbeslissing van de rechter kan volgens Scholten nooit de deductie uit een ‘gesloten’ systeem van rechtsregels zijn omdat het rechtssysteem uit zijn aard niet ‘af’ kan zijn nu het de grondslag is van beslissingen die aan dit ‘open systeem’ iets nieuws toevoegen:¹⁵

‘iedere beslissing (...) is tegelijk toepassing en schepping; er is altijd het oordeel van hem die beslist, dat mede de toepassing bepaalt. (...) In waarheid vinden wij ze door zoveel mogelijk gegevens samen te brengen en dan te beslissen. In de beslissing zit ten slotte altijd een sprong’.

De rechter vindt, aldus Scholten, in een geval niet de rechtsregel gereed liggen, hij moet uit de bestaande abstracte regels de concrete regel vormen die het geval beheerst, waarbij altijd bewust of onbewust de vraag wordt gesteld of het resultaat bevredigt: komt de beslissing in het concrete geval de rechter billijk voor en past zij in het recht om algemene geldigheid te hebben. Volgens Scholten was daarmee het rechterlijk oordeel een op een bevredigend (billijk) resultaat gericht ‘intellectueel en intuïtief zedelijk werk’ waarbij in de uiteindelijke (gewetens)beslissing van de

¹² Asser Procesrecht/Asser 3 2017/31 en 32. Dit zijn volgens Smith 2005, par. 2.6.1 de ‘eenvoudige gevallen’ of ‘clear cases’ (par. 4.1): ‘gevallen die duidelijk onder het toepassingsbereik van een (wettelijke) regel vallen.’ In deze eenvoudige gevallen kan de rechter de beslissing eenvoudig op grond van het syllogisme ‘volgens de wet’ legitimeren of rechtvaardigen (par. 4.2).

¹³ Volgens G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding* (bewerkt door T. Koopmans), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 19-20 ‘zal de rechter, na omtrent die feitelijke geschilpunten tot een conclusie te zijn gekomen, inderdaad door een eenvoudig syllogisme tot zijn beslissing kunnen komen. Wat de rechtsvinding betreft is zijn taak in die gevallen dus volledig heteronoom bepaald. Hij behoeft niet meer of anders te zijn dan ‘spreekbuis van de wet’.’ Zie in deze zin ook o.m. Ahsmann 2011, p. 135; Asser/Vranken, *Algemeen deel*** 1995/85-87 verwijzend naar H. Drion, ‘Functies van rechtsregels in het privaatrecht’, in: *Speculum Langemeijer: 31 rechtsgeleerde opstellen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973, p. 49-61.

¹⁴ Asser 2018, par. 4.7.2, p. 44. Zie over de moeilijkere gevallen uitvoerig Asser/Vranken, *Algemeen deel*** 1995/88-105 en Asser/Vranken, *Algemeen deel**** 2005/71-75. Zie ook Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 2015/131-140; Smith 2005, par. 2.6.1 en Wiarda/Koopmans 1999, p. 20 e.v., 30-33 en 35 e.v.

¹⁵ Asser/Scholten, *Algemeen deel** 1974, p. 76.

rechter steeds een niet te verklaren ‘sprong’ zit, die hij in de motivering moet verantwoorden.¹⁶ Aldus zag Scholten rechtsvinding als iets anders dan enkel maar toepassing van gereedliggende regels op vastgestelde feiten.¹⁷ Anderen betogen ook dat het syllogisme onvoldoende rekening houdt met het dynamische karakter van het proces waarin de vaststelling van voor de beslissing relevante feiten en toepassing van regels met elkaar verweven zijn en de rechter steeds heen en weer gaat tussen de feiten en regels, zodat sprake is van een wisselwerking tussen feit en recht.¹⁸ Dit is volgens Vranken¹⁹ een voortdurend proces van ‘beginnen, bijstellen, toespitsen, opnieuw’ bekijken en uiteindelijk de knoop doorhakken’. Of zoals De Bock dit meer abstract omschrijft:²⁰

‘Het recht conceptualiseert als het ware de feiten. Dit is ook noodzakelijk, omdat de rechter anders niet de brug zou kunnen slaan tussen feiten en rechtsregels, tussen maior en minor. (...) Maar ook het omgekeerde geldt: de rechtsregels moeten geconcretiseerd worden naar de feiten van het geval. Het recht wordt ook gevormd door de feiten. (...) Feiten en recht moeten zo naar elkaar toe worden gebogen.’

Ter verklaring van het rechterlijk denkproces om oplossingen te ‘vinden’, als heuristisch model, was het syllogisme daarom in de visie van Nieuwenhuis volstrekt ongeschikt:²¹ ‘tautoloog; de conclusie bevat slechts informatie die er eerst bij de premissen is ingestopt.’ Inderdaad biedt het redeneerschema van het syllogisme geen verklaring of oplossing in gevallen waar de rechter niet ‘volgens de wet’ kan rechtspreken als de wettelijke regel onduidelijk is, de wet onvolledig is of de wetgeving in haar geheel niet een rechtstreeks toepasselijke regeling inhoudt (zwijgt). Volgens De Bock komt deze problematiek vooral duidelijk naar voren als de wetgever het aan de rechter overlaat om het ‘geschreven’ recht aan te vullen met ongeschreven recht.²²

‘(...) wanneer een rechtsregel een open norm bevat, zoals redelijkheid en billijkheid, of onredelijke bezwaardheid. Dergelijke begrippen moeten van geval tot geval worden ingevuld, aan de hand van alle concrete omstandigheden van het geval. De rechtsregel of rechtsnorm geeft dan zelf geen uitsluitsel over de te nemen beslissing; de beslissing moet worden gevonden in de feiten. De feiten maken als het ware zelf deel uit van de rechtsnorm.’

Hier treedt de rechter op als ‘beslissers naar billijkheid’ (Wiarda’s derde type van rechtsvinding).

5. Zoals Asser hen tegenwerpt,²³ dient de rechter binnen de kaders van het recht zijn beslissing nog steeds te rechtvaardigen en gebruikt hij daarvoor – net als in de ons omringende landen²⁴ – het door het wettenrecht aangereikt *syllogistisch* beslisschema (maior, minor en conclusio):

¹⁶ Asser/Scholten, Algemeen deel* 1974, p. 76.

¹⁷ Asser/Scholten, Algemeen deel* 1974, p. 6 e.v. en nader 120-124.

¹⁸ Asser/Vranken, Algemeen deel** 1995/106-111 i.h.b. 108: ‘Aldus gezien pendelt de rechter heen en weer tussen de feiten in het procesdossier, tussen datgene dat hij procesrechtelijk mag of moet – overigens zowel ten aanzien van de feiten als ten aanzien van het juridisch beoordelingskader – en tussen de materieelrechtelijke normen die hij in het concrete geval wil toepassen.’

¹⁹ Asser/Vranken, Algemeen deel** 1995/ 109.

²⁰ De Bock 2011, p. 7.

²¹ Nieuwenhuis 1976, p. 498 e.v.

²² De Bock 2011, p. 7. Zie hierover nader recent bijv. R. Klaar, ‘De toepassing van materieelrechtelijke open normen door de feitenrechter’, in: L.E. de Groot-van Leeuwen e.a., *Het verhaal van de rechter. Over de plaats van de rechter in literatuur, samenleving en rechtszaal. Liber amicorum voor prof.mr. J.D.A. den Tonkelaar* (Staat en Recht nr. 38), Deventer: Wolters Kluwer 2018, par. 14.

²³ Asser Procesrecht/Asser 3 2017/31.

²⁴ Zie voor Frankrijk het rapport *Le rôle normatif de la Cour de cassation*, Étude annuelle 2018, p. 208-214 en 319. Zie voor België nader W. van Gerven, *Algemeen deel*, in: ‘Beginselen van Belgisch Privaatrecht’ (R. Dillemans en W. van Gerven, red.), Antwerpen/Utrecht: Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij 1973, nrs 2-7 en 15-19. Zie nader M. van der Haegen, *Het Hof van Cassatie als lichtbaken van het Belgische rechtsbestel* (diss.), Universiteit Gent 2019, par. 3.3.1. Zie voor

‘Langs welke weg het rechtsvindingsproces zich ook heeft voltrokken en met welke sprongen ook, als de rechter een oordeel geeft over de rechtsgevolgen in de procedure, komt hij, als hij zijn beslissing formuleert en motiveert – een scherpe grens is hier niet te trekken – bij het syllogisme terecht. Dat de rechter de rechtsregel zelf heeft geformuleerd, daartoe geleid door de feiten en de door hem rechtvaardig geachte uitkomst – dus met het oog op het door hem rechtvaardig geoordeelde rechtsgevolg –, maakt dat niet anders, integendeel [dit] bewijst alleen maar het primaat van het syllogisme’.

Het primaat van het syllogisme neemt Asser terecht als uitgangspunt van ons rechtssysteem, waarbinnen de rechter op grond van geschreven en ongeschreven recht tot zijn beslissing komt. Dit is immers verklaarbaar vanuit de algemene bepaling van artikel 11 Wet AB dat de rechter ‘volgens de wet’ moet rechtspreken,²⁵ en de hoofdregel van artikel 3:296 lid 1 BW dat degene die verplicht is iets te geven, te doen of na te laten, door de rechter daartoe wordt veroordeeld op vordering van de gerechtigde. Die hoofdregel dwingt namelijk de rechter tot het in dit artikel neergelegd syllogistisch beslisschema en vormt zo hét fundament in de wet voor het syllogisme.

6. Asser kan dus worden nagezegd dat het een misverstand is om te denken dat dit schema geen algemene gelding meer zou hebben omdat de rechtsregel en de rechtsgevolgen niet steeds vaste gegevens zouden zijn.²⁶ Volgens de tekst in artikel 3:296 lid 1 BW vormt de tussen de partijen als schuldeiser en schuldenaar geldende ‘rechtsnorm’ het vertrekpunt voor de rechtstoepassing en uiteindelijke beslissing van de rechter: wat is de rechtsnorm (maior), normschending (minor) en rechtstoestand naar rechtsgevolg (conclusio). Volgens dit moderne beslisschema is de tussen geding voerende partijen geldende *rechtsnorm* wel a priori een vast gegeven. Deze rechtsnorm wordt echter niet pas in het proces geformuleerd met het oog op de rechtvaardig geachte reactie op de feiten die zich zouden hebben voorgedaan. De ‘wisselwerking tussen feit en recht’ ziet op de vaststelling van de rechtsnorm,²⁷ de door de eiser feitelijk onderbouwde normschending en het daaraan verbonden rechtsgevolg dat hij op de voet van artikel 3:296 lid 1 BW inroept. Niet de tussen partijen geldende en reeds bestaande rechtsnorm wordt door de rechter ingevuld met het oog op een rechtvaardig geachte reactie op de feiten. Ook formuleert de rechter niet een nieuwe rechtsregel ‘(...) geleid door de feiten en de door hem rechtvaardig geachte uitkomst’. De rechter moet volgens de wet rechtspreken, mag niet treden in beoordeling van de innerlijke waarde of billijkheid van wettenrecht en mag niet zelf recht ‘scheppen’ (art. 11 en 12 Wet AB). Buiten de kaders van geldend wettenrecht kan de rechter daarom niet ‘nieuw’ recht scheppen.²⁸ Het is niet een ‘sprong naar nieuw recht’, zoals Vranken schrijft,²⁹ waar de rechter vaststelt dat een in het verleden geldende rechtsnorm niet meer strookt met gewijzigde maatschappelijke opvattingen en behoeften op grond waarvan de gelding van de norm onwenselijk wordt geacht.

Duitsland o.m. J.C. Joerden, *Logik im Recht. Grundlagen und Anwendungsbeispiele*, Berlin Heidelberg: Springer-Verlag 2010, p. 327 e.v.; Ch. Fischer, *Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht*, Jus Privatum 123, Tübingen: Mohr Siebeck 2007, p. 131 e.v., allen met verdere gegevens.

²⁵ Smith 2005, par. 2.3 en 2.7; Asser/Vranken, *Algemeen deel*** 1995/78-80. Zie ook P.J.P. Tak, *Rechtsvorming in Nederland. Een inleiding*, Heerlen: Open Universiteit; Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1994, p. 268-270.

²⁶ Asser *Procesrecht*/Asser 3 2017/31.

²⁷ Asser/Vranken, *Algemeen deel*** 1995/106.

²⁸ Art. 12 Wet AB verbiedt de rechter om uitspraken te doen ‘bij wege van algemeene verordening, dispositie of reglement’. Zie o.m. 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. 22-29, 28-29; J.H. Nieuwenhuis, ‘Wie bepaalt wat recht is in Nederland?’, in: S. van der Schenk (red.), *Menage à trois, de rol van de rechterlijke macht binnen de trias*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 1999, p. 118-129. Zie uitvoerig M.E. Bruning, ‘Over redelijke wetstoepassing en hanteerbaarheid van het Nederlandse privaatrecht. Mogelijkheden en grenzen in de rechtsvormende rechtspraak op grond van de billijkheid’, in: R. de Graaff e.a. (red.), *Rechtsvorming door de Hoge Raad*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2016, p. 75-108 met verdere gegevens.

²⁹ Asser/Vranken, *Algemeen deel*** 2005/ 17-21 i.h.b. 19.

Het gaat ook dan om de rechterlijke beoordeling naar de ‘billijkheid’ (rechtvaardigheid) van het aan de normschending verbonden rechtsgevolg onder de omstandigheden – en dus naar het moment – van het concrete geval dat ter beslissing aan de civiele rechter wordt voorgelegd.³⁰

7. Asser benadrukt daarom terecht³¹ dat de door Scholten en Vranken bedoelde ‘sprong’ in de oordeelsvorming in gevallen van ongeschreven recht door de rechter wordt gemaakt omdat hij de toepasselijkheid en toepassing van een regel afstemt op de feiten van het voorgelegde geval. Ook bij dit afstemmingsproces gaat hij syllogistisch te werk: van ‘premissen’ naar rechtsgevolg. Eerst is sprake van het ‘vinden’ door de rechter van de tussen de partijen geldende rechtsnorm. Deze rechtsnorm staat centraal in de beoordeling van de rechter volgens artikel 3:296 lid 1 BW. In de woorden van Scholten laat deze rechterlijke oordeelsvorming zich dan omschrijven als: ‘De rechtsnorm is er doch moet nog worden gevonden’. Echter, met deze ‘normvinding’³² is de rechter nog niet gekomen tot zijn eindoordeel over wat tussen partijen rechtens heeft te gelden. In niet-geregelde gevallen vormt de rechter niet steeds deductief uit abstracte regels de concrete regel die tot het bevredigend resultaat leidt,³³ maar moet hij in de ‘zedelijkheid’ (billijkheid of zorgvuldigheid, betamelijkheid; publieke moraal)³⁴ inductief normen vinden van ongeschreven recht dat past in het wettelijke stelsel en aansluit bij de daarin geregelde gevallen (reductie).³⁵

8. Volgens Asser³⁶ mag men het rechtsvindingsproces dat leidt tot de beslissing van de rechter, niet verwarren met de formulering van het resultaat in zijn rechtsoordeel en rechtsbeslissing. De in een concreet geval toepasselijke regel en geldende rechtsnorm worden niet achteraf door de rechter geformuleerd en ingevuld.³⁷ Dit strookt met de door de rechtspraak van het EHRM gestelde eis dat het recht voor deelnemers (burgers) aan het maatschappelijk verkeer ‘voldoende kenbaar’ is en de rechtsnorm voldoende precies is (geformuleerd), zodat men zijn gedrag op

³⁰ Sprekend voorbeeld vormt de toepassing van de hardheidsclausule van art. 282a Rv bij een te late betaling van griffierecht. Volgens de in art. 3 lid 4 Wgbz neergelegde (heteronome) rechtsnorm moeten aanleggers ervoor zorgen dat griffierecht binnen 4 weken na het aanbrengen van de zaak is bijgeschreven op de rekening van het gerecht dan wel gestort ter griffie van het gerecht. Niet-ontvankelijkverklaring als aan normschending verbonden rechtsgevolg (wettelijke sanctie) blijft dan achterwege indien de rechter oordeelt dat dit in de gegeven situatie gelet op het belang van een of meer van de partijen bij toegang tot de rechter leidt tot een onbillijkheid van overwegende aard (art. 282a lid 2 Rv). Zie hier o.m. HR 4 november 2011, *NJ* 2012/170-172; HR 16 maart 2012, *NJ* 2012/275; HR 18 december 2015, *NJ* 2016/33 en HR 2 juni 2017, *NJ* 2017/241.

³¹ Asser *Procesrecht*/Asser 3 2017/31.

³² Zie voor deze term o.m. annotator Bouman onder HR 5 oktober 1979, *VR* 1980/28.

³³ Asser/Scholten, *Algemeen deel** 1974, p. 12.

³⁴ Parl. Gesch. Bk 6, p. 71: ‘Aangenomen mag worden dat bij de woorden “redelijkheid-zorgvuldigheid” is gedacht aan de zorgvuldigheid die het betaamt in het maatschappelijk verkeer jegens een ander in acht te nemen, en derhalve op het ongeschreven recht, bedoeld in artikel [6:162] lid 2. (...) Buiten het terrein van verbintenissen, overeenkomsten en andere rechtsverhoudingen als boven bedoeld, gelden in beginsel niet de eisen van redelijkheid en billijkheid, maar de betamelijkheid van artikel [6:162] lid 2. Voor wat betreft de rechtsgevolgen zal het overigens weinig verschil maken (...)’ Zie ook de T-M, Parl. Gesch. Bk 6, p. 614-616: ‘gedragingen die sedert 1919 als onrechtmatig worden beschouwd op grond van het ongeschreven recht; men denke met name aan handelingen in strijd met de normen waarnaar in het handelsverkeer een koopman zich tegenover een andere koopman of een fabrikant rechtens heeft gedragen. (...) Ook in het bestaande recht wordt aangenomen, dat onder “goede zeden” alleen die normen der moraal worden verstaan, welke door de maatschappij als rechtsnormen worden aanvaard, dus als normen die men niet alleen volgens het geweten maar ook rechtens moet naleven; en dat het overtreden van een in een bepaalde groep erkende norm van beroepsethiek alleen dan een onrechtmatige daad oplevert, indien de norm tevens als een regel van ongeschreven recht kan gelden.’

³⁵ Vaste rechtspraak sinds HR 30 januari 1959, *NJ* 1959/548, zoals bevestigd in o.m. HR 12 mei 1999, *NJ* 2000/170. Zie ook Parl. Gesch. Bk 6, p. 14 en 15 waar de regering in de toelichting op het rapport aan de Koningin over rechterlijke rechtsvorming de dynamiek van objectief recht en de noodzaak van een elastische regeling en rechterlijke vrijheid onderkende en benadrukte dat de rechter moet blijven binnen deze in het arrest Quint/te Poel (*NJ* 1959/548) bepaalde grenzen en leemten in de wet kan aanvullen door ‘analogische’ rechtsvinding volgens Wiarda’s vergelijkingsmethode (zie Wiarda/Koopmans 1999, p. 107-116).

³⁶ Asser *Procesrecht*/Asser 3 2017/31.

³⁷ Zie in deze zin ook HR 6 december 2013, *NJ* 2014/167: ‘Het gaat dus om kennis en inzicht die zij – niet achteraf beoordeeld, maar beoordeeld naar de omstandigheden ten tijde van haar handelen en besluitvorming – ‘behoorde te hebben’ teneinde daarop haar handelen en besluitvorming te kunnen baseren.’ Zie over de moeilijkheid bij de vaststelling van gedragsnormen zonder een deugdelijke feitelijke grondslag nader Asser/Vranken, *Algemeen deel* *** 2005/46.

die concrete rechtsnorm kan afstemmen.³⁸ Zoals Scholten benadrukte, gaat het bij de beslissing uiteindelijk om de vraag wat het meest rechtvaardig en bevredigend resultaat van een zaak is. Dit gaat dan niet over de vraag wat de toepasselijke ‘regel’ is, maar ziet op de oordeelsvorming over de billijkheid van het door de procespartij aan de normschending verbonden rechtsgevolg: komt de te geven rechtsbeslissing in concreto billijk voor en past deze beslissing in het recht. Het resultaat van rechterlijke oordeelsvorming kan met Scholten ook wel rechtsvinding worden genoemd omdat de rechter met zijn beslissing vindt wat tussen partijen rechtens heeft te gelden. De rechtsbeslissing van de rechter is enerzijds een bevestiging van het geldende objectieve recht zoals dat zich in de werkelijkheid, feitelijk, verwezenlijkt ‘in’ de rechtsbetrekking van partijen. Bij toewijzing van het gevorderde van de gerechtigde is de beslissing anderzijds een vaststelling van het subjectief recht van de eiser en de daarmee corresponderende rechtsplicht van de ander, waarvan naleving juist wordt afgedwongen door inroeping van de tussenkomst van de rechter. De rechtsbeslissing bepaalt de rechtstoestand waarover partijen buiten rechte het oneens waren. Daarmee is de rechtsbeslissing van de rechter, als syllogistische resultante, rechtstoepassing.³⁹

‘De rechtsvorming, die pas is voltooid als het rechterlijk oordeel definitief is bekend gemaakt, is dus steeds het resultaat van toepassing van het recht op de feiten en de rechterlijke beslissing – het geformuleerde en uitgesproken oordeel – is steeds gegoten in de vorm van het syllogisme.’

Asser heeft hier waarschijnlijk het oog op het bepaalde in artikel 3:296 lid 1 BW, dat de rechter een syllogistisch beslisschema voorschrijft om tot zijn rechtsbeslissing te komen of de gedaagde op vordering van de eiser als gerechtigde wordt veroordeeld iets te geven, te doen of na te laten.

9. Op grond van de hoofdregel in artikel 3:296 lid 1 BW leidt ‘stellen en bewijzen’ syllogistisch, in beginsel, tot de rechtstoepassing in een beslissing van de rechter. Volgens Asser bestaat er geen scheiding tussen bewijslevering en de rechtstoepassing: ‘bewijzen is rechtstoepassing’.⁴⁰ In het kader van rechtstoepassing is alle informatie voor de beslissing van de rechter van belang. Deze relevantie wordt bepaald door de volgens het objectieve recht toepasselijke rechtsregels die de materiële rechtsverhouding van partijen beheersen (artt. 149 lid 1, 150 en 166 lid 1 Rv):⁴¹

‘(...) De opvatting van de rechter over de inhoud, strekking en reikwijdte van de (eventueel) toepasselijke rechtsregels beïnvloedt de beslissing over de relevantie van de gepresenteerde informatie, vervolgens moet de rechter beslissen of, en zo ja, welke van de relevant geoordeelde informatie vaststaat (bij tegenspraak is bewezen), waarna de rechter komt tot een waardering van die informatie in het kader van de rechtstoepassing (kwalificatie van die informatie), waarbij zijn eerder genoemde rechtsopvatting die waardering beïnvloedt. En als wordt bedacht dat de informatie meer dan eens de inhoud, strekking en reikwijdte van de rechtsnorm bepalen, dan kan de conclusie geen andere zijn dan dat stellen en bewijzen nauw verbonden zijn met de rechtsvorming en rechtstoepassing. Het bewijsoordeel is rechtstoepassing.’

De rechter moet door alle partijen ‘volledig en naar waarheid’ worden voorgelicht (art. 21 Rv) om de tussen hen geldende rechtsnorm te kunnen vaststellen en ‘volgens de wet’ te oordelen en beslissen over de ‘billijkheid’ van het aan normconform gedrag of normschending verbonden

³⁸ Zie in deze zin o.m. EHRM 20 november 1989, NJ 1991/738; EHRM 11 januari 2000, NJ 2001/74. Zie in lijn met deze rechtspraak hier m.n. HR 2 mei 2003, NJ 2004/80 (Breekijzer) en HR 20 december 2019, NJ 2020/41 (Urgenda): ‘(...) of voldoende objectieve gronden bestaan waaraan in het gegeven geval een concrete norm kan worden ontleend’.

³⁹ Asser Procesrecht/Asser 3 2017/31 slot.

⁴⁰ Asser Procesrecht/Asser 3 2017/28.

⁴¹ Asser Procesrecht/Asser 3 2017/28.

rechtsgevolg in de door partijen aangevoerde feiten en omstandigheden van het concrete geval. De rechter moet de materiële rechtsbetrekking in geschil in de feitelijke werkelijkheid bepalen. Rechtsvinding en waarheidsvinding vallen volgens Asser samen en leiden tot rechtstoepassing.

10. Artikel 21 Rv behelst in de bedoeling van de wetgever aldus een algemene ‘norm die vorm geeft aan de taakverdeling tussen de rechter en partijen met betrekking tot de *fact-finding*’.⁴² Deze wetsbepaling bevestigt de rechtsontwikkeling waarin in toenemende mate wordt getracht te bevorderen dat de beslissing van de rechter zoveel mogelijk recht doet aan de werkelijkheid.⁴³ Daarvoor mag hij, binnen het kader van de door de partijen autonoom verkozen en in het proces geschapen feitelijke grondslag (art. 24 Rv), bij zijn beslissing op die grondslag overeenkomstig de waarheid acht slaan op hetgeen is komen vast te staan van wat partijen hebben aangevoerd.⁴⁴ De Latijnse rechtspreuk ‘*Da mihi facta, dabo tibi ius*’ (geef mij feiten, dan geef ik u het recht), heeft Asser in 2006 als volgt uitgewerkt voor het moderne civiele procesrecht en bewijsrecht:⁴⁵

‘Informatieplichten van partijen worden daarom steeds belangrijker en de rechter wordt actiever. (...) Knopen doorhakken kan altijd nog, maar de knoop ontwarren verdient de voorkeur. Van een op de toepassing van de ingeroepen rechtsregel gerichte selectie van feiten moet men toe naar een op de ontwarring van de knoop gerichte informatie-uitwisseling. Dat bevordert zowel *procedural* als *substantial fairness*: een behoorlijk proces. (...) En als er beslist wordt, komt men zo tot een meer faire beslissing, want nu dicteert de rechtstoepassing niet al a priori de selectie van feiten, maar komt zij in dienst te staan van de beëindiging van wat het eigenlijke conflict tussen de partijen is. En zo wordt dan ook op een betere manier recht gevormd. Door de open normen krijgt de civiele rechter ook steeds meer de kans het zo te vormen en te ontsnappen aan het keurslijf van het syllogisme en de strenge feitenselectie. Daarop moeten allen inspelen. Waarheidsvinding is dus uiteindelijk rechtsvinding in de eigenlijke zin van het woord. En daarin zijn de partijen niet ‘autonoom’.’

Hier bouwde hij voort op de heersende rechtsopvatting bij Vranken⁴⁶ en Van den Reek⁴⁷ over mededelings- en exhibitieplichten voor procespartijen, zoals neergelegd in de wet van 2002 en uitgewerkt in de rapporten van het driemanschap ‘Een nieuwe balans’ en ‘Uitgebalanceerd’.⁴⁸ Inzet van het civiele proces op tegenspraak is immers de rechterlijke beslechting bij een partijen bindende beslissing van de *werkelijke* ‘rechtsbetrekking in geschil’. De door partijen verstrekte achtergrondinformatie over hun rechtsbetrekking zal de rechter een volledig(er) beeld en inzicht moeten verschaffen van onderliggende relevante feiten en omstandigheden om de rechtsstrijd van partijen te beslechten door te beslissen wat rechtens heeft te gelden, of anders gezegd, wat de bestaande rechtstoestand is. Om de rechterlijke vaststelling van de verhouding van de rechten en de verplichtingen in hun rechtsbetrekking aanvaardbaar te doen zijn als een partijen bindende beslissing die hun rechtsstrijd beëindigt, is voor de rechtsverwezenlijking bij de rechter cruciaal en van groot belang dat de rechter zoveel mogelijk beslist op grond van de materiële waarheid.⁴⁹ Met de algemene stelplicht volgens de in artikel 21 Rv bedoelde waarheidsplicht dragen partijen

⁴² Nota, Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 151.

⁴³ MvA I, Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 152.

⁴⁴ MvA I, Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 153.

⁴⁵ Zie W.D.H. Asser, ‘Factfinding in het civiele proces: een andere invalshoek’, in: *Partijautonomie of materiële waarheid?* (W.D.H. Asser, L.J.A. Damen en G. Knigge red.), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 15-20 i.h.b. 19.

⁴⁶ Asser/Vranken, Algemeen deel** 1995/19-29 (informatieplichten van partijen).

⁴⁷ W.A.J.P. van den Reek, *Mededelingsplichten in het burgerlijk procesrecht: Beschouwingen over de verhouding tussen de rechter en de partijen en tussen partijen onderling naar Nederlands en Engels recht* (diss.), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, met J.B.M. Vranken als promotor in Tilburg.

⁴⁸ Zie de aanbevelingen van het Interimrapport 2003, par. 13.5 en van het eindrapport Uitgebalanceerd 2006, par. 11.5-11.7.

⁴⁹ Zie de algemene opmerkingen in de MvT, Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 6.

zo – in de woorden van Asser – een gezamenlijk verantwoordelijkheid om ervoor te zorgen dat hun ‘verhalen duidelijk’ zijn voor de rechter om een rechtvaardige beslissing te kunnen geven.

11. Bij rechtstreekse wetstoepassing wijst de wet de voor de rechter relevante informatie aan. Wetstoepassing valt in deze gevallen samen met rechtsvinding en feitengaring (‘fact-finding’). In de gevallen waar de wet onduidelijk of onvolledig is en de rechter deductief of inductief het toe te passen objectieve recht eerst moet ‘vinden’ om ‘volgens de wet’ recht te spreken, kan het vanwege de artikelen 11 en 12 Wet AB dus niet gaan om – zoals Asser schrijft⁵⁰ – rechtsregels die ‘nog niet bestaan en door de rechter in het gegeven geval moeten worden geformuleerd’. Het toepasselijke recht bestaat al in de rechtsverhouding van partijen maar moet door de rechter worden ‘gevonden’, door vaststelling van de tussen hen geldende rechtsnorm en de beoordeling van de billijkheid van het door partijen onder artikel 3:296 lid 1 BW ingeroepen rechtsgevolg.

12. Mogelijk doelt Asser met zijn constatering dat de rechter door ‘open normen’ meer de kans krijgt om het recht ‘zo te vormen en te ontsnappen aan het keurslijf van het syllogisme en de strenge feitenselectie’, op de beslissingsvrijheid van de civiele rechter om aan de niet-naleving door partijen van hun plicht tot waarheidsgetrouwe informatieverstrekking gevolgtrekkingen te verbinden die hem geraden voorkomt. Inderdaad kan worden vastgesteld dat de civiele rechter sinds 2002 voor waarheidsvinding meer en verdergaande bevoegdheden heeft, die hem in staat stellen ‘autonoom, zelfstandig en eigener beweging’ de werkelijkheid van de hem voorgelegde rechtsbetrekking in geschil te achterhalen. Daarbij zal de rechter in beginsel wel moeten blijven binnen – de grenzen van – de door partijen zelf bepaalde omvang en feitelijke inhoud van hun rechtsstrijd (art. 24, 25 en 149 lid 1 Rv)⁵¹ en zal hij de partijen gelijkwaardig moeten bejegenen met inachtneming van de, mede door artikel 6 EVRM gewaarborgde, fundamentele rechten en rechtsbeginselen van behoorlijke rechtspleging.⁵² Vrije(re) ‘feitenselectie’ mag daarom niet ten koste gaan van procedurele rechten en van andere door de rechter in het proces te respecteren belangen van partijen.⁵³ Binnen dat keurslijf mag hij, in beginsel, zijn bevoegdheden uitoefenen ter verkrijging van feiten, informatie en gegevens die relevant zijn om het geschil te beslechten.

13. Als Asser met zijn constatering dat de rechter door de open normen de kans krijgt het recht te vormen ‘en te ontsnappen aan het keurslijf van het syllogisme en de strenge feitenselectie’, bedoelde dat de rechter bij toepassing van ongeschreven recht niet syllogistisch tot de beslissing komt, gaat dat voorbij aan het bepaalde in artikel 3:296 lid 1 BW. Omdat de rechter ‘volgens de wet’ moet rechtspreken, is hij ook dan verplicht om volgens de door de wet bepaalde selectie van de relevante feiten te onderzoeken en vaststellen of de eiser op grond van het ongeschreven recht gerechtigd is tot het normconforme gedrag van de gedaagde (doen, geven of nalaten), of er sprake is van normschending en of het ingeroepen rechtsgevolg als resultaat rechtvaardig is. Meer algemeen schrijft artikel 3:12 BW de rechter voor met welke gezichtspunten hij rekening

⁵⁰ Asser Procesrecht/Asser 3 2017/28.

⁵¹ Zie o.m. De Bock, p. 83-128 en De Groot 2012, p. 48-50. Zie daartegenover Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016/8 en 9. Zie over deze actuele discussie en de inherente spanning tussen partijautonomie en de materiële lijdelijkheid van de rechter nader Asser/Vranken, Algemeen deel **** 2014/68-70.

⁵² Zie over de invloed van supranationaal recht op het civiele proces nader Asser/Vranken, Algemeen deel **** 2014/71; Asser Procesrecht/Giesen 1 2015/1.4-1.5, 2.2.1, 2.2.4-2.2.5 en Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016/1.2.3 en 1.2.4.

⁵³ Zie bijv. HR 24 juni 2005, *NJ* 2006/46 en HR 10 januari 2002, *RvdW* 2020/133 (aanvulling van de feitelijke grondslag): ‘Het staat de rechter niet vrij zijn beslissing te baseren op rechtsgronden of verweren die weliswaar zouden kunnen worden afgeleid uit in het geding gebleken feiten en omstandigheden, maar die door de desbetreffende partij niet aan haar vordering of verweer ten grondslag zijn gelegd. Daardoor wordt de wederpartij immers tekortgedaan in haar recht zich daartegen naar behoren te kunnen verdedigen.’ Zie in dezelfde zin ook bijv. HR 21 december 2001, *NJ* 2004/34 m.nt. DA (ontoelaatbare verrassingsbeslissing) waar het hof had ‘gehandeld in strijd met het fundamentele beginsel van procesrecht dat partijen over de wezenlijke elementen die ten grondslag liggen aan de rechterlijke beslissing, voldoende moeten zijn gehoord en niet mogen worden verrast met een beslissing van de rechter waarmee zij, gelet op het verloop van het processuele debat, geen rekening behoeften te houden.’

moet houden om vast te stellen wat de redelijkheid en billijkheid in het voorliggende geval eisen:⁵⁴ de in Nederland levende rechtsovertuiging, erkende beginselen en belangenafweging.⁵⁵ Ook andere bepalingen zoals artikel 3:13 (misbruik) en artikelen 6:2 en 6:248 BW (aanvullende en beperkende functie van de billijkheid) reiken de rechter hier dan de wettelijke grondslag aan voor zijn – syllogistisch gevormd – eindoordeel of het ingeroepen rechtsgevolg ‘billijk’ is en onder artikel 3:296 lid 1 BW wel of niet tot veroordeling van de gedaagde zal (moeten) leiden. In zijn jurisprudentie hanteert de Hoge Raad ook gezichtspunten⁵⁶ voor de beoordeling door de rechter van specifieke situaties. Deze gezichtspunten wijzen ten behoeve van de ‘normvinding’ partijen en rechter op de feiten die volgens het toepasselijk ongeschreven recht relevant zijn.⁵⁷ Zoals Knigge, Van Boom en De Keijser in hun onderzoek naar de werking van gezichtspunten concluderen,⁵⁸ is het voor partijen dan verstandig zoveel mogelijk de in hun specifieke situatie relevante feiten aan te voeren, ook waar die feiten geen betrekking hebben op de gezichtspunten maar zij in de voorliggende zaak de achtergrond van het rechtsgeschil van de partijen ‘kleuren’. Dit strookt met de rechtsnorm van artikel 21 Rv dat partijen de rechter volledig en naar waarheid inlichten. Alleen zo kan de rechter doordringen tot het ‘werkelijke’ geschil dat partijen verdeeld houdt en waarvoor de rechterlijke tussenkomst is ingeroepen voor de berechting van hun zaak. Met Asser kan worden geconcludeerd dat waarheidsvinding en rechtsvinding hier samenvallen en leiden tot vaststelling door de rechter van de ‘ware’ rechtstoestand die tussen partijen geldt.⁵⁹

3. Slotbeschouwing en toekomstperspectief

14. Geef de rechter alle feiten dan beslist hij volgens de wet wat tussen partijen rechtens geldt en in de gegeven situatie rechtvaardig is. Zoals Asser in onze Leidse leergang ‘Civiele cassatie’ als ervaringsdeskundige aan de cursisten pleegt voor te houden, zijn de geding voerende partijen (en derden) gehouden de rechter te voorzien van alle relevante ‘feiten, feiten en nog eens feiten’. Ook aan de Hoge Raad zal de context met de ‘sjeu’ van een zaak moeten worden gepresenteerd om in cassatie te laten controleren of de met rechts- en motiveringsklachten bestreden oordelen onder de omstandigheden van het voorgelegde geval rechtens juist en als resultaat ‘billijk’ zijn. Vanuit deze premissen licht Daan Asser ook de cassatietechniek en de taken van de Hoge Raad als cassatierechter toe in zijn AAe-cahier ‘Civiele cassatie’ (2018).⁶⁰ Aan dat boekje ging vooraf zijn preadvies voor de ‘Vereniging met de lange naam’ over ‘Cassatie in civiele zaken’ (2007), waaraan ik in mijn tijd als medewerker van de civiele kamer een bijdrage heb mogen leveren.⁶¹ Onze wegen hadden elkaar in 2005 weer gekruist toen Asser raadsheer in de Hoge Raad werd. Eerder werkten wij tussen 1997 en 1999 samen bij Stibbe in Amsterdam, waar Asser als eerste cassatieadvocaat buiten Den Haag zijn schreden zette op weg naar een landelijke cassatiebalie. Wij treffen elkaar nog geregeld in Leiden, op de rechtenfaculteit of bij onze cassatieopleiding. Voor de rechtswetenschap hoop ik in andere setting te mogen betogen dat, zoals Asser leert,

⁵⁴ Parl. Gesch. Inv. Bk 3, p. 1032, 1035 (‘factoren’; ‘belangrijke gegevens’) en 1036 (‘belangrijke gezichtspunten’). Zie over deze ‘richtlijnen, wegwijzers die kunnen worden gevolgd’ Wiarda/Koopmans 1999, p. 87-92 i.h.b. 90-91 verwijzend naar de ‘topica’ in de Griekse redeneerkunst. Zie ook Smith 2005, par. 4.6.2 en 4.6.3.

⁵⁵ Zie nader Par. Gesch. Inv. Bk 3, p. 1035 (‘factoren’; ‘belangrijke gegevens’). Volgens Smith 2005, p. 135 is de rechter hier daarom niet vrij, omdat hij naar de leest van art. 3:12 BW moet oordelen ‘naar billijkheid’.

⁵⁶ Zoals voor gevaarstelling in HR 5 november 1965, *NJ* 1966/136 (Kelderluik) en voor contractsuitleg in HR 13 maart 1981, *NJ* 1981/635 (Haviltex). Zie hierover J.P. Quist, *Gezichtspunten in het privaatrecht, in het bijzonder het arbeidsrecht* (diss.), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 97-100 en recent Rijpma 2019, p. 14: ‘Gezichtspunten zijn op zichzelf bezien geen regels. Zij benoemen slechts factoren rechtens relevant (kunnen) zijn bij de toepassing van een open norm’.

⁵⁷ Quist 2014, p. 91 e.v. Zie hierover nader o.m. Klaar 2018, par. 14.4 en Kloosterhuis & Smith 2019, p. 159.

⁵⁸ Zie M.W. Knigge, W.H. van Boom en J.W. de Keijser, ‘Minder gezichtspunten, betere sturing? Over de gevolgen van de beperking van het aantal gezichtspunten op juridische oordeelsvorming’, *NTBR* 2018/37 p. 270-279 i.h.b. 279.

⁵⁹ Asser 2006, p. 19.

⁶⁰ Zie hiervoor voetnoot 6.

⁶¹ W.D.H. Asser, ‘Cassatie in civiele zaken (Nederlands recht)’, in: A. de Moor-van Vugt e.a., *De werkwijze van de hoogste rechtscollages. Preadviezen Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 183-230 (voetnoot *).

waarheidsvinding en rechtsvinding op grond van artikel 3:296 lid 1 BW steeds samenvallen, in een door mij nader uitgewerkt beslismodel waarmee kan worden geïllustreerd en verklaard hoe de rechter volgens een modern 'syllogisme' tot zijn beslissing komt en wat de verhouding is in de taakverdeling tussen wetgever en rechter. Klassiek en modern van algemeen naar bijzonder hoop ik dan te verenigen en te verantwoorden.

Daan Asser, 75 jaar een bijzonder veelzijdig man en meer algemeen een vooraanstaand jurist!