



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Wat wil de wetgever?

Smith, C.E.; Kloosterhuis, H.T.M.; Jansen, R.; Polanen, T. van; Sander, D.; Sijtsma, P.

Citation

Smith, C. E., & Kloosterhuis, H. T. M. (2021). Wat wil de wetgever? In R. Jansen, T. van Polanen, D. Sander, & P. Sijtsma (Eds.), *Trouble in de Trias. Bijdragen over de verhoudingen tussen de Nederlandse staatsmachten* (pp. 277-283). Nijmegen: Ars Aequi Libri. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3277134>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3277134>

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

Wat wil de rechter?

Carel Smith & Harm Kloosterhuis

ABSTRACT:

Deze bijdrage betwist de stelling van de auteurs van ‘Over vermeende wetshistorische rechtsvinding en selectieve interpretatie’ dat de rechters tegenwoordig bewust afwijken van de bedoeling van de wetgever en eigen recht vormen. Volgens de auteurs dient de rechter zich primair te richten op de bedoeling van de wetgever, zoals die primair kan worden achterhaald aan de hand van de bewoordingen van de wet. Mocht de grammaticale uitleg onverhoopt onvoldoende richtsnoer bieden, dan zou de bedoeling moeten worden achterhaald met name door bij de *wetshistorie* te rade te gaan. Een dergelijk rechtsvindingsmodel is echter onhoudbaar, zoals reeds door een reeks van rechtsfilosofische scholen rond het begin van de twintigste eeuw is aangetoond. In deze bijdrage wordt betoogd dat het arrest Maring/Assuradeuren, dat door de auteurs wordt aangehaald als voorbeeld hoe de rechter wel te werk dient te gaan, juist de onhoudbaarheid toont van hun rechtsvindingsmodel. Daarnaast wordt in de bijdrage een door de auteurs bekritiseerde uitspraak van de Raad van State geanalyseerd. Anders dan de auteurs betogen wijkt de rechter hier niet bewust af van de wet om eigen recht te vormen.

We horen het de laatste tijd vaker: dat de rechters activistisch zijn en ‘eigen opvattingen’ aan hun beslissingen ten grondslag legt in plaats van recht te spreken ‘op grondslag van de wet’. Aldus ook het schrijverscollectief van de *Opinie* van februari jl. in dit tijdschrift, getiteld ‘Over vermeende wetshistorische rechtsvinding en selectieve interpretatie’.¹ Dat de auteurs tegen activistische rechtspraak zijn niet zo bijzonder: rechterlijk activisme wordt door de meeste juristen verworpen. Bijzonder is dat de auteurs tot hun oordeel van rechterlijk activisme komen op grond van de omstandigheid dat de rechters niet te werk gaan volgens hun rechtsvindingsmodel, dat zij rechtstreeks lijken te hebben ontleend aan het negentiende eeuwse legisme. Volgens de auteurs van de opinie dienen de rechters zich bij de wetsuitleg te richten naar de bedoeling van de wetgever. Die bedoeling valt volgens de auteurs primair te achterhalen aan de hand van de bewoordingen van de wet. Mocht de grammaticale uitleg onverhoopt onvoldoende richtsnoer bieden, dan kan de bedoeling worden achterhaald met name door bij de *wetshistorie* te rade te gaan.²

Ook het legisme beschouwde de grammaticale en wetshistorische uitleg als de eigenlijke methoden van wetsuitleg. Door de binding aan objectieve gegevens—de bewoordingen en de parlementaire geschiedenis—zou de rechter geen oordeel hoeven te vellen over de ‘innerlijke waarde’ of ‘billijkheid’ van de wettelijke bepaling. Dat zou de rechter tot spreekbuis van de wet maken—*bouche de la loi*. En dat sloot goed aan bij de ideologische opvattingen van de negentiende eeuw dat in het teken stond van het primaat van de wetgever.

Hoe houdbaar is dit rechtsvindingsmodel? Onhoudbaar, aldus het eensgezinde oordeel van een reeks van rechtstheoretische stromingen die rond 1900 in Europa en de Verenigde Staten van zich liet horen, zoals *Interessenjurisprudenz*, *libre recherche scientifique* en *Legal Realism*. In Nederland werd vergelijkbare kritiek op het legisme uitgeoefend door invloedrijke rechtsgeleerden als E.M. Meijers en Paul Scholten. Hoe kan het, zo vragen wij ons af, dat deze kritiek op het legisme de auteurs van de *Opinie* niet heeft bereikt? Wie de rechterlijke macht het zware verwijt van rechterlijk activisme maakt, dient dat wel te doen op grondslag van een goed onderbouwd

¹ M. Bruijn, J. Koornstra, B. Roorda, J. Schilder & J. Brouwer, *Ars Aequi* februari 2020, p. 161 (AA20200161).

² Ibid, p. 161.

rechtsvindingsmodel. Paradoxaal genoeg illustreert hun voorbeeld van hoe de rechter dan wél te werk dient te gaan—het arrest *Maring/Assuradeuren* uit 1972—juist de onhoudbaarheid van hun model.

In het arrest *Maring/Assuradeuren* besliste de Hoge Raad dat de artikelen 88 en 89 van het Wetboek van Koophandel, op basis waarvan een onroerende zaak niet tegen herbouwwaarde kon worden verzekerd, hun kracht hadden verloren, zodat hierop voor de rechter geen beroep meer kon worden gedaan. Doorslaggevend voor deze beslissing *contra legem*, aldus de auteurs van de *Opinie*, was niet de verzekeringspraktijk (gewoonte, *usance*) die vrijwel altijd al tegen herbouwwaarde verzekerde, maar het gewijzigde standpunt van de wetgever die in de Pachtwet de verpachter verplichtte tot herbouw van de door brand verwoeste boerderij. Dit arrest toont volgens hen aan dat, ook als de wet achterhaald is door maatschappelijke ontwikkelingen, de rechter zijn beslissingen dient te baseren op de wil van de wetgever, en niet op gewoonte. Maar de Hoge Raad zegt het toch net iets anders (cursivering van ons):

‘dat, waar aldus *niet alleen* de praktijk, maar *ook* de wetgever zich op het standpunt heeft gesteld, dat de artt. 88 en 289, voor zover zij zich tegen dergelijke verzekeringen verzetten, hun kracht hebben verloren, daarop ook voor de rechter geen beroep meer kan worden gedaan.’

Annotator Hymans van den Berg benadrukt dat in dit arrest een regel van dwingend recht door de verzekeringsrechtelijke praktijk opzijgezet is. Weliswaar heeft de Hoge Raad voor zijn beslissing steun gevonden in de Pachtwet, maar dat betekent niet, aldus de annotator, dat de Pachtwet rechtstreeks tot de beslissing leidde, maar dat ‘de wil des wetgevers ook thans weer door een enigszins gewaagde interpretatie [is] gevonden.’

Maar hoe komt de Hoge Raad tot zijn oordeel dat het de ‘wil van de wetgever’ is dat wél tegen herbouwwaarde kan worden verzekerd? Want de bewoordingen van de artikelen 88 en 89 K. zijn niet mis te verstaan: geen verzekering tegen herbouwwaarde. Geen van de partijen in *Maring/Assuradeuren* beroept zich er dan ook op dat die artikelen anders moeten worden gelezen. Ook de Hoge Raad bevestigt expliciet in zijn overwegingen dat dit de bedoeling van de toenmalige wetgever was. Maar de wil van de toenmalige wetgever blijkt voor de Hoge Raad niet doorslaggevend. Het gaat in deze kwestie om de bedoeling van de *huidige* wetgever. De auteurs van de *Opinie* stemmen daarmee in, maar door dat te doen ondergraven zij hun stringente rechtsvindingsmodel. Daarin stellen zij dat het bij wetsuitleg gaat om de wil van de wetgever, zoals die uit de bewoordingen blijkt of uit de wetsgeschiedenis kan worden gereconstrueerd, dus om de wil van de *toenmalige* wetgever. Maar nu blijken er ten behoeve van de rechtsvinding twee varianten van ‘de wil van de wetgever’ te bestaan: de bedoeling van de toenmalige en die van de huidige wetgever.

Zo blijkt wetsuitleg toch ingewikkelder dan de auteurs van de *Opinie* ons voorspiegelen. Want hoe stel je, allereerst, de bedoeling van de huidige wetgever vast ten aanzien van kwestie waarover hij zich niet rechtstreeks heeft uitgelaten. De huidige bedoeling zal dus moeten worden gereconstrueerd uit andere gegevens, bijvoorbeeld uit de recente bepalingen van een andere wettelijke regeling, zoals de Pachtwet waarin de wetgever zich uitlaat over de verplichtingen van de verpachter. Op die manier kan men dan middels een, zoals Hymans van den Berg het formuleert, ‘enigszins gewaagde interpretatie’ afleiden dat de wetgever de regeling van de artikelen 88 en 89 K. niet langer onderschrijft.

Maar als we het dan al eens zijn over de klaarblijkelijke bedoeling van de huidige wetgever, dan rijst nog de vraag waarom de wil van de huidige wetgever prevaleert boven die van de toenmalige wetgever. Het antwoord op die vraag vinden we in dit geval bij de verzekeringspraktijk die al sinds jaar en dag, in strijd met dwingendrechtelijke bepalingen, tegen herbouwwaarde

verzekerde. En dat woog klaarblijkelijk zo zwaar voor de Hoge Raad, dat hij bereid is geweest *contra legem* te gaan. Anders dan de auteurs van de *Opinie* stellen, komt aan de verzekeringspraktijk (gewoonte, *usage*) en de daarmee verbonden maatschappelijke belangen zelfstandige betekenis toe bij de beslissing *contra legem*.

Welk rechtsvindingsmodel ligt aan *Maring/Assuradeuren* ten grondslag? Dat is niet het model dat de geldende rechtsnorm identificeert met de in tijd en ruimte gefixeerde wil van de historische wetgever. Uit het arrest volgt een meer dynamische visie op het recht, een die verwant is aan het invloedrijke model van Paul Scholten. De wet, schrijft Scholten, is niet alleen een historisch wilsbesluit van de wetgever, maar ook een voor de toekomst gegeven voorschrift dat de invloed ondergaat van nieuwe ontwikkelingen waaraan de historische wetgever nooit heeft gedacht. Het gaat, voorts, niet om de betekenis van een voorschrift in abstracto, maar om de betekenis van de bepaling voor concrete rechtsverhoudingen. Daarom is uitlegging naar het doel van het voorschrift en naar de feitelijke werking ervan geboden. Wettelijke bepalingen dienen bovendien in samenhang met andere bepalingen te worden gelezen: de afzonderlijke wettelijke bepaling is onderdeel van een wet, deze wet onderdeel van een samenstel van wetten, terwijl het samenstel een systeem vormt dat samenhang en eenheid heeft. Dat betekent dat de uitleg in overeenstemming moet worden gebracht met andere bepalingen.³ Tweehonderd jaar eerder, bij de presentatie van *Code Civil* (1804), waarschuwde Portalis al tegen de overspannen verwachtingen van de Franse revolutionairen die meenden dat dankzij de codificatie voor elk geval een gereedliggende regel bestond:

Civielrechtelijke zaken omspannen een onmetelijke massa van uiteenlopende toedrachten en in de meeste gevallen worden deze niet zozeer op basis van de toepassing van een precieze tekst beoordeeld maar op basis van een combinatie van meerdere teksten. Die teksten sturen veeleer aan op de beslissing dan dat ze haar dicteren.⁴

De 'wil van de wetgever' is dus geen eenduidig begrip. Het omvat zowel de wil van de historische als actuele wetgever zoals die uit de woorden of de (recente) wetsgeschiedenis kan worden afgeleid, maar het kan ook staan voor de zin die aan een wettelijke bepaling moet worden toegekend op basis van het geheel aan factoren die de wetsuitlegging bepalen, waaronder het wettelijk systeem, het maatschappelijk doel en het resultaat van regeltoepassing. Een dergelijke, van de wil van de historische wetgever afwijkende interpretatie is niet noodzakelijk een uitleg gebaseerd op de 'eigen opvattingen', zoals de auteurs van de *Opinie* stellen.

De suggestie van de auteurs van de *Opinie* dat in de vijf door hun besproken zaken de bedoeling van de historische wetgever klip en klaar is, waarvan de rechter niettemin bewust is afgeweken om eigen recht te vormen, blijkt bij nadere analyse van die zaken onhoudbaar. We zullen deze stelling onderbouwen aan de hand van een korte bespreking van hun eerste zaak, 'Wetshistorische uitleg art. 2 Huisvestingswet'.

Het betreft een uitspraak van de Raad van State over de vraag of de gemeente Amsterdam ter bevordering van de leefbaarheid van de stad de eigenaar van een woning kan verbieden zonder vergunning zijn woning kortstondig (zoals via airbnb) aan toeristen te verhuren.⁵ Volgens de auteurs van de *Opinie* kan dit niet. Het verbod betreft immers een medebewindsverordening op basis van de Huisvestingswet 2014, terwijl deze wet in artikel 2 uitdrukkelijk bepaalt dat de gemeente slechts van zijn bevoegdheden gebruik mag maken ter bestrijding van de schaarste aan goedkope woonruimte,

³ P. Scholten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandse burgerlijke recht. Algemeen Deel*, 3^e druk, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1974, p. 33-35.

⁴ J.E.M. Portalis, *Inleidingsrede*. (vert. B. van Roermund, F. Tanghe en H. Willekens), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 20.

⁵ ABRvS 29 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2833.

niet om de leefbaarheid te bevorderen. Volgens de auteurs redeneert de gemeente aldus dat iemand die zijn woning aan toeristen verhuurt, woonruimte onttrekt, en dus een vergunning nodig heeft krachtens artikel 21 Hv. Maar, stellen zij, iemand die zijn woning een lang weekend verhuurt en daarna weer in zijn woning terugkeert, verandert niets aan de woningtoestand. De rechter zou de verordening dus onverbindend dienen te verklaren. Toch heeft de Afdeling geen moeite met de gekozen aanpak en gaat hij ermee akkoord dat kortstondige verhuur aan toeristen kan worden gekwalificeerd als onttrekking van de woning aan de woonruimtevoorraad. Dat is dus een fictie, concluderen de auteurs van de *Opinie*, een vondst van de rechter zelf die niet volgt uit de wet, noch de wetsgeschiedenis' (p. 163).

Lezen wij de integrale uitspraak van de Afdeling, dan bevestigt dat de woorden van Portalis dat veel rechterlijke uitspraken niet plaatsvinden op basis van een precieze tekst, maar op basis van meerdere teksten die de beslissing eerder aansturen dan dat ze die dicteren. Zo verwijst de Afdeling naar de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 21 Hv., waarin wordt gesteld dat reeds sinds de inwerkingtreding van de Huisvestingswet onder 'het behoud en de samenstelling van de woonvoorraad' ook wordt verstaan 'de invloed op de woonomgeving en de leefbaarheid'.⁶ In hetzelfde Kamerstuk staat voorts dat de gemeenteraad kan besluiten dat het vergunningenbeleid als bedoeld in artikel 21 Hv niet alleen geldt voor de specifieke categorie van goedkope woningen, maar voor het gehele grondgebied van de gemeente. Een uitgebreide onderbouwing van dat besluit is te vinden in een tweetal rapporten over de schaarste van de woningvoorraad in de Stadsregio Amsterdam van 2014, dat de Afdeling uitvoerig citeert. Op basis van deze gegevens concludeert de Afdeling vervolgens dat de gemeente met het vergunningvereiste de leefbaarheid van de stad kan bewaken en voorkomen dat een onevenredige druk op de woonomgeving ontstaat door onttrekking van woningen voor, onder andere, tijdelijke vakantieverhuur. Pikant detail is dat, anders dan de auteurs van de *Opinie* suggereren, de betreffende woning uitsluitend bedoeld was ten behoeve van tijdelijke vakantieverhuur: uit de basisadministratie bleek dat niemand op het adres stond ingeschreven. Hier was dus niet sprake van verhuur van de woning voor een 'lang weekend', maar werd de woning daadwerkelijk onttrokken aan de woonvoorraad.

In hoeverre, vragen wij ons af, is hier sprake van een beslissing van de rechter op grond van 'eigen opvattingen'? De bedoeling van de wetgever dient uit een veelheid van teksten (wettekst, considerans, Kamerstukken) te worden afgeleid en wordt door de Afdeling wellicht, zoals in *Maring/Assuradeuren*, 'door een enigszins gewaagde interpretatie gevonden', maar dat laatste dan alleen omdat men de wil van de wetgever niet rechtstreeks kan kennen, maar uit het geheel van gegevens moet afleiden. Dat de regering al enkele jaren na de inwerkingtreding van de wet een wetsvoorstel heeft ingediend dat strekt tot wijziging van de Huisvestingswet 2014 in verband met de aanpak van ongewenste neveneffecten van toeristische verhuur van woonruimte,⁷ bevestigt eens te meer dat de veronderstelde wil van de wetgever eerder die van de Afdeling is dan die van de auteurs van de *Opinie*. En ging het volgens de auteurs niet primair om de 'wil van de wetgever'?

Het probleem is niet, om met de vroegere President van de Hoge Raad, S.K. Martens, te spreken, dat de rechter aan rechtsvorming doet en dus soms een rechtsnorm opstelt die niet als zodanig in de wet te vinden is. Dat het primaat van wetgeving aan de wetgever toekomt staat die rechtsvorming door de rechter niet in de weg, omdat de rechter van nature—op de manier die Portalis en Scholten op indringende wijze beschreven hebben—een rechtsvormende taak heeft. De rechter doet er echter goed aan daarbij de staatsrechtelijke verhoudingen in het oog te houden en

⁶ Kamerstukken II 2013/2014, 33 797, nr. 3, blz. 9-10.

⁷ 29 november 2019.

niet, zoals het heet, 'op de stoel van de wetgever' te gaan zitten in zaken die uitdrukkelijk politiek van aard zijn. Dat is, aldus Martens, vanuit het oogpunt van *raison d'état* ongetwijfeld verstandig beleid.⁸

Misschien is dit wel de eigenlijke zorg van de auteurs van de *Opinie*: dat rechters zich in politiek gevoelige zaken onvoldoende terughoudend opstellen, zodat zij daardoor het risico loopt hun gezag te verspelen. Met die stelling zijn wij het niet oneens. Maar de weg naar rechterlijke terughoudendheid is niet door hen het onhoudbare rechtsvindingsmodel van het legisme voor te houden, maar door hen op te roepen de staatsrechtelijke verhoudingen in acht te nemen.

⁸ S.K. Martens, *De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter*, Afscheidsrede van de President van de Hoge Raad, Hoge Raad der Nederlanden: Den Haag 2000.