

REGELS VAN REDELIJKE RECHTSVINDING

Harm Kloosterhuis & Carel Smith*

'Wie zich op één interpretatiemethode beroept, beroept zich op vele.'¹

Gelden voor discussies over de interpretatie van rechtsnormen regels van redelijkheid? In deze bijdrage wordt deze vraag bevestigend beantwoord. Op grond van theoretische en empirische overwegingen wordt betoogd dat rechtsvinding een gestructureerde, regelgeleide activiteit is. In het betoog staan drie vragen centraal: welke interpretatieproblemen kun je onderscheiden, welke methoden zijn er om deze interpretatieproblemen op te lossen en welke regels gelden er voor het gebruik van die methoden?

1 Eeuwig actuele vragen

Twee jaar geleden publiceerden wij een bijdrage over het juridisch syllogisme in *Ars Aequi*.² Daarin concludeerden we – een beetje stellig – dat iedere vorm van rechtsvinding ten minste één juridisch syllogisme bevat, dat wil zeggen: een logisch geldige redenering die gebaseerd is op een rechtsregel. Ook lieten we zien dat de rechtsregel die centraal staat in die redenering meestal niet in onbewerkte vorm toegepast kan worden: die rechtsnorm is het resultaat is van interpretatie en argumentatie. De redactie van *Ars Aequi* vroeg ons om in deze bijdrage dieper in te gaan op deze interpretatie en argumentatie. Het verzoek was om een soort stappenplan te formuleren waarmee je de betekenis van rechtsregels op een methodologisch verantwoorde wijze kunt interpreteren. Hoe kom je tot een methodologisch verantwoorde interpretatie? In welke volgorde moet je de interpretatiemethoden gebruiken? En waarom? Zijn er, met andere woorden, *regels van redelijke rechtsvinding*?³ Actuele vragen, zoals onlangs bleek bij de twee rechtszaken over de avondklok. De kortgedingrechter vond dat de Wet buitengewone bevoegdheden burgerlijk gezag (Wbbbg) niet kon worden gebruikt voor het instellen van de avondklok, omdat er geen 'acute nood situatie' was zoals bij een 'onverwachte' dijkdoorbraak. Het hof was het daarmee oneens: het is volgens het hof 'ongewenst en niet logisch om de noodbevoegdheid pas na een

dijkdoorbraak te kunnen aanwenden en niet al bij een dreigende dijkdoorbraak'.⁴ Twee interpretaties over de toepassing van de Wbbbg die resulteren in zeer verschillende beslissingen. Wat is de beste interpretatie van 'acute noodtoestand' in de zin van de Wbbbg? En op grond van welke regels voor rechtsvinding bepaal je dat?

Hoe kom je tot een methodologisch verantwoorde interpretatie? In welke volgorde moet je de interpretatiemethoden gebruiken? En waarom? Zijn er, met andere woorden, regels van redelijke rechtsvinding? Actuele vragen, zoals onlangs bleek bij de twee rechtszaken over de avondklok

Als je van overdrijven houdt, zou je kunnen zeggen dat deze vragen eeuwig actueel zijn. Het Romeinse recht, oorspronkelijk het recht van een kleine agrarische gemeenschap, heeft zich dankzij de 'redelijke' interpretaties van generaties rechtsgeleerden

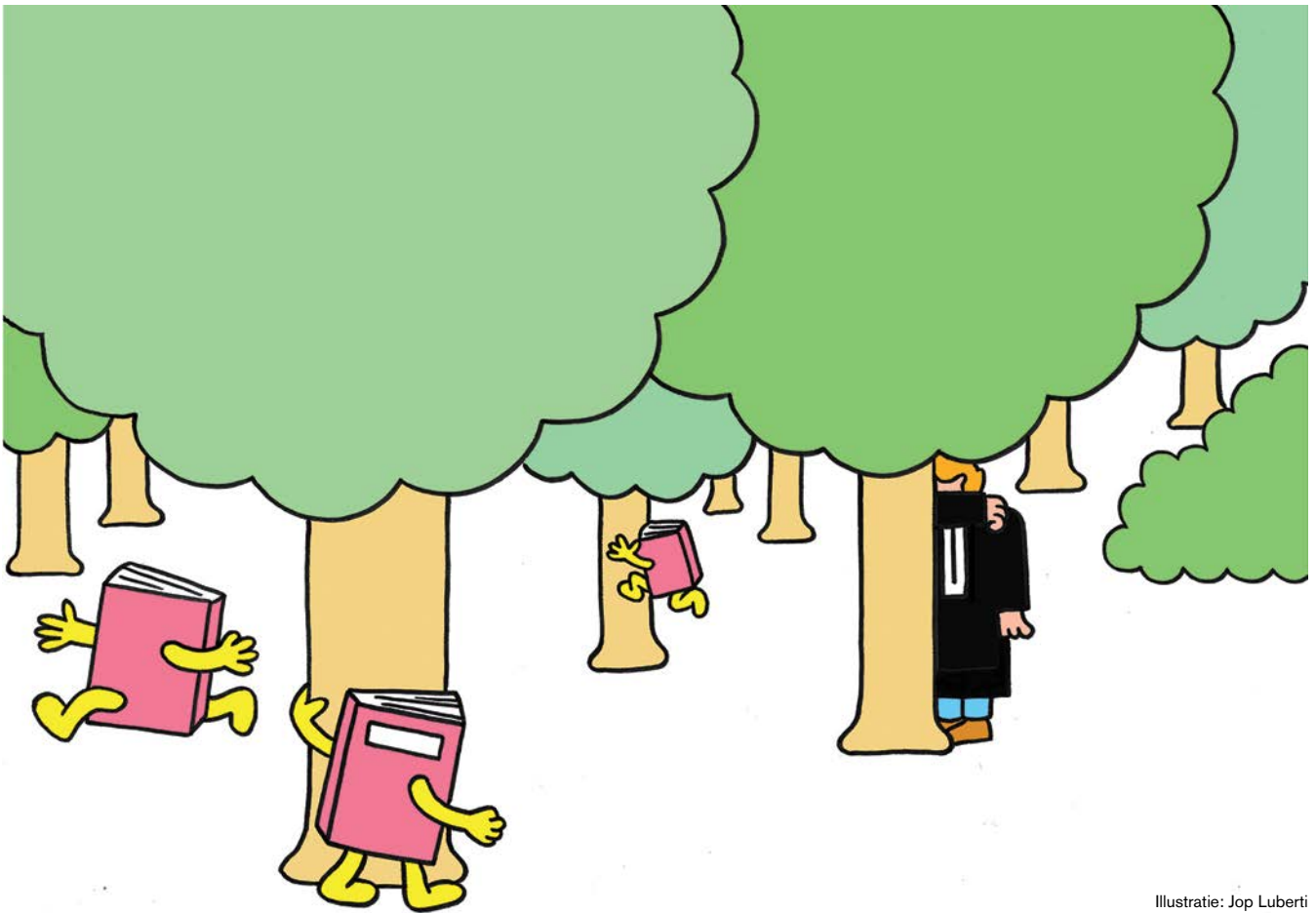
* Mr.dr. H.T.M. Kloosterhuis is verbonden de Erasmus School of Law, mr.dr. C.E. Smith aan de Faculteit Rechtsgeleerdheid Universiteit Leiden.

1 C.E. Smith, 'Het woord als grenswachter: functies van taalkundige interpretatie voor de rechtsvinding', *RM Themis* 2009, afl. 2, p. 65.

2 H.T.M. Kloosterhuis & C.E. Smith, 'Hoe werkt het juridisch syllogisme?' *AA* 2019, afl. 2, p. 155-159 (AA20190155).

3 Onder 'rechtsvinding' verstaan we de activiteit waarbij de rechter de voor partijen geldende rechtsnorm in een concreet geval vaststelt. Vgl. C.E. Smith, *Regels van rechtsvinding*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 22. Zie ook H.T.M. Kloosterhuis, *Juridische methoden. Casusoplossen, jurisprudentie-analyse en argumenteren*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 223 e.v.

4 Rb. Den Haag 16 februari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:1100 en hof Den Haag 26 februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:285.



Illustratie: Jop Luberti

millennia weten te handhaven: het is bron van recht geweest voor de Romeinse republiek, het keizerrijk Rome en de Middeleeuwse en vroegmoderne vorstendommen. De grote nationale codificaties van de negentiende en twintigste eeuw hebben de noodzaak tot 'redelijke' interpretatie van de wet niet verminderd. Volgens Portalis, één van de opstellers van de *Code civil* (1804), zal de rechter de abstract geformuleerde wet moeten interpreteren en aanpassen aan de omstandigheden van de concrete gevallen. Die noodzaak wordt door bijna niemand bestreden. Verschil van mening bestaat alleen over wat een 'redelijke' wetsuitleg is — de legisten van de negentiende eeuw hadden daar een beduidend andere opvatting over dan de toonaangevende juristen als Paul Scholten of Eduard Meijers aan het begin van de twintigste eeuw. De strijd over wat een 'redelijke' interpretatie van het recht is gaat onverminderd voort. Gisteren was het dikastocratie en *Urgenda*, vandaag de toeslagenaffaire en morgen is er weer een ander onderwerp waarbij de vraag wordt gesteld wat redelijke wetsuitleg en goede rechtsvinding is. Die vragen zullen nog belangrijker worden nu de Tweede Kamer een amendement heeft aangenomen dat de wetgever verplicht om in alle nieuwe wetten een hardheidclausule op te nemen om onrechtvaardige regeltoepassing tegen te gaan.⁵

Ook de antwoorden op de vraag wat geldt als een 'redelijke' interpretatie van het recht kennen al een lange traditie van theorievorming en debat. Het centrale punt van discussie is of er *regels* voor rechtsvinding zijn en of er *systeem* in die regels zit. Naar onze

mening kunnen beide vragen bevestigend worden beantwoord. In het navolgende zullen wij enkele theoretische en empirische overwegingen bespreken voor het standpunt dat rechtsvinding een gestructureerde, regelgeleide activiteit is. In het navolgende zullen we het probleem behandelen aan de hand van drie vragen: 1) Welke interpretatieproblemen kun je onderscheiden; 2) Welke methoden zijn er om deze interpretatieproblemen op te lossen en 3) Welke regels gelden er voor het gebruik van die methoden?

De strijd over wat een 'redelijke' interpretatie van het recht is gaat onverminderd voort. Gisteren was het dikastocratie en *Urgenda*, vandaag de toeslagenaffaire en morgen is er weer een ander onderwerp waarbij de vraag wordt gesteld wat redelijke wetsuitleg en goede rechtsvinding is

2 Interpretatieproblemen en rechtsvinding

Volgens een lange traditie maken we in de rechtsvinding een onderscheid tussen eenvoudige en moeilijke gevallen. Bij eenvoudige gevallen is er bij de regeltoepassing weinig ruimte voor interpretatie

⁵ Kamerstukken II 2020/21, 35520, nr. 37, www.tweedekamer.nl/kamerstukken/moties/detail?id=2021Z01005&did=2021D02447.

en weinig keuzevrijheid en bij moeilijke gevallen meer. Wiarda analyseert dit graduele onderscheid tussen deze gevallen in zijn klassieker *Drie typen van rechtsvinding* (1963) in termen van *heteronome* en *autonome* rechtsvinding. In eenvoudige gevallen, aldus Wiarda, kan de rechter zich beroepen op 'objectieve, de rechter van buiten aangereikte en hem in beginsel bindende gegevens' (heteronome rechtsvinding), in moeilijke gevallen is de rechter meer op 'eigen rechtsbesef' aangewezen (autonome rechtsvinding).⁶

Welke soorten moeilijke gevallen kunnen we onderscheiden? Zonder pretentie van volledigheid zetten we enkele op een rijtje. Moeilijke gevallen ontstaan in de eerste plaats doordat de betekenis van begrippen in rechtsregels soms onduidelijk is en moet worden uitgelegd. Neem een simpel begrip als 'vaartuig'. Het zal duidelijk zijn dat zeilboten wel tot dit begrip gerekend kunnen worden en luchtbedden niet; van surfplanken is echter niet zomaar duidelijk of zij wel of niet als vaartuig moeten worden beschouwd. Vaak brengt de invulling van dit soort begrippen een waardeoordeel met zich mee. Heel duidelijk komt dit naar voren bij de toepassing van *evaluatieve begrippen* die in rechtsregels zijn opgenomen. Bekende voorbeelden zijn 'redelijkheid en billijkheid', 'maatschappelijke zorgvuldigheid', 'goede zeden', 'ernstige bezwaren', 'dringende noodzakelijkheid' en het begrip 'acute noodsituatie' in de hierboven genoemde discussie over de avondklok. De invulling van deze begrippen is niet met de wet gegeven en veronderstelt een waardeoordeel.

Een tweede soort interpretatieproblemen ontstaat in de gevallen waarbij er voor de oplossing van een juridisch probleem niet direct een rechtsregel beschikbaar is: er is een *leemte* in het rechtssysteem. Voor de oplossing van dat probleem kunnen verschillende interpretatiemethoden worden gebruikt zoals het beroep op beginselen en op analogische interpretatie. In het klassieke arrest *Marcel Petit* bijvoorbeeld was de centrale vraag of de zaakwaarnemer een retentierecht toekomt.⁷ Dat was niet wettelijk geregeld. De Hoge Raad oordeelde in deze zaak dat aan de zaakwaarnemer retentierecht toekomt omdat de wet dit recht toekent aan de lasthebber en omdat de zaakwaarnemer in relevante opzichten vergelijkbaar is met de lasthebber.

Een derde soort interpretatieproblemen ontstaat in de gevallen waarin de toepassing van de rechtsregel tot resultaten leidt die in hoge mate onrechtvaardig of onwenselijk zijn. De rechter zal in dergelijke gevallen voor de vraag staan of toepassing van die regel geacht moet worden in strijd te zijn met de kennelijke bedoeling van de wetgever. Hij kan dan besluiten *contra legem* te gaan en de regel niet toepassen. Een bekend voorbeeld uit de jurisprudentie is de uitspraak over de *Onwaardige deelgenoot*, waarin de rechter afwijkt van de bepalingen in het huwelijksvermogensrecht om te komen tot een rechtvaardig resultaat.⁸ We komen op deze zaak in paragraaf 5 terug.

Ten slotte zijn er gevallen waarbij de rechter tot een eigen *belangenafweging* komt. Die gevallen kunnen het resultaat zijn van wetgeving waarbij de wetgever dit aan de rechter opdraagt, maar ook het gevolg zijn van een interpretatieprobleem. Zo zal de rechter in geval van een leemte een nieuwe regel opstellen door middel van een weging van de belangen die in de kwestie spelen. Hij treedt dan op, naar een karakterisering van Wiarda, als wetgever-plaatsvervanger.

3 Een rangorde van interpretatiemethoden

Nu wij een onderscheid hebben gemaakt tussen verschillende moeilijke gevallen, kunnen wij preciezer ingaan op de vraag volgens welke regels die moeilijke gevallen opgelost kunnen worden. Die interpretatieregels zijn, behoudens enkele uitzonderingen – zoals het analogieverbod in het strafrecht – niet direct te ontleen aan het positieve recht zelf. Ze liggen wel besloten in het recht als systeem van regels en handelingen. Dat systeem bevat twee soorten regels: regels van de *eerste* orde en regels van de *tweede* orde.⁹ Regels van de eerste orde zijn gedragsnormen zoals verboden, geboden en bevoegdheden. Regels van de tweede orde zijn 'regels over regels': regels over het instellen, het toepassen, interpreteren en het veranderen van regels van de eerste orde. Ook bij die regels van de tweede orde kun je onderscheiden tussen verboden, geboden en bevoegdheden. Denk aan het analogieverbod.

Regels voor interpretatie zijn dus regels van de tweede orde. Het beantwoorden van de vraag of er een systeem te ontdekken valt in die regels voor interpretatie, was één van de doelstellingen van de studie *Interpreting Statutes* (1991) van MacCormick en Summers en andere onderzoekers uit 11 landen. De studie probeert op theoretische, rechtsvergelijkende en empirische gronden aannemelijk te maken dat er een systematisch verband bestaat tussen het soort interpretatieprobleem en het soort interpretatiemethode dat men gebruikt om het probleem op te lossen. Bij het oplossen van interpretatieproblemen, zo luidt een van de onderzoeksresultaten, wordt in alle landen gebruik gemaakt van een *common core* van interpretatiemethoden en van regels voor het gebruik van die methoden. Deze 'interpretatieve argumenten' verdelen de onderzoekers onder in een aantal categorieën, die we hier in een iets aangepaste versie weergeven: 1) taalkundige argumenten, 2) argumenten met een beroep op de bedoeling van de wetgever, 3) systematische argumentatie, 4) evaluatieve argumentatie, en 5) transcategoriale argumentatie.

I Taalkundige argumentatie

- 1 Beroep op de betekenis naar gewoon spraakgebruik.
- 2 Beroep op de technische betekenis van begrippen.

II Argumentatie met een beroep op de bedoeling van de wetgever

- 3 Beroep op de wetsgeschiedenis.
- 4 Beroep op toekomstige wetgeving.

III Systematische argumentatie

- 5 Beroep op de context van de bepaling.
- 6 Beroep op logisch-conceptuele argumentatie.
- 7 Beroep rechtshistorische argumentatie.
- 8 Beroep op precedenteren.
- 9 Beroep op analogie-argumentatie.
- 10 Beroep op rechtsbeginselen afleidbaar uit het systeem.

IV Evaluatieve argumentatie

- 11 Beroep op fundamentele rechtswaarden, rechtsbeginselen als normatieve grondslagen en substantiële argumenten.

V Transcategoriale (teleologische) argumentatie

- 12 Beroep op de strekking van de regeling.¹⁰

- 6 G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1963. Of die gegevens 'objectief en bindend' zijn, volgt echter niet uit de gegevens zelf, maar berust op de door rechters gehanteerde maatstaven bij de uitleg van het recht: de ene keer zijn de woorden van de wet of de bedoeling van de wetgever doorslaggevend, de andere keer leggen zij nauwelijks gewicht in de schaal.
- 7 HR 10 december 1948, ECLI:NL:HR:1948:145, *NJ* 1949/122, m.nt. Ph.A.N. Houwing.
- 8 HR 13 september 1995, ECLI:NL:HR:1995:AA3131, *BNB* 1995/313, m.nt. G. Laeijendecker.
- 9 H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press 1961, i.h.b. hoofdstuk V.
- 10 Bovenstaande classificatie wijkt in een aantal opzichten af van die van MacCormick en Summers. Het belangrijkste verschil is dat het beroep op de bedoeling van de wetgever hier als een aparte categorie tussen taalkundige en systematische argumentatie in staat. Het beroep op rechtsbeginselen is zowel een vorm van systematische argumentatie (men kan de beginselen afleiden uit bestaande regelgeving en rechtspraak) als evaluatieve argumentatie (beginselen vormen de normatieve grondslag of *ratio legis* van een regeling), terwijl bovendien het verschil tussen rechtsbeginselen en substantiële redenen gradueel is. Vandaar dat het beroep op rechtsbeginselen samengevoegd is met het beroep op substantiële waarden onder de noemer 'fundamentele rechtswaarden'. Het beroep op de strekking van de regeling (teleologische interpretatie) is naar onze mening beter geschikt als transcategoriale argumentatie dan 'de bedoeling van de wetgever'. Verder is toegevoegd het argument met een beroep op toekomstige wetgeving (anticiperende interpretatiemethode), nu deze vorm van argumentatie in Nederland een belangrijke rol heeft gespeeld.

Deze categorisatie betekent een rangorde tussen de interpretatieve argumenten in de *legitimatatie* van een interpretatieve beslissing. Ook dat is een belangrijk onderzoeksresultaat van MacCormick en Summers. In die legitimatie blijkt een bepaald patroon te zitten, een patroon dat in hoge mate overeenkomt met Wiarda's onderscheid tussen heteronome en autonome rechtsvinding. In de regel doet de rechter pas een beroep op evaluatieve argumentatie (autonome rechtsvinding), indien de uitleg niet afdoende kan worden gerechtvaardigd met een beroep op een van de vormen van systematische argumentatie. En de rechter maakt meestal pas gebruik van een vorm van systematische argumentatie, indien de uitleg niet bevredigend met behulp van taalkundige argumenten en argumenten met een beroep op de bedoeling van de wetgever kan worden gerechtvaardigd (heteronome rechtsvinding). Het beroep op de strekking van de bepaling (teleologische interpretatie) is een categorie-overschrijdend argument: of de bepaling nu naar de letter wordt genomen, in verband wordt gebracht met andere regels, of wordt uitgelegd in het licht van de doelen en waarden van de rechtsorde, het wordt in veel gevallen gepresenteerd als een uitleg die de strekking van de regel tot uitdrukking brengt.

Door de beslissing te motiveren met een beroep op een interpretatiemethode wordt gesuggereerd dat, als de rechter zich op de letter van de wet beroept (legitimatatie), hij tot die interpretatie is gekomen enkel door na te gaan wat de betekenis van de bepaling naar gewoon spraakgebruik is. En dat is beslist niet het geval

4 Vinden en legitimatie

Het is in de literatuur gebruikelijk om de motivering van het rechtsoordeel te bespreken aan de hand van de verschillende interpretatiemethoden. Doet de rechter een beroep op de betekenis die de begrippen naar gewoon spraakgebruik hebben, dan spreekt men van een taalkundige of grammaticale *interpretatie*; rechtvaardigt de rechter de interpretatie met de bedoeling van de wetgever, dan spreekt men van wetshistorische *interpretatie*, enz. Een misverstand ligt hier op de loer. Door de beslissing te motiveren met een beroep op een interpretatiemethode wordt gesuggereerd dat, als de rechter zich op de letter van de wet beroept (legitimatatie), hij tot die interpretatie is gekomen enkel door na te gaan wat de betekenis van de bepaling naar gewoon spraakgebruik is. En dat is beslist niet het geval, zoals uit het volgende voorbeeld blijkt. Aan de Hoge Raad werd de vraag voorgelegd of ook het beroepsmatig *opsporen* van gestolen auto's kan worden aangemerkt als 'vinden' in de zin van artikel 5:5 lid 1 BW. De Hoge Raad beantwoordde deze vraag bevestigend. Het begrip

'vinden' dient in overeenstemming met zijn *taalkundige betekenis* te worden uitgelegd: van 'vinden' is naar gewoon spraakgebruik sprake, niet alleen als een zaak per toeval is ontdekt, maar ook als doelbewust naar de zaak is gezocht. Hij rechtvaardigt deze taalkundige interpretatie op zijn beurt met een beroep op de *strekking* van die bepaling die uit de wetsgeschiedenis kan worden afgeleid.¹¹ Dat laatste laat zien dat in de oordeelsvorming ook andere argumenten een rol hebben gespeeld, argumenten die de taalkundige uitleg ondersteunen en die A-G Hartkamp in zijn conclusie bij het arrest bespreekt. De rol van die andere argumenten is vooral ondersteunend: ook het rechtssysteem, de bij het geval betrokken beginselen of eerdere rechtspraak leveren geen argumenten tegen de betreffende taalkundige uitleg van de bepaling. Welnu, als vanuit die kant geen tegenargumenten hoeven te worden verwacht, dan is het niet nodig de strekking van artikel 5:5 BW ook nog eens met behulp van die argumenten te rechtvaardigen. Nu alle richtingwijzers dezelfde kant uitstaan, zal de rechter er de voorkeur aan geven zich bij de uitleg van de bepaling op het meest objectieve gezichtspunt te beroepen ('de letter van de wet') in plaats van op subjectievere gezichtspunten (zoals teleologische interpretatie).

5 Complexe argumentatie

Uit het bovenstaande volgt dat de rechter zich bij zijn motivering zal laten leiden door *strategische overwegingen*. Als de interpretatie afdoende kan worden gerechtvaardigd met behulp van minder evaluatieve argumenten (zoals de bewoordingen, het systeem, de parlementaire geschiedenis), zal de rechter er in de regel niet voor kiezen de interpretatie te legitimeren met behulp van argumenten die een sterker beroep doen op het eigen rechtsbesef (zoals de belangenafweging), ook al is de oordeelsvorming mede door deze overwegingen gestuurd.

Toch kiest de rechter er soms voor om een interpretatieve beslissing te rechtvaardigen met complexe argumentatie, dat wil zeggen: met een beroep op meer dan één interpretatief argument.

MacCormick en Summers onderscheiden ten eerste een *cumulative pattern of justification*. In dit type rechtvaardiging worden verschillende argumenten naar voren gebracht die allemaal eenzelfde interpretatie rechtvaardigen. Ook hier spelen *strategische overwegingen* een rol bij de keuze voor deze vorm van complexe argumentatie, bijvoorbeeld om een hoger beroep te ontmoedigen of om duidelijk te maken dat de beslissing niet berust op overwegingen van persoonlijke aard maar op sterke juridische overwegingen.

De tweede vorm van complexe argumentatie die MacCormick en Summers onderscheiden, is argumentatie bestaande uit een confrontatie van conflicterende interpretatieve argumenten. Wanneer twee of meer argumenten met elkaar conflicteren, kan het ene argument de voorkeur verdienen boven het andere, hetzij omdat het contra-argument bij nadere beschouwing *niet van toepassing* is, hetzij omdat het *terzijde kan worden geschoven*. Summers en MacCormick spreken in dit verband van een *conflict settling pattern of justification*. Een voorbeeld hiervan vormen de trits conflictregels die bepalen dat speciale wetsbepalingen voorgaan op algemene, hogere

¹¹ HR 25 oktober 1996, ECLI: NL:HR:1996:ZC2178, NJ 1998/16, m.nt. H.J. Snijders.

regelgeving op lagere en jongere wetgeving boven oudere.¹² Deze conflictregels tasten de *toepasbaarheid* van bepaalde interpretatieve argumenten aan.

De derde vorm van complexe argumentatie betreft de situatie waarin op zichzelf bezien toepasselijke argumenten worden aangedragen voor beide, conflicterende, interpretaties en men door middel van *weging* moet vaststellen welke argumenten sterker zijn en de doorslag geven.

6 Twee illustraties van complexe argumentatie

Een bekend voorbeeld van een zaak waarin rechters complexe argumentatie gebruiken is die van de *Onwaardige deelgenoot* die wij hiervoor al noemden. De vraag in deze zaak was of de echtgenoot die zijn vrouw ombracht aanspraak kon maken op zijn aandeel in de huwelijksgoederengemeenschap. Op grond van een letterlijke lezing van artikel 1:100 lid 1 BW – de echtgenoten hebben een gelijk aandeel in de ontbonden gemeenschap – zou de echtgenoot dit recht hebben. Maar dit resultaat was voor de rechters een moeilijk aanvaardbaar resultaat van regeltoepassing. De rechtbank oordeelde dat er een *algemeen rechtsbeginsel* is dat inhoudt dat wie opzettelijk de dood veroorzaakt van een ander die hem begunstigd heeft, geen voordeel uit die begunstiging behoort te trekken. Het hof bekrachtigde het vonnis van de rechtbank en oordeelde dat in het licht van de wel zeer bijzondere omstandigheden van dit geval enerzijds betekenis toekomt aan algemene rechtsbeginselen en anderzijds aan de eisen van redelijkheid en billijkheid. In cassatie werd deze beslissing van het hof aangevochten. Maar de Hoge Raad was van mening dat het hof 'terecht tot het oordeel gekomen dat de onverkorte toepassing van de krachtens art. 1:100 lid 1 tussen deelgenoten in een ontbonden huwelijksgemeenschap geldende regel van verdeling bij helfte [...] naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.'

Het arrest *Onwaardige deelgenoot* is een mooie illustratie van de bovengeschetste manier van interpreteren en argumenteren, waarbij rechtsregels worden geïnterpreteerd tegen de achtergrond van rechtsbeginselen – in dit geval het beginsel van onwaardigheid versus het rechtszekerheidsbeginsel – en de beginselen vervolgens tegen elkaar afgewogen.

Een tweede voorbeeld is een ander bekend 'interpretatie-arrest' van de Hoge Raad, het arrest over het homohuwelijk.¹³ In dit arrest geeft de Hoge Raad een interpretatie van het toenmalige artikel 33 van Boek 1 BW. Dit artikel luidde dat een man slechts met een vrouw en een vrouw slechts met een man door het huwelijk verbonden kan zijn. Eiseressen betoogden dat nergens in Boek 1 BW met zoveel woorden een huwelijk tussen twee personen van hetzelfde geslacht wordt verboden en dat het in dit verband wel genoemde artikel 1:33 BW slechts de bedoeling heeft polygamie te verbieden. Wanneer men de regel letterlijk zou interpreteren, zouden de eiseressen gelijk hebben. Maar de Hoge Raad vindt dat in dit geval een onaanvaardbare interpretatiemethode:

'Zij gaat uit van een reeds op zichzelf aanvechtbare letterlijke lezing van een aantal wetsartikelen en miskent de strekking van de wet zoals men deze bij de totstandkoming van

Boek 1 BW, mede in het licht van de daaraan voorafgaande wetgeving, voor ogen heeft gehad. Ook indien latere maatschappelijke ontwikkelingen steun zouden geven aan de opvatting dat het niet openstaan van de mogelijkheid van een wettelijk huwelijk tussen twee vrouwen of twee mannen niet langer gerechtvaardigd is, zou dit niet een van de onmiskenbare strekking van de wet afwijkende wetsuitlegging wettigen, te meer niet nu het hier gaat om een onderwerp dat de openbare orde raakt en waarbij de rechtszekerheid een belangrijke rol speelt.'¹⁴

De Hoge Raad wijst in deze passage niet alleen op het feit dat men bij de interpretatie van artikel 1:33 BW (oud) uit moet gaan van de strekking, maar wijst ook nog op de rol van de rechterlijke rechtsvorming. Ook al zou er in maatschappelijke ontwikkelingen na de totstandkoming van de wet steun te vinden zijn voor het huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht, dan rechtvaardigt dit nog geen afwijkende uitleg. Die uitleg zou op gespannen voet komen te staan met de rechtszekerheid. Kortom: het is niet aan de *rechter* om de veranderde maatschappelijke opvattingen in nieuwe regels om te zetten.

Dat uitleggregels van redelijke rechtsvinding bestaan, betekent niet dat hun hantering in de moeilijkere gevallen tot een sluitende rechtvaardiging leidt. Niet voor niets wordt het recht al sinds de Oudheid niet als een wetenschap gedefinieerd, maar als de kunst van het goede en billijke: *ius est ars boni et aequi*

7 Geen sluitende rechtvaardiging

Laten we bij wijze van samenvatting terugkeren naar de centrale vraag: zijn er regels voor redelijke rechtsvinding? In het voorgaande hebben wij laten zien dat we deze vraag met 'ja' kunnen beantwoorden. In de fase van de heuristiek, het vinden van een redelijke interpretatie, spelen *alle* juridische gezichtspunten een rol. In de fase van de legitimatie, de onderbouwing van de interpretatie, spelen strategische overwegingen een rol. Als een interpretatie afdoende kan worden gemotiveerd met behulp van minder evaluatieve argumenten, kiest men er in de regel niet voor deze te legitimeren met behulp van argumenten die een sterker beroep doen op het eigen rechtsbesef, zoals de belangenafweging, ook al is de oordeelsvorming mede gestuurd door deze overwegingen. Maar dat uitleggregels van redelijke rechtsvinding bestaan, betekent niet dat hun hantering in de moeilijkere gevallen tot een sluitende rechtvaardiging leidt. Niet voor niets wordt het recht al sinds de Oudheid niet als een *wetenschap* gedefinieerd, maar als de *kunst* van het goede en billijke: *ius est ars boni et aequi*.¹⁵

¹² Deze conflictregels zijn meestal bekend in hun Latijnse versie: *lex specialis derogat legi generali, lex superior derogat legi inferiori* en *lex posterior derogat legi priori*.

¹³ HR 19 oktober 1990, ECLI: NL:HR:1990:AD1260, NJ 1992/129, m.nt. E.A.A. Luijten & E.A. Alkema.

¹⁴ HR 19 oktober 1990, ECLI: NL:HR:1990:AD1260, NJ 1992/129, m.nt. E.A.A. Luijten & E.A. Alkema, r.o. 3.3.

¹⁵ Digesten 1, 1, 1.