

Een alternatieve visie op de functies van de redelijkheid en billijkheid en de taak van de rechter

Vragen aan Hesselink

Acht Tilburgers lazen het proefschrift van Hesselink waarin een spraakmakende visie ontwikkeld wordt over de redelijkheid en billijkheid.

Dit begrippenpaar biedt de rechter geen enkel houvast en zou daarom ook niet door hem ingeroepen moeten worden als hij regels uit het positieve recht concretiseert, aanvult of corrigeert. Wordt hier een nieuwe rechtsvindingstheorie gepresenteerd, een nieuw soort Freirechtschule? Of belanden we bij de normloosheid?

Allen zijn of waren als onderzoekers verbonden aan het Schoordijk Instituut, KUB Tilburg. In informeel verband lezen en bespreken zij juridische werken.

1. Inleiding

Eind maart 1999 is Hesselink in Utrecht cum laude gepromoveerd op een proefschrift, getiteld: *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht*.¹ In deel 4 van zijn proefschrift ontwikkelt hij een spraakmakende alternatieve visie. Hij betoogt dat redelijkheid en billijkheid geen norm meer is, omdat de functies ervan – het concretiseren (= interpreteren), aanvullen, corrigeren van rechtsregels – in feite de taken van de rechter zijn die deze uit de aard van zijn ambt toch al vervult. Hesselink zet in dit verband twee stappen. De eerste is dat de rechter regels nooit zonder meer kan toepassen, maar dat hij ze altijd eerst moet concretiseren, aanvullen en/of corrigeren. De tweede stap is dat wannéer de rechter concretiseert, aanvult en/of corrigeert, hij altijd nieuwe regels schept.²

Wij willen over de grondslag, reikwijdte en consequenties van deze visie met hem van gedachten wisselen. Voorop staat dat de term 'norm' in twee betekenissen kan worden opgevat: als regel en als maatstaf. Wij begrijpen Hesselink aldus dat volgens hem redelijkheid en billijkheid noch regel noch maatstaf

is. Het eerste zijn we met hem eens. Daarop gaan we niet verder in. Maar biedt redelijkheid en billijkheid ook geen enkel houvast voor de rechter wanneer hij een concreet geval moet beslissen?

2. Hart's discretie

Men zou verwachten dat Hesselink uitvoerig aandacht besteedt aan de vraag wat de maatstaven, richtlijnen of gezichtspunten zijn aan de hand waarvan de rechter zijn rechtsscheppende concretisering, aanvulling, correctie³ van regels moet verrichten. Hij is daarover evenwel kort en stellig. Volgens hem gaat het vooral om de vraag of de rechter bij de rechtsschepping discretie heeft. In zijn antwoord stelt hij *de* traditionele natuurrechtsleer (zonder bronvermelding) tegenover *de* rechtspositivistische (waarvan alleen de sociologische variant van H.L.A. Hart wordt genoemd) en concludeert dat *de* rechtspositivisten (lees: Hart) het bij het rechte eind hebben: de rechter heeft discretie en we moeten er maar vertrouwen in hebben dat hij daarvan goed gebruik maakt. Net als de wetgever is de rechter formeel gelegitimeerd tot

Deze artikelen zijn ook te raadplegen op Internet www.njb.nl

1. M.W. Hesselink, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht*, diss. Utrecht, 1999.

2. Zie Hesselink, diss., p. 399 e.v., en ook M.W. Hesselink, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht*, AA 1999, p. 687-694.

het geven van zijn (subjectief) oordeel. Bij de wetgever zal niemand het in zijn hoofd halen te zoeken naar maatstaven, richtlijnen of gezichtspunten die hij daarbij in acht moet nemen. Dan is er ook ten aanzien van de rechter geen reden om dit te doen.

'Er lijkt geen reden te bestaan voor de rechtswetenschap te proberen te achterhalen hoe de rechter tot zijn oordeel moet komen. (...) de rechter geeft zijn eigen (subjectief) oordeel over de wijze waarom in het gegeven geval de regels geconcretiseerd, aangevuld, gecorrigeerd moeten worden.'⁴

Het beroep dat Hesselink doet op Hart is opmerkelijk. Hart heeft nooit beweerd dat de rechter altijd recht schept en altijd discretie heeft. Hart beoordeelt de vraag wat recht is aan de hand van de *rule of recognition* en constateert dat deze in sommige gevallen te onbepaald is om tot een antwoord te komen. In die (zeldzame) gevallen, de *hard cases*, is sprake van rechtsschepping en van discretie. Kortom, met een beroep op Hart kan Hesselink nooit verdedigen dat iedere concretisering, aanvulling en/of correctie nieuw recht schept en dat de inhoud hiervan ter discretie van de rechter staat. Volgens ons is het

van tweeën één: ofwel een beroep op Hart, maar dan niet ter rechtvaardiging van een altijd discretionair rechtsscheppende taak van de rechter, ofwel de stelling dat de rechter altijd een discretionair rechtsscheppende taak heeft, maar dan geen beroep op Hart. Wij zijn benieuwd naar Hesselinks interpretatie van Hart.

3. Normloosheid?

Los van de vraag of Hart dit heeft beweerd, *is* iedere concretisering, aanvulling en/of correctie wel het scheppen van nieuw recht en *heeft* de rechter altijd discretie? De discretie die Hesselink de rechter toekent, is niet volledig. Er zijn garanties voor de 'objectiviteit' (de aanhalingstekens zijn van Hesselink zelf) van het rechterlijk oordeel. Hij noemt achtereenvolgens de deskundigheid van de rechter en zijn verplichte vooropleiding, de plicht om recht te spreken, de motiveringsplicht, de beroepsmogelijkheid, het positieve (constitutionele) recht en het vertrouwen dat men in de rechter heeft.⁵ Deze garanties hebben betrekking op de persoon van de rechter en op zijn institutionele positie. Zij bieden op het eerste gezicht – zie hierna onder c – geen waarborgen voor de inhoudelijke juistheid of aanvaardbaarheid van rechterlijke beslissingen. De opmerking van Hesselink dat het maatschappelijk vertrouwen in de rechter diens subjectiviteit *dragelijk* maakt, staft deze conclusie.

Zijn uiteenzettingen op dit punt geven ons aanleiding tot vier vragen:

a. De garanties die Hesselink noemt zijn niet sterk. Wat garanderen de deskundigheid en de vooropleiding van de rechter als deze steeds vrij is zijn subjectief oordeel over het recht te geven? Naar ons idee kan de rechter dan niets anders worden aangeleerd dan dat hij discretie heeft. Ook de motiveringsplicht biedt geen substantiële waarborg, indien iedere rechterlijke uitspraak een nieuwe regel impliceert. De motivering heeft dan immers

geen normerende werking voor latere uitspraken. Zij dient er alleen toe de discretionaire beslissing van de rechter toe te lichten. In hoger beroep heeft die motivering evenmin betekenis. De appelrechter kan immers zijn subjectief oordeel in de plaats stellen van de eerdere uitspraak. Ten slotte biedt het gegeven dat de rechter het recht moet toepassen evenmin een garantie. Integendeel, het leidt tot de paradoxale situatie dat de toepassing van recht door de rechter zowel een subjectieve aangelegenheid is als een manier om die subjectiviteit te objectiveren.

b. Wij vragen ons af of Hesselink niet in de bekende val is gelopen dat wanneer, zoals thans algemeen aanvaard is, rechtspraak ook altijd subjectieve elementen bevat, men dan meent te moeten concluderen dat er dan ook geen enkele objectiviteit meer kan bestaan. De gehele moderne rechtsvindingsliteratuur is er juist op gericht een balans te vinden tussen enerzijds de onvermijdelijke subjectiviteit en anderzijds de aan het positiefrechtelijk regelsysteem of aan andere bronnen te ontleenen objectiveerbare gezichtspunten. Hesselink gaat aan dit debat geheel en al voorbij. Wij menen dat hij dit niet kan doen, in ieder geval niet ongemotiveerd. Zie ook hierna sub c en d.

c. Niet uitgesloten is dat Hesselink toch ook inhoudelijke garanties inbouwt. Hij deelt immers de mening van velen dat een rechterlijke beslissing tot een aanvaardbaar resultaat moet leiden.⁶ Dit kan niet anders betekenen dan dat er inhoudelijke maatstaven, richtlijnen of gezichtspunten zijn aan de hand waarvan de rechter moet kunnen bepalen *of*, en zo ja *hoe*, hij een regel concretiseert, aanvult en/of corrigeert. Dit komt neer op een inhoudelijke waarborg die de aanvaardbaarheid van een rechterlijke beslissing kan vergroten. Wellicht dat Hesselink dit op het oog heeft als hij schrijft dat de rechter alleen discretie heeft voorzover het positieve (constitutionele) recht dit toelaat en dat het positieve (constitutionele) recht hem kan opdragen bij zijn oordeelsvorming bepaalde richtlijnen of waarden in acht te nemen.⁷ Onze vraag is of wij deze passages aldus moeten begrijpen dat wanneer de wet bijvoorbeeld zegt dat alleen in gevallen van connexiteit een beroep kan worden gedaan op een opschortingsrecht, de rechter in beginsel niet ook in gevallen van niet-connexiteit een opschortingsrecht kan toestaan. In zoverre is hij gebonden, zij het dat het geen blinde gebondenheid is, omdat de rechter de regel altijd moet uitleggen, aanvullen en/of corrigeren en hij daarbij (een zekere mate van) discretie heeft. Gaat het Hesselink dan erom dat hij van mening is dat bij deze discretie de redelijkheid en billijkheid geen rol speelt, maar dat er wel andere gezichtspunten zijn, met name het (systeem van het) positieve recht? Indien het antwoord bevestigend luidt, hoe verhouden deze gezichtspunten zich dan tot de discretie van de rechter? Kortom: indien het antwoord bevestigend luidt, rijst volgens ons de klassieke rechtsvindingsvraag die Hesselink tevoren heeft buitengesloten. Luidt het antwoord ontkennend, dan ontstaat een ander probleem. Het lijkt er in dat geval op alsof Hesselink, startend vanuit de zienswijze dat redelijkheid en billijkheid de rechter geen hulp biedt, verdedigt dat de rechter geen enkele richtlijn ter beschikking heeft bij het uitvoeren van zijn rechtsscheppende taak (behalve wellicht het positieve recht, maar hoe verhoudt dit zich dan tot zijn discretie?). Bevat de alternatieve visie van Hesselink dan toch, zonder dat hij het zo benoemt, een nieuwe rechtsvindingstheorie? Een nieuw soort *Freirechtsschule*? Normloosheid?

Wat garanderen de deskundigheid en de vooropleiding van de rechter als deze steeds vrij is zijn subjectief oordeel over het recht te geven?

3. Hoe het concretiseren, aanvullen, corrigeren zich tot elkaar verhouden, wordt niet erg duidelijk. Vergelijk Hesselink, *diss.*, p. 23, 51, 58-64, en 405.

4. Hesselink, *diss.*, p. 403-404.

5. Hesselink, *diss.*, p. 404.

6. Hesselink, *diss.*, p. 400.

Betekent dit dat de rechter na zijn oordeelsvorming en voor de uitspraak zijn oordeel moet toetsen aan beginselen, natuurrecht of mischien toch de redelijkheid en billijkheid?

7. Hesselink, *diss.*, p. 403, resp. 404.

d. Ook los van het voorgaande rijst de vraag of redelijkheid en billijkheid niet een zekere richtinggevende functie hebben (en daarmee 's rechters discretie beperken). Wij wijzen op wat Hesselink zelf schrijft over artikel 3:12 BW. Uit hoofde van deze bepaling behoort de rechter bij het vaststellen van wat redelijkheid en billijkheid eisen rekening te houden met rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de in het concrete geval betrokken maatschappelijke en persoonlijke belangen. Hesselink zegt hierover dat de rechter *altijd* de in artikel 3:12 BW genoemde gezichtspunten moet meewegen en dat de bepaling '(...) daarom beter [kan] worden opgevat als een poging van de wetgever te bepalen hoe de rechter een nieuwe regel moet vaststellen, dat wil zeggen als een poging aan te geven waarmee de rechter rekening moet houden wanneer hij regels concretiseert, aanvult, corrigeert.⁸ Maar als dit zo is, constateren wij een tegenstrijdigheid. De in artikel 3:12 BW genoemde gezichtspunten zijn tot op zekere hoogte objectiveerbaar. Indien de rechter deze in acht moet nemen, kan hij in zoverre geen discretie hebben. Tenzij hij artikel 3:12 BW helemaal loslaat, zal Hesselink er dan ook niet aan kunnen ontkomen aan te geven hoe ver het 'in zoverre' reikt. Ook dit behoort tot de klassieke rechtsvindingsvragen.

4. Rechtsschepping en precedentwerking

Hierboven is al aangegeven dat volgens Hesselink iedere rechterlijke beslissing nieuw recht scheidt. Op deze stellingname valt naar onze mening zowel feitelijk als theoretisch het een en ander af te dingen. Zeer veel rechterlijke uitspraken herhalen louter wat eerder is beslist. Dat is niet alleen het geval bij lagere rechtspraak, maar ook bij de rechtspraak van de Hoge Raad. Omwille van deze praktische reden wordt bijvoorbeeld ongeveer de helft van de civiele uitspraken van de Hoge Raad niet gepubliceerd. Ook in theoretisch opzicht is de stellingname van Hesselink niet vanzelfsprekend. Hij betoogt dat wanneer dezelfde feiten aan de rechter worden voorgelegd, het gelijkheidsbeginsel vergt dat de rechter overeenkomstig zijn eerdere beslissing uitspraak doet. Iedere rechterlijke uitspraak heeft derhalve precedentwaarde voor latere, identieke gevallen.⁹ Aan de an-

dere kant hamert hij erop dat iedere rechterlijke uitspraak nieuw recht creëert. Wij kunnen dit niet zonder meer met elkaar in verband brengen. Hoe kan een uitspraak zowel een precedent volgen als zelf een precedent (nieuw recht) scheppen?

Het onverkort toekennen van precedentwaarde aan iedere rechterlijke uitspraak heeft belangrijke bezwaren.

Moet een foutieve of wegens voortschrijdende maatschappelijke inzichten verouderde beslissing tot in lengte van dagen worden gevolgd enkel en alleen omwille van het gelijkheidsbeginsel?¹⁰ Uit deze retorische vraag volgt dat er kennelijk een maatstaf is: rechtvaardigheid (ook wel aan te duiden als redelijkheid en billijkheid?).

Keren wij terug naar de stelling dat iedere rechterlijke beslissing nieuw recht scheidt. Zoals gezegd, betekent dit dat iedere beslissing op zichzelf staat en geen betekenis heeft voor andere gevallen. Iedere pretentie van veralgemening, die naar onze mening inherent is aan het recht, is daarmee prijsgegeven. Belanden wij ook hier niet bij normloosheid?

5. Afsluiting

Waarin mondt het betoog van Hesselink uiteindelijk uit? Hierboven is de term normloosheid gevallen. De rechter wordt over de gehele linie discretie toegekend, terwijl hij nauwelijks aanknopingspunten krijgt aangereikt voor de wijze waarop hij tot zijn oordeel moet komen. Inmiddels heeft Hesselink in een nadere uiteenzetting over zijn proefschrift aangegeven dat zijn '(...) alternatieve visie niet opgevat [moet] worden als een pleidooi voor meer vrijheid voor de rechter', maar dat hij slechts betoogt '(...) dat men de dingen bij hun naam moet noemen.¹¹ Betekent dit dat zijn betoog er slechts op gericht is dat de rechter zijn beslissing moet motiveren met meer dan het enkele beroep op redelijkheid en billijkheid? Wij menen dat een dergelijke stelling inmiddels gemeengoed is en ook in de rechtspraktijk wordt gevolgd. ■

Bevat de alternatieve visie van Hesselink dan toch, zonder dat hij het zo benoemt, een nieuwe rechtsvindingstheorie? Een nieuw soort Freirechtschule? Normloosheid?

8. Hesselink, diss., p. 405.

9. Hesselink, diss., p. 400-401.

10. Zo ook Hesselink, diss., 401. Uiteraard kan de wetgever ingrijpen, doch de ervaringen in het vermogensrecht wijzen uit dat dit niet spoedig gebeurt.

11. Hesselink, t.a.p. (noot 3), p. 693.