

DE TAAK VAN DE RECHTER

door G. E. LANGEMEYER

Procureur-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden

De vraag naar „de taak van de rechter”, genoemd als onderwerp waarover men een inleiding wenst, heeft iets paradoxaals. Immers, zou men aan wie ook vragen, wat een rechter is, dan zou ik niet weten welk ander kenmerk van de bekleder van dit ambt men zou kunnen noemen dan juist zijn taak. Een vraag dus naar de bekende weg? Toch niet. Wij mensen zoeken, naar een woord van Leo Polak, niet zelden „zo wijs te worden als wij in wezen reeds waren”, dat wil zeggen ons helder bewust te maken van datgene wat wij veel minder helder toch al in ons denken en doen tot uitgangspunt namen.

Reeds sedert de oudheid is men gewoon de rechtspraak te zien als een van de voornaamste functies van de staat, van andere functies duidelijk onderscheiden, al kennen we pas sedert Locke en Montesquieu de gedachte dat het wenselijk is dat zij ook door verschillende, van elkaar onafhankelijke personen worden uitgeoefend. De rechts-geschiedenis van vroege tijden of nog weinig ontwikkelde volken echter laat ons de rechtspraak wél zien als een functie van de gemeenschap, maar bepaald niet als een die men alleen zou kunnen begrijpen wanneer zij met de andere functies, die wij tegenwoordig kennen, binnen een totale rechtsorde zou zijn verenigd. Rechtspraak, zij het in hoogst primitieve vorm, komt voor bij volken die slechts naar gewoonterecht leven, waar de functie wetgeving dus nog geheel ontbreekt en de functie die wij „uitvoering” zouden noemen, voorzover zij er al is — b.v. in de vorm van leiding in de oorlog — in ieder geval nog niet „uitvoering” (van wetgeving) kan heten. Het is voor ons van belang dit te bedenken, omdat het bewijst det Montesquieu's opvatting van de rechters als „bouches de la loi”, een opvatting die bij het vernieuwen van rechtsorden in het constitutionele tijdperk, waarin we ons formeel nog bevinden, heersend was, in ieder geval niet voor alle tijden en plaatsen kan gelden. Rechtspraak blijkt een behoefte te zijn van menselijk gemeenschapsleven reeds voordat dit de behoefte voelt aan wetgeving, laat staan aan een uitputtende wetgeving, nogmaals laat staan: aan een wetgeving volgens het constitutionele model. Hier ligt reeds een begin van verklaring van het verschijnsel — dat in het middelpunt van onze aandacht zal moeten

staan — dat de rechterlijke macht in de meeste landen met maatschappelijke verhoudingen en rechtsinstellingen als de onze zich — en dat wel langs de meest geleidelijke en vreedzame weg — een positie heeft veroverd, waarvan Montesquieu niet weinig zou hebben opgekeken, Montesquieu en niet minder een dogmatische jurist van minder dan een eeuw geleden : een veel vrijere positie, maar dan ook een veel grotere verantwoordelijkheid.

Wanneer wij nu proberen voorlopig te omschrijven wat deze functie is die door alle tijden heen bij alle verschillen, die van de rechtspraak is geweest, dan kan, meen ik, als omschrijving dienen : het beslechten van conflicten (waarbij ik denk zowel aan conflicten tussen particulieren als aan conflicten tussen een particulier en de gemeenschap, en wel deze laatste in haar besturende functie of ook het strafrecht hanterende).

Maar die omschrijving zegt reeds meteen iets anders, namelijk dat partijen en de gemeenschap kunnen verwachten dat de beslechting aanvaardbaar zal uitvallen. Zeker, er zijn in verschillende landen in verschillende tijden perioden geweest van ontaarde rechtspraak, die in handen was van slechts één groep, misschien een kleine groep, misschien zelfs een enkeling binnen de gemeenschap en in het uitsluitende belang daarvan werd uitgeoefend. Maar, daargelaten dat ik geen voorbeeld zou weten van een dergelijke toestand die zich blijvend heeft vermogen te handhaven, is het niet denkbaar dat de leden van een gemeenschap van eigenrichting tot rechtspraak zouden zijn overgegaan — wat toch op een gegeven ogenblik geschied moet zijn, zij het natuurlijk op verschillende ogenblikken voor verschillende onderwerpen — wanneer niet deze rechtspraak ook voor de sterkere partij meer aanvaardbaar was dan het uitvechten van het geschil. Dit is voor sommige onderwerpen zeker ook wel gebeurd onder druk van een inmiddels ontstane en tot vrij grote macht gekomen overheid — men denke aan de ontwikkeling van het delictenrecht — maar zulk een overheid is een te laat verschijnsel om daar de oorsprong van de rechtspraak te zoeken.

Met „aanvaardbaar” bedoel ik natuurlijk niet : volledig bevredigend. Dat zal een beslissing voor de verliezende partij niet spoedig zijn. Ik bedoel niet meer dan dat er een grote kans is dat de beslissing ook voor de verliezende partij niet zo onbevredigend uitvalt dat deze er de voorkeur aan zou hebben gegeven het geval uit te vechten, indien dat nog mogelijk was. Ook de overige leden van de gemeenschap — zij die nog niet in een conflict betrokken zijn, maar uit de aard der zaak kans hebben om het te worden — zullen alleen reden hebben het tot stand komen van rechtspraak en de verwezenlijking van haar beslissin-

gen te bevorderen, indien zij daarvan aanvaardbare beslissingen verwachten. En die medewerking zal juist in een nog weinig georganiseerde rechtsorde onmisbaar zijn.

Ook is moeilijk denkbaar dat de positie van rechter — hetzij nu als scheidsman in een primitieve maatschappij of als een bijzonder soort ambtenaar in een maatschappij als de onze — veel aantrekkelijks zou hebben wanneer hij niet naar aanvaardbare beslissingen zou kunnen streven, behalve hoogstens in perioden, die er geweest zijn, waarin het rechtersambt voornamelijk een mogelijkheid gevormd heeft om zich te verrijken.

Ik leg op dit verband tussen de behoefte die de rechtspraak heeft doen ontstaan en groeien en de aanvaardbaarheid van haar uitspraken zo de nadruk, omdat het dit verband is dat, naar het mij toeschijnt, de enige verklaring kan leveren van de merkwaardige ontwikkeling die de taak van de rechter in onze tijd ondergaan heeft onder een stelsel van suprematie van de wetgever, en dat zonder wijziging in de wet, behalve dan — wat Nederland betreft — in vrij recente tijden bij nieuwe instituten (de ruime omschrijving van de taak van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven en, heel recent, de wijziging van artikel 99 van de Wet op de Rechterlijke Organisatie in 1963).

Men kan zich rechtspraak als vrij algemeen toegepast alleen voorstellen in een maatschappij die in betrekkelijk hoge mate zowel homogeen als stabiel is. „Betrekkelijk hoge mate”; elke maatschappij en een meer ontwikkelde meer dan een primitieve, kent tegenstellingen en verandering. Gelukkig! Maar het is duidelijk dat wanneer in een samenleving grote groepen vergaande en snelle verandering nastreven, terwijl andere groepen ofwel geen verandering of verandering in tegengestelde richting wensen, het punt bereikt kan worden waarop een van beide of beiden de beslissing liever van een krachtmeting dan van de onvoorspelbare — of misschien juist maar al te zeer voorspelbare — beslissing van een rechter willen laten afhangen. De zoveel geringere rol die rechtspraak speelt in internationale dan in nationale verhoudingen illustreert dit duidelijk.

Verplaatsen wij ons nu naar een rechtsstelsel, zoals het onze naar de letter nog is, waarin de wetgevende macht centraal staat. De wetgever heeft dan natuurlijk — althans formeel — de bevoegdheid om de taak van de rechter te bepalen en als hij dat wil te beperken tot „bouche de la loi”. Onze wetgever uit het begin van de vorige eeuw heeft daarvan in bijzonder vergaande mate gebruik gemaakt. De artikelen 3, 5, 11 en 13 van de Wet houdende Algemene bepalingen doen dit nog wat meer expliciet dan haar Franse voorbeeld de „Titre

préliminaire" van de Code civil (1). Dit is te meer opvallend omdat de eerste aanloop naar een nationale wetgeving, de ontwerpen van Kemper van 1816 en 1820 juist een uitdrukkelijke verwijzing naar de aanvullende werking van buitenwettelijke rechtsbronnen bevatten. Wel is bekend dat artikel 13, dat wél aan de Code is ontleend, een van die merkwaardige wettelijke formuleringen is waarin diametraal tegenovergestelde opvattingen schijnbaar verzoend zijn (is het beroep op stilzwijgen, duisterheid of onvolledigheid der wet maar een onwaarachtig voorwendsel, dan wel kunnen zij voorkomen, maar ontheffen zij de rechter niet van de plicht om een beslissing te geven, die hij dan uitteraard geheel of gedeeltelijk elders dan uit de wet zal moeten putten?), maar het is evenmin twijfelachtig dat de eerste opvatting destijds de overwegende was en dat men tientallen jaren lang het samenstel van de vier artikelen in strikt legistische zin heeft opgevat en zich door die opvatting heeft laten leiden.

Ook de inleidende titel van het ontwerp Meijers voor een nieuw Nederlands burgerlijk wetboek schrijft aan de rechter zijn wijze van rechtsvinding voor, minder legistisch dan de Wet A.B., maar toch in verhouding tot de thans in de literatuur vooral naar voren komende denkbeelden vrij legistisch. Het is veelzeggend dat het reusachtige prestige van Meijers niet heeft belet dat de Tweede Kamer de behandeling van deze titel voor onbepaalde tijd heeft uitgesteld, toch wel kennelijk vooral uit tegenzin tegen alle voorschriften aan de rechter op dit gebied.

Men kan zeggen dat de theorie bijna gedurende een eeuw na de tot standkoming van onze codificatie dienovereenkomstig is geweest (2). Meer dan een halve eeuw rotsvast; het wetspositivisme heerste zowel omdat men het juist achtte als methode als omdat de wet het had

(1) Wet van 15 mei 1829 (Staatsblad nr. 28) houdende algemene bepalingen der wetgeving van het Koninkrijk; — art. 3: Gewoonte geeft geen recht, dan alleen wanneer de wet daarop verwijst; — art. 5: Eene wet kan alleen door eene latere wet, voor het geheel of gedeeltelijk, hare kracht verliezen; — art. 11: De regter moet volgens de wet regtspreken; hij mag in geen geval de innerlijke waarde of de billijkheid der wet beoordeelen; — art. 13: De regter die weigert regt te spreken, onder voorwendsel van het stilzwijgen, de duisterheid of de onvolledigheid der wet, kan uit hoofde van *regtsweigering* vervolgd worden.

(2) Merkwaardig is alleen dat juist de belangrijkste van de makers van de Code civil, PORTALIS, reeds aanstonds een geheel andere zienswijze huldigde. De beroemde plaatsen uit de „Discours préliminaire”, die bijna honderd jaar zonder nawerking zijn gebleven, zouden na honderd jaar nog modern zijn geweest. Zie FENET, *Recueil complet des Travaux préparatoires du Code Civil*, I, blz. 462 e.v. Ik citeer slechts de beroemde zinnen „Un code quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé que mille questions inattendues viennent s'offrir au magistrat. Car les lois, une fois rédigées demeurent telles qu'elles ont été écrites. Les hommes au contraire ne se reposent jamais”. Even verder wijst hij als taak van de rechter aan „saisir le vrai sens des lois, les appliquer avec discernement et les suppléer dans les cas qu'elles n'ont pas réglés” en zegt tenslotte „Forcer le magistrat de recourir au législateur, ce serait admettre le plus funeste des principes”.

vastgesteld; de beide gronden versterkten elkaar uit hun aard over en weer. En ook nadat het wetspositivisme niet meer onaangevochten was gebleven, was het toch overheersend. Wel is de weerstand in Nederland vroeg begonnen; alleen Duitsland ligt met Bülow's „*Gezetz und Richteramt*” een paar jaar voor op Hamaker met zijn *Het recht en de maatschappij* van 1888, maar de mijlstenen langs deze weg staan aanvankelijk ver uiteen: Gén'y met zijn *Méthode d'interprétation* (1898), Krabbe met *Die Lehre der Rechtssouveränität* (1906), de Duitse *Freirechtsschule* ongeveer gelijktijdig, Fockema Andreae met *Moderne Praetuur* (1907), het beroemde artikel 1 van het Zwitserse *Zivilgesetzbuch*, dat hier grote indruk heeft gemaakt (1912). Het is eerst in het werk van Paul Scholten, het indrukwekkendst maar niet het eerst in het „Algemene Deel” van 1929, dat de slotsom van deze ontwikkeling als een gelijkwaardig alternatief tegenover het legisme komt te staan.

Deze ontwikkeling vertoont merkwaardige trekken, die zolang de inzet van de strijd nog alle aandacht opeiste vrijwel onopgemerkt zijn gebleven, maar die het opmerken waard zijn.

Merkwaardig is in de eerste plaats dat men eigenlijk nooit twee vragen uiteen heeft gehouden, namelijk aan de ene kant: of de wet volstreekte bindende kracht heeft voor de burgers, aan de andere kant of zij die heeft voor de rechter. Men heeft ongeveer aldus geredeneerd: „het recht heeft de bindende kracht waarop het aanspraak schijnt te maken alleen indien men daarvoor een dwingend betoog kan leveren. Alleen dan is het „geldend recht”. De rechter heeft tot taak „het geldende recht” toe te passen. Dus moet hij alleen die regels toepassen waarvoor dat „betoog zich laat leveren”. Toch liggen beide vragen duidelijk verschillend. De burger kan zich bewust zijn van verschillende normen en beginselen die zich als normatief aan hem kunnen voordoen: normen van positief recht, van rechtvaardigheid, van zedelijkheid. Of die aanspraak op normativiteit een volstreekte is, kan niet blijken uit die regels zelf. Het betoog daarvan zal van elders moeten worden geleverd. Men kan wel zeggen dat voor de hedendaagse filosofie (die overigens natuurlijk niet definitief is) dit betoog niet dwingend te leveren valt. Ten gunste van de naleving van de wet laten zich natuurlijk in de meeste gevallen voor de hand liggende en zwaarwegende redenen aanvoeren, maar nimmer valt uit te sluiten dat, al is het maar in een aantal gevallen de redenen ten gunste van andere normen, waarvan het positieve recht afwijkt, zwaarder zullen wegen.

Geheel anders staat het met de rechter. In een ontwikkelde rechtsorde kan men zich niet goed anders voorstellen dan dat zijn bevoegdheden

zijn geregeld bij de wet. In beginsel zou de wet ze dus ook strikt kunnen omgrenzen, wat de Nederlandse wetgever in de Wet Algemene Bepalingen dan ook heeft nagestreefd. In beginsel zal ook niemand dit betwisten. Niemand zal aannemen dat, wanneer de rechter bij voorbeeld een lijfstraf zou opleggen en zijn vonnis zou bij ongeluk onherroepelijk worden, dit vonnis ook maar enige kans zou hebben om te worden geëxecuteerd.

Het is dus zo dat, wanneer de artikelen 3, 5, 11, 13 van de Wet A.B. nog ernstig zouden moeten worden opgenomen, de rechter, tenminste de gewone rechter, voor wie deze artikelen gelden, niet de bevoegdheid zou hebben anders recht te spreken dan op een wijze die zich laat opvatten als strikt volgens de wet.

Nu staan natuurlijk de twee vragen die ik zo even van elkaar heb onderscheiden daarom nog niet geheel los van elkaar. Ook de burger zal goed doen in overeenstemming met de wet te handelen — in het belang van zijn medeburgers zowel als in het zijne — zo lang niet een norm, een beginsel, een belang van duidelijk hogere waarde hem reden geeft om dat niet te doen, en het belang voor hemzelf en anderen om het wél te doen zal duidelijk nog in gewicht toenemen wanneer hij er op zal moeten rekenen dat de rechter de wet en niets dan de wet zal toepassen.

Toch is de werkelijkheid thans in ons land reeds geheel anders. Waardoor dat komt hoop ik aanstonds te bespreken.

Tweede bijzonderheid. De baanbrekende theorieën ten gunste van rechterlijke vrijheid (Hamaker, Krabbe) waren geenszins bijzonder sterk, nog daargelaten dat zij onderling hemelsbreed verschilden. Zij hebben dan ook beide meer bestrijding gevonden dan aanhang. Scholten stond theoretisch zeker sterker maar was dan ook veel minder radicaal. Trouwens, Scholten kan reeds uitgaan van een praktijk, die zeker niet meer streng legistisch was (natuurlijke verbintenis, misbruik van recht). Het bijzondere van zijn denkbeelden was echter hun buitengewone rekbaarheid. Door te stellen dat bij de rechtsvinding een veelheid van overwegingen in aanmerking moet worden genomen en dat het uiteindelijk „het geweten” is dat daartussen kiest schept hij de mogelijkheid dat de keuze op den duur veel lichter tegen de wet kan uitvallen dan Scholten zelf misschien juist zou hebben gevonden. Duidelijk tekent zich dat naar mijn mening af in de pas verschenen dissertatie van Mr. P. Abas (1), over *Beperkende werking van de goede trouw*, die een uitvoerige inleiding omtrent de

(1) Amsterdam, 1972; recensie zal verschijnen in *T.P.R.*, 1973, nr. 4.

rechtsvinding in het algemeen bevat en onder een principieel uitdrukkelijke aansluiting bij Scholten toch duidelijk een veel radicaler standpunt huldigt. Ook andere meer of minder radicale theorieën Eggens, ter Heide en, het allerverst gaand Schoordijk, hoezeer zij het verschil met Scholten mogen markeren, zijn toch als het ware door diens werkzaamheid ontheven van de negatieve bewijslast ten nadele van het legisme, kunnen zich veel meer concentreren op de vraag hoe het wél moet, wat een veel sterker betoog mogelijk maakt. Niet minder echter dan door de werkzaamheid van Scholten is het betoog hun vergemakkelijkt door de praktijk, vooral die van de Hoge Raad (1).

Het merkwaardige van deze ontwikkeling is dus deze dat zij sterker bepaald schijnt door andere krachten dan door de theoretische sterkte van de opvattingen, die het eerst de strijd tegen het legisme hebben aangeboden.

Maar nu de derde eigenaardigheid. Zoekt men naar die krachten dan zou men geneigd zijn allereerst te zoeken in de richting van wat men met een wat vaag maar daarom nog niet zinloos woord „behoefte van de maatschappij” noemt. Dat zal ook wel juist zijn, maar dan toch op een bijzondere manier. Tot aan de tweede wereldoorlog gaat de toch reeds sterke en succesvolle drang naar rechterlijke vrijheid niet uit van de burgers in het algemeen of hun spreekbuizen, de pers en de nieuwe publiciteitsmedia; zij is geheel het werk van juristen. Wel werden die juristen natuurlijk geïnspireerd door maatschappelijke belangen die zij meenden te onderkennen. Pas in de laatste twee decennia zijn het die media die de rechtspraak-kritiek in handen nemen, soms heilzaam — in zover iedereen beoordeling van buiten eigen kring nodig heeft — niet altijd met voldoende kennis van zaken en begrip voor de mogelijkheden van de rechtspleging.

De grote rol van de juristen hier is interessant. Zij lijkt mijn mening te bevestigen dat het wezen van de rechtspraak, zoals dit wordt bepaald door de behoefte die zij bedoeld is te bevredigen, maakt dat men rechters er niet op den duur toe krijgt beslissingen te geven die zij niet voor aanvaardbaar kunnen houden.

Laatste merkwaardige bijzonderheid : de geringe weerstand die het legisme, dat dan nog wel kon steunen op hoogst ondubbelzinnige

(1) J. EGGENS, *Iets over de verhouding van recht en wet in verband met „ongerechtvaardigde verrijking” en „misbruik van dwangpositie”*, afscheidscollege, 1961; — J. TER HEIDE, *De onafhankelijkheid van de rechterlijke macht*, intreerede, 1970; — H. C. F. SCHOORDIJK, *Oordelen en vooroordelen*, lustrumrede voor de Hogeschool te Tilburg, 1972 (uitvoerig en met rijke literatuurvermelding); zie ook PIRLO, A., *De ontwikkeling van een gesloten naar een open systeem van verbintenissen in de rechtspraak van de Hoge Raad*, T.P.R., 1973, blz. 163-183.

wetsvoorschriften, heeft vermogen te bieden. Nu stond het legisme, het werkpositivisme, ook van zijn kant theoretisch niet sterk. Het is een speciaal negentiende-eeuws verschijnsel, door en door verklaarbaar uit een merkwaardige samenloop van omstandigheden, maar niet langer sterk dan die omstandigheden haar kracht behielden. Samengewerkt hebben hier : het discrediet van het natuurrecht onder invloed van Kant enerzijds, van de historische school anderzijds, verder een ver gedreven eerbied voor de staat als uitwerking van een Hegelianisme dat zich, sterk gepopulariseerd ver buiten de filosofische school van Hegel heeft uitgebreid, de uiterst hoge schatting van de constitutie en van de parlementaire wetgeving als moeizaam verworven bezit, een niet minder grote waardering voor de codificatie als overwinning op een te chaotische rechtstoestand, en tenslotte bewondering voor de natuurwetenschappen met hun steeds nauwkeuriger vaststelling van feiten, waarvoor men liefst niet zou hebben willen onderdoen. Waardenschattingen dus, waarvan sommige zijn weggefallen, andere nog grotere betekenis bezitten, maar die toch de bekoring van het nieuwe lang hebben verloren.

Hoe dit zij, de weerstand is betrekkelijk gering geweest. De afwijking van de Wet Algemene Bepalingen heeft niet de verontwaardiging gaande gemaakt die zeker gevolgd zou zijn bij even krasse inbreuken op een nog volwaardige wetsbepaling. De tegenstroming die zich rond 1950 voor een ogenblik heeft geopenbaard is zonder *follow up* gebleven. Tenslotte heeft dan de wetgever eerst door de taakomschrijving voor het College van Beroep voor het Bedrijfsleven, vervolgens door de invoeging van de „schending van het recht” in artikel 99 van de Wet op de Rechterlijke Organisatie zijn zegel aan deze ontwikkeling gehecht.

Zo zijn we nu op een punt aangeland waar men met voor ogen aan de ene kant rechtspraak als die over het staatsnoodrecht, het arrest *De Visser-Harms* (1), in wezen de gehele regeling van de legitieme portie opzij heeft gezet, die over misbruik van recht door particulieren, over misbruik van bevoegdheid door de overheid, aan de andere kant een theorie als die van Schoordijk in zijn Tilburgse lustrum-rede, de neiging zou kunnen krijgen de vraag niet meer te stellen als : wanneer zijn wij bij uitzondering niet aan de wet gebonden, maar in de vorm : wanneer zijn wij toch werkelijk nog aan de wet gebonden ? Een paradox is dit in zover dat ik, hoewel mij hier eensgezind voelend

(1) H.R., 30 november 1945, *N.J.*, 1946, nr. 62, dat aanneemt dat de man door een levensverzekering te nemen ten gunste van zijn vrouw een natuurlijke verbintenis vervult.

met Schoordijk, mij moeilijk anders kan voorstellen dan dat ook in een afzienbare toekomst numeriek bezien de grote meerderheid der conflicten die zich voordoen beslecht zullen worden aan de hand van de wet. „Schliessliche erleichtert Gesetzeskenntnis doch ungemein die Rechtsanwendung” heb ik eens een wijs Duits rechter horen zeggen. Maar geen paradox in zover dat het verhelderend kan zijn de vraag ook eens in de laatste vorm te stellen.

Overziet men deze vrije rechtspraak van de Nederlandse Hoge Raad (ik meen dat het in België niet veel anders ligt), dan valt op dat zij, behalve misschien in de allerlaatste tijd, meestal de gedaante aanneemt van het poneren van een algemeen beginsel van zeer wijde strekking, dat dan in het te beoordelen geval een bepaalde, meer speciale wetsbepaling doorbreekt, maar in zijn consequentie nog onafzienbaar vele zou kunnen doorbreken : in het strafrecht afwezigheid van schuld, in het privaatrecht natuurlijke verbintenis, relativiteit van de onrechtmatige daad, misbruik van recht, misbruik van overheidsbevoegdheid, en het allerwijdst van strekking : staatsnoodrecht. Afwijking van de wet die zich beperkt tot het doorbreken van een regel die een bepaalde *casuspositie* regelt zijn veel zeldzamer en vertonen zich eerst in de laatste tijd enigszins duidelijk. Dit schijnt vreemd maar het is dunkt me niet verwonderlijk. Tussen het algemene beginsel en de speciale regel is de botsing niet zo duidelijk als tussen de speciale regel en een beslissing die daar duidelijk van afwijkt. Niet zelden ook zal het algemene beginsel in de „geest” van de totale rechtsorde een meer of minder sterk aanknopingspunt vinden. Ja, het enkele feit dat men aan het nieuwe beginsel een naam kan geven, die reeds op zichzelf een overtuigende klank heeft — „afwezigheid van schuld”, „misbruik van recht”, „staatsnoodrecht” maakt de aanvaarding, psychologisch bezien, gemakkelijker.

Treffend komt dit uit bij het staatsnoodrecht, zowel in België als in Nederland wanneer men de gang van zaken in beide landen vergelijkt. In België was tijdens de eerste wereldoorlog de toestand ongeveer als bij ons tijdens de tweede : het Parlement niet, Koning en Ministers wél tot handelen in staat. De Koninklijke wetsbesluiten, zonder de voor een wet grondwettelijk vereiste medewerking van de het parlement tot stand gekomen hebben in beide gevallen erkenning gevonden met zeer overeenkomstige redeneringen. Zouden die redeneringen precies hebben aangegeven wat wel en wat niet mogelijk was, dan zou de Belgische regering, zonder Koning, te Londen tijdens de tweede wereldoorlog niet wetgevend hebben kunnen optreden. Zij heeft het toch, onder de drang van de noodzakelijkheid, gedaan en de rechtspraak heeft haar maatregelen na de bevrijding erkend met

de meest lapidaire van alle redeneringen : de nationale souvereiniteit, die niet verloren was gegaan, moest voor uitoefening vatbaar blijven. Wanneer men nu in al die gevallen zich beroept op „staatsnoodrecht” dan leeft men min of meer in de voorstelling dat het recht reeds te voren een beginsel van die naam bevatte, zij het nauwelijks bekend, dat men ter beschikking had zodra de nood zich werkelijk voordeed. Natuurlijk was het precies omgekeerd, tenminste psychologisch. Bewust werd eerst de noodzaak van bepaalde regelingen, vervolgens kwam men op het begrip „staatsnoodrecht”, hetzij als volkomen improvisatie hetzij als aanknoping bij een zeer vage reminiscentie (1). Men kan de zaak filosofisch anders zien. Men kan in een idealistische gedachtengang de mening huldigen dat reeds een norm is wat eerst onder de drang van bijzondere omstandigheden, maar dan ook dwingend, aan ons bewust wordt, maar daargelaten dat dit een toch wel gewaagde, tegenwoordig zeker niet in de mode zijnde filosofie zou wezen, wordt zulk een veronderstelde norm er niet minder buitenwettelijk door.

Voor onze tijd kunnen wij er dus van uitgaan dat de taak van de rechter is te zoeken naar een aanvaardbare beslechting van die conflicten die hem kunnen worden voorgelegd. Ik zeg welbewust „voor deze tijd”; als de ontwikkeling die we aan ons geestesoog hebben laten voorbijtrekken ons iets leert dan is het wel dat op dit gebied de zekerheid van heden het verouderde kan zijn, niet van morgen, maar wel van over enkele tientallen jaren, wat ons natuurlijk niet ontslaat van de plicht om voor het gegeven ogenblik naar het best verantwoorde standpunt te zoeken. „De op een gegeven ogenblik best verantwoorde”, ik gebruik deze woorden opzettelijk, mij bewust dat zij een andere benadering van het vraagstuk insluiten dan de meest gebruikelijke. De meest gebruikelijke benadering is dat men een of andere vorm van een vrijere methode van rechtsvinding als het uit wetenschappelijk of althans uit maatschappelijk oogpunt juistere inzicht tegenover het wetspositivisme stelt, of wel in deze tegenstelling de tegengestelde partij kiest. Ik geloof niet dat men het aldus moet zien. Laat men voor een ogenblik wettelijke bepalingen over de taak van de rechter buiten beschouwing, dan is er geen reden te zien waarom men een volk dat meent zich bij strikte wetstoepassing het best te zullen bevinden tot het aanvaarden van een vrijere vinding zou moeten dwingen of omgekeerd. In meen enkel dat men voor het

(1) In Frankrijk enkele arresten van de Conseil d'Etat, bezegeld door het gezag van die machtigste van alle annotatoren, HAURIOU, bij ons de welhaast vergeten, trouwens ook door Franse gebeurtenissen geïnspireerde dissertatie uit 1910 van I. PRINS.

heden in Nederland en naar mijn indruk ook in België kan constateren : ten eerste dat strikt wettelijke maar onbevredigende beslissingen bij de openbare mening in ruime mate afkeuring en niet of nauwelijks verdediging vinden, ten tweede dat de rechtspraak in beide landen steeds gemakkelijker tot vrijere beslissingen komt, ten derde dat althans in Nederland de wetgever met voorschriften als die van artikel 5 van Wet Administratie Rechtspraak Bedrijfsleven, het gelijk luidende artikel 4 van de Wet Beroep Administratieve Beslissingen en het in 1963 gewijzigde artikel 99 van de Wet op de Rechterlijke Organisatie (schending van het recht als cassatiegrond in plaats van schending van de wet) het legisme vaarwel heeft gezegd, al zijn de voorschriften van de Wet Algemene Bepalingen, waarin dit legisme was neergelegd, blijven voortbestaan.

Zou men, enkel ter orientatie, een formulering willen geven, hoe de rechter daarbij te werk zal kunnen gaan, dan zou ik de volgende willen wagen. Als de rechter eenmaal zeker meent te zijn hetzij van wat er — zuiver feitelijk bezien — precies gebeurd is of ook van wat hij gegeven de bewijslast moet aannemen dat gebeurd is, dan zal hij zich aan de ene kant kunnen afvragen, welke beslissing daarop past wanneer men de wet toepast zoals die in rechtspraak en wetenschap tot op dat moment is uitgelegd. Reeds dit kan tot verschillende uitkomsten leiden en in dat geval zal hij om te beginnen ze alle in het oog moeten vatten. Aan de andere kant zal hij zich de vraag moeten stellen, welke beslissing hem de best aanvaardbare zou voorkomen gegeven alle hem bekende bijzonderheden van het individuele geval. Natuurlijk is er een flinke kans dat deze laatste uitkomst en de enige wettelijke elkaar dekken — zo kwaad is onze wetgeving nu ook weer niet — en dan is de zaak beslist. Dekken de best aanvaardbare oplossing en slechts een van de uit wettelijk oogpunt in aanmerking komende elkaar, dan is het al moeilijker. Immers door eenvoudig die wettelijke oplossing te kiezen die tevens de best aanvaardbare is zal de rechter, speciaal als hij een hoogste rechter is, een norm kunnen vastleggen die in andere gevallen juist minder aanvaardbare resultaten oplevert. In dat geval zal hij verder moeten vragen, welk verschil tussen die gevallen maakt dat de oplossing die schijnbaar door een bepaalde uitlegging van de wet over de hele lijn geboden en tevens de best aanvaardbare is, in sommige gevallen wél, in andere niet voldoet. Hij zal dan goed doen de beslissing die hem voorkomt én aanvaardbaar én wettelijk mogelijk te zijn mede te motiveren met de bijzonderheid die in het ene geval wél in het andere geval niet aanwezig is.

Maar ook kan het voorkomen dat de oplossing of de oplossingen, die

tot dusver konden gelden als op de wet te baseren, en de aanvaardbare niet samenvallen. Dan zijn we bij de vraag die ik zoëven opwierp : wanneer is de rechter verplicht de aanvaardbaarheid op te offeren aan de wet ?

Het antwoord op die vraag zal ik nogmaals moeten uitstellen. Ik heb namelijk tot dusver een grote moeilijkheid buiten beschouwing gelaten : er is wisselwerking tussen het zuiver feitelijke en het normatieve. Van welke feiten de rechter zich moet vergewissen hangt af van de normen die voor toepassing in aanmerking komen, Het is bij de rechter, behalve alleen bij de cassatierechter, veeleer regel dan uitzondering dat de partijen die feiten verschillend voorstellen. De rechter zal dan gedwongen zijn aanvankelijk verschillende normen als mogelijkerwijze toepasselijk in het oog te houden en de bewijslevering zo moeten inrichten dat toetsing aan al deze normen mogelijk blijft tot op het ogenblik dat de „feiten” als vaststaande mogen worden beschouwd. Geen gemakkelijke taak !

Ik zet „feiten” tussen aanhalingstekens. De lezer zal hier denken aan Glastra van Loon's *Feiten zijn geen feiten* (1) en aan Esser's *Vorverständnis und Methodenwahl*, beide met deze strekking dat de beoordeling van wat op het eerste gezicht feitelijke vragen schijnen, die in de cassatiemethodiek ook als zodanig worden bestempeld, in waarheid een normatieve werkzaamheid is. Dit is zeker waar in vele gevallen. Dezelfde zintuigelijke indrukken kunnen een geheel andere betekenis hebben naar gelang van de zin die men bereid is erin te leggen. Het meest sprekende voorbeeld is misschien het oorzakelijk verband op het gebied van het recht, waarbij men hoogstens kan twifelen of het oordeel geheel normatief is, dan wel in de vorm van de *conditio sine qua non* mede een feitelijke bijzonderheid betreft, maar er zijn vele meer. Alleen, het zou een gevaarlijke overdrijving zijn de titel van Glastra van Loon's opstel als een algemene waarheid te aanvaarden. Wanneer in een strafzaak de vraag is of de man, van wie de getuigen gezien hebben dat hij aan een ander een slag toebreacht, de verdachte is geweest dan wel iemand anders die zij voor hem hebben aangezien, wanneer een gedaagde beweert dat hij het geld dat de eiser hem geleend had in diens handen heeft terugbetaald, terwijl de eiser volhoudt dat dit eenvoudig een verzinsel is, wanneer iemand een zaak als de hem ontstolene terugvordert en de gedaagde de identiteit van de zaak ontkent, dan zijn dit zuiver feitelijke vragen, waar niets normatiefs aan is. En ook strijd over zulke vragen heeft de rechter in menigte te beslechten ! Dit punt kan verder blijven rusten

(1) *De Gids*, 1970.

met de aantekening pro memorie dat de feitelijke vragen des rechters juridische oordeel zeer belangrijk kunnen bemoeilijken.

Nog een vraag moet aan die naar de verhouding van wetsgetrouwheid en aanvaardbaarheid voorafgaan : wat is „aanvaardbaar”? Ik zie voorlopig nog af van het geval — voor de rechter de allergrootste moeilijkheid — dat wat voor sommige het meest aanvaardbare is onaanvaardbaar kan zijn voor anderen. Maar ook als zulk een scherpe de betrokkenen welbewuste tegenstelling niet bestaat ligt hier een aanzienlijke zwarigheid. Een poging om de aanvaardbaarheid te formuleren is de redactie van artikel 5 Wet Administratieve Beslissingen Bedrijfsleven „in het rechtsbewustzijn levende algemene beginselen van behoorlijk bestuur”. Wat is „in het rechtsbewustzijn leven”? Het gunstigste geval is natuurlijk dat dit de *common sense*, de *consensus* is waarmee ter Heide op dit gebied vooral opereert. Zijn terminologie lijkt me trouwens belangrijk voorzichtiger dan die van de wet. „In het rechtsbewustzijn levend” schijnt bijna te veronderstellen dat minst genomen bij een belangrijk deel van de bevolking inhoud van het beginsel zich reeds in het bewustzijn liet roepen voordat nog het concrete geval, laat staan de beslissing daarvan, aan de orde was. Dit zal, dunkt mij, niet vaak zo zijn. *Common sense* daarentegen, *consensus*, kan men ook aanwezig achten wanneer men reden heeft om te verwachten dat de rechtsgenoten in het algemeen met het geval en zijn oplossing voor ogen daarop met een gevoel van instemming zullen reageren. Dit is een figuur die zeker veel vaker zal voorkomen, maar die aan de andere kant moeilijker met zekerheid vooraf valt te voorspellen. Men zal het zich wel zo moeten voorstellen dat de jurist door vergelijking van de reactie van zijn eigen rechtsgevoel, met wat hem bekend is van reeds gebleken reacties van het algemene rechtsgevoel in vergelijkbare, liefst nog weer onderling verschillende gevallen, hetzij nu echte of bij voorbeeld voorgestelde in de literatuur, deze prognose stelt (1).

De rechter zal dus moeten afwegen — en het is niet te zien hoe hij dit anders dan naar zijn beste overtuiging, maar dan ook op zijn verantwoordelijkheid kan doen — wat in een gegeven geval zwaarder weegt, de trouw aan de wet of de aanvaardbaarheid van de uitkomst. Dit is niet een afweging van twee waarden, die elk in alle gevallen waarin ze aan de orde komen even groot zijn. Dit is reeds hierom zo omdat er natuurlijk graden van wetsgetrouwheid, graden van (on)-aanvaardbaarheid zijn. Maar wat principieel nog belangrijker is : de

(1) Vooral voor deze werkwijze van de rechter, maar ook voor het gehele onderwerp zie men het fijne betoog van G. J. WIARDA, *Drie typen van rechtsvinding*, 2e dr., 1972.

wetsgetrouwheid, de „rechtszekerheid” weegt niet steeds even zwaar.

Ik wijs erop dat het woord „rechtszekerheid”, dat gemeenlijk de associatie zal oproepen dat men zeker weet hoe het recht is, toch niet zo ondubbelzinnig is. Het kan ook betekenen : zekerheid dat „recht” en niet macht of willekeur de beslissing zal brengen en het ziet er soms naar uit of deze laatste betekenis op de eerste een weinig tot het voordeel van deze afstraalt. Ook is „rechtszekerheid” niet geheel de zuivere vertaling van „Rechtssicherheit” in het Duits, de taal waaraan nu eenmaal een groot deel van ons rechtsfilosofische begrippenarsenaal is ontleend.

Ik zou nu dit willen stellen dat „rechtszekerheid” niet is een waarde om zichzelfswil, maar even goed als de aanvaardbaarheid een waarde om der wille van het belang der justitabelen, in zekere zin dus één grond onder meerdere van aanvaardbaarheid. Dit betekent dat zij in verschillend verband een heel verschillend gewicht kan hebben. Groot zal dit gewicht in de eerste plaats zijn in al die gevallen waar het erop aankomt dat wetgeving mogelijk moet zijn, dus bij nieuwe wetten. In de tweede plaats is daar het *nulla-poena*-beginsel. Ik geloof niet dat dit nog in belangrijke mate rust op de „psychologische dwang”-theorie van Feuerbach, waaraan het zijn oorsprong, tenminste grotendeels, dankt. Thans steunt het veeleer, zo lijkt het me toe, op de nuchtere maar sterke overweging dat van het ogenblik af dat onrechtmatigheid nog geen strafwaardigheid betekent, de beslissing of de eerste behoort te leiden tot de laatste er een is die liefst met zware waarborgen van gezette overweging omkleed moet zijn. Het verdient overigens opmerking dat ook de strafrechtelijke rechtspraak van de Hoge Raad niet streng legistisch is. Vele beslissingen omtrent verduistering van giro-saldi en dergelijke (1), verder over schennis van de eerbaarheid waarbij een ander zijns ondanks tegenwoordig is (2), zijn onmiskenbaar meer door de aanvaardbaarheid van het resultaat (die mij overigens niet eens in alle deze gevallen boven twijfel verheven schijnt) dan door stipte trouw aan de wet ingegeven.

Nog een derde groep van gevallen meen ik te zien, waarin de door de wet, of haar tot dusver gebruikelijke uitlegging gewekte verwachting zwaarder weegt dan anders. Het zijn die waar men moet aannemen dat bij het formuleren van rechtshandelingen berekening met juridische voorlichting van de gevolgen een grote rol heeft gespeeld. In het bijzonder bij de soms reusachtige fiscale gevolgen

(1) Zie bijv. H.R., 12 feb. 1952, N.J., 1952, nr. 700.

(2) H.R., 4 mei 1953, N.J., 1953, nr. 488.

van overeenkomsten en verwante handelingen zal dit kunnen voorkomen. Vooral als beide partijen op dezelfde voorlichting zijn afgestaan.

Als een vierde groep zou men nog kunnen noemen die gevallen, waarin de wetgever door omschrijving met behulp van getallen blijk heeft gegeven een bij uitstek scherpe grens te willen stellen : leeftijd van meerderjarigheid, termijnen en dergelijke.

Ik zeide dat de behoefte aan rechtspraak slechts kan ontstaan en standhouden zolang de maatschappij een vrij hoge mate van homogeniteit en stabiliteit bezit. Men zou misschien kunnen stellen dat wanneer deze beide eigenschappen verminderen het verlangen naar rechtspraak aanvankelijk nog slechts groter zal worden in zover namelijk als zij tegenstellingen kan beslechten op een wijze die minder onrust te weeg brengt dan de parlementaire strijd — om van buitenparlementaire strijd niet te spreken — maar dan na overschrijding van een zekere grens snel afneemt omdat de inzet van de strijd de partijen te zeer ter harte gaat om zich nog aan een oordeel van welke derde ook te willen onderwerpen. Het is duidelijk dat de homogeniteit en stabiliteit op het ogenblik in onze Nederlandse samenleving aan het verminderen zijn ; het ziet er, dunkt me, nog niet naar uit dat reeds het punt bereikt is waarop men over omstreden vragen geen rechtspraak meer wenst. Men kritiseert de rechter veel meer dan vroeger, men hoopt hem misschien daardoor in een bepaalde richting te beïnvloeden, maar men zoekt zijn beslissing misschien nog meer dan in rustiger tijden, zij het misschien soms met de bedoeling dat hij zich zal compromitteren en daardoor nieuwe munitie in de strijd tegen het *establishment* zal leveren.

Nu betekent het feit dat bij dergelijke maatschappelijke conflicten het verlangen toeneemt om ze aan de rechter voor te leggen niet dat dit ook de beste oplossing zou zijn, althans niet in de meeste gevallen. De parlementaire wetgeving is er tenslotte om maatschappelijke controversen te beslissen en biedt naar haar opzet veel groter waarborgen voor een beslissing naar de wil van de meerderheid dan de rechterlijke macht, bij welke een bereikbare mate van evenredige vertegenwoordiging van politieke en wereldbeschouwelijke richtingen zeker ook wenselijk is, maar waarbij het uitteraard onmogelijk is iedere kamer van drie of van vijf volgens die evenredigheid samen te stellen. Verder laat zeker niet iedere verandering van recht, hoe wenselijk misschien ook, zich zonder verandering van de wet verwezenlijken. Dat de rechter waar verandering van recht nodig schijnt altijd de taak van de wetgever overneemt zou een eis zijn waaraan de rechter niet kan voldoen en verlangt men het toch van hem, dan

wekt men de schijn dat hij het wél zou kunnen en belast hem met een onverdiend *odium* als het onmogelijk blijkt.

Daar staat echter tegenover dat men met zekerheid kan voorspellen dat de wetgever niet altijd zal kunnen doen wat hij bij zuivere werking van het democratische beginsel eigenlijk zou moeten doen. Daarvoor kan men zonder moeite een hele reeks van oorzaken opsommen. Ik noem slechts deze. Vooreerst is de wetgever thans chronisch overbelast en komen ook wettelijke regelingen waartegen geen ernstige oppositie bestaat daardoor met grote vertraging tot stand. Verder brengt deze zelfde overbelasting mee dat parlamentsleden alleen van die in de samenleving gevoelde behoeften op de hoogte raken, die met een zekere mate van heftigheid worden voorgedragen en dit behoeven niet altijd de meest dringende te zijn. Bovendien echter brengen de partijvorming zowel als de vorming van regeringscoalities mee dat het zeer goed mogelijk is dat maatregelen, waarvoor in het volk als geheel een ruime meerderheid zou bestaan, bij de partijen die op een zeker ogenblik de regering vormen in de minderheid blijven. De echtscheiding is er in Nederland tientallen jaren lang, tot 1970, een treffend voorbeeld van geweest. Ieder die de werkelijkheid kende wist dat de gemakkelijke weg om — mits de andere echtgenoot meewerkte — *à la barbe* van de wet te scheiden ook benut werd door mensen die er niettemin niet over zouden hebben gedacht te stemmen op een andere partij dan een van degene, die destijds verruiming van echtscheiding principieel verwierpen, een houding waartegen niets is in te brengen wanneer de betrokkene van mening is dat zijn partij belangen van nog meer gewicht het best behartigt. Wij staan dus voor het feit dat er een aantal fel omstreden onderwerpen op het gebied van het recht zijn, waarbij niet of nauwelijks te verwachten is dat de wetgever binnen afzienbare tijd de wet zal aanpassen aan de ontwikkeling van de denkbeelden. Wat moet de rechter, wiens ingrijpen de ernstige bezwaren heeft die ik noemde, nu doen? Ik kom hier aan het enige punt op dit terrein waar ik een verschil van mening van zakelijk belang zie met ter Heide. Alle andere verschillen tussen ons beiden zijn verschillen van redenering en formulering, daarom nog niet onbelangrijk, maar toch van niet heel groot gewicht. Ter Heide dan neemt dat bij dergelijke controversen als waarom het hier gaat de rechter aan de wetgever zijn verantwoordelijkheid moet laten en een uitspraak moet weigeren. Nu neem ik niet aan dat ter Heide hier denkt aan de rechtsweigerings die in de artikelen 844 e.v. van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering wordt geregeld. Maar ook afgezien daarvan meen ik dat de door hem gewezen uitweg uit de moeilijkheid er geen is, om deze reden dat ook

bij het uitblijven van een beslissing een van de partijen zijn zin krijgt en de andere niet, al naar de ligging van het conflict degeen die verandering wil of die haar niet wil.

De rechter staat dus hier voor de taak de meest aanvaardbare beslissing te zoeken. Gecompliceerd, en niet weinig, is die taak echter doordat zijn beslissing hoe zij ook uitvalt voor een belangrijke groep niet aanvaardbaar zal zijn. Op het eerste gezicht schijnt het meerderheidsbeginsel als oplossing aangewezen. Ik geloof niet dat dit zonder meer zou opgaan. Daargelaten nu dat de rechter niet over de middelen beschikt om de meerderheid met zekerheid te bepalen (opiniepeilingen schijnen mij een weinig betrouwbaar middel dat bovendien telkens zou moeten worden herhaald) zal men moeten bedenken dat het heel goed mogelijk is dat er in het geheel geen meerderheid is; de kwestie kan velen, misschien zelfs de meerderheid, onverschillig laten. Maat bovendien zou ik willen verdedigen dat het niet alleen op de verbreiding maar ook op de intensiteit van een bepaalde opvatting aankomt, ja soms op de betekenis die ze heeft voor wie haar aanhangt. Deze overweging kan de ene keer ten gunste van verandering, de andere keer daartegen werken. Ik geef voorbeelden, waarmee men het natuurlijk niet eens behoeft te zijn, maar die in ieder geval mijn bedoeling illustreren. Bij abortus is denkbaar dat het af-drijven van een vrucht die anders gevaar loopt diep gebrekkig ter wereld te zullen komen door een belangrijk deel van het volk gevoeld wordt als een onvoorwaardelijk ontoelaatbare aantasting van het leven, daarentegen door de aanstaande ouders en hun arts als een morele plicht om grote ellende te voorkomen. Hier kan men nu aldus redeneren dat de laatsten sterker recht hebben om te doen wat hun geweten gebiedt aan henzelf dan de eersten te beletten wat naar hun overtuiging moet verboden worden aan anderen. Op het gebied van pornografie zou het precies omgekeerd kunnen zijn, tenminste als men denkt aan wat welhaast ieder beschouwt als waardig behouden te worden, het verbod om pornografie op te dringen. Hier zou ik menen dat een nog zo grote meerderheid die pornografie onschuldig of zelfs aantrekkelijk vindt niet het recht heeft aan hen, die door de opgedrongen aanblik ervan gekwetst zouden worden in gevoelens die hun heilig zijn, de bescherming daartegen te onttrekken.

Het arrest van het Amsterdamse hof in zake de staking levert naar mijn mening een voorbeeld van een in beginsel juiste benadering, ook al kan men achter de feitelijke juistheid van enkele elementen van de redenering een vraagteken plaatsen (1). Juist acht ik de benadering,

(1) Amsterdam, 13 april 1972, *N.J.*, 1972, nr. 192.

omdat het hof ernaar heeft gestreefd zich zoveel mogelijk te vergewissen van wat thans hier te lande de prevalerende rechtsovertuiging is. Dat er twijfel kan rijzen aan de juistheid vloeit voort uit de weinig belovende vooruitzichten van het door het hof aangehaalde wetsontwerp (wat overigens bepaald niet op een omslag van de opinie ten nadele van de toelaatbaarheid van vele stakingen wijst) en op het feit dat Nederland bij de aanvaarding van het Europees Sociaal Handvest juist voor de staking een voorbehoud heeft gemaakt (zij het niet op grond van principiële afwijzing van alle staking).

Een extra-moeilijkheid bij de controversen waarop ik hier het oog heb is nog deze dat natuurlijk zich niet plotseling een meerderheid voor verandering vormt; het zal wel altijd met een kleine minderheid beginnen, die misschien geleidelijk tot een meerderheid aanwast. Uit wat ik zei over de betekenis van de meerderheid in deze zou trouwens volgen dat de rechter soms met het oog op de intensiteit van de overtuiging waarom het gaat op deze omslag hetzij vooruit zal moeten lopen, hetzij daarbij achter zal moeten blijven.

RÉSUMÉ

LA TACHE DU JUGE

Notre codification part de l'idée que cette tâche est exclusivement délimitée par la loi (art. 3, 5, 11 B.W. et — de manière équivoque — 13 A.B.). Il ne peut être avancé à l'encontre de cette idée, comme cela s'est fait vers le début de ce siècle, que la loi ne peut fixer sa propre force obligatoire. Ceci vaut en philosophie du droit à l'égard des citoyens, mais non pour le juge dont les pouvoirs n'existeraient pas sans la loi.

Pourtant cette dépendance vis-à-vis de la loi a été de plus en plus battue en brèche, d'abord par une tolérance tacite, ensuite avec l'assentiment du législateur (art. 5 Loi Juridiction administrative Organisation professionnelle, art. 4 Loi B.A.B., art. 99 R.O. après la modification de 1963).

Explication de cette évolution :

- a. la juridiction est un besoin social encore plus original et plus fondamental que la législation. Ce besoin implique l'admissibilité de la décision.
- b. la loi ne peut remplir sa tâche de manière exhaustive (déjà compris par Portalis).

Ceci rend également explicable que cette évolution n'ait pas été freinée par la relative faiblesse précisément des théories novatrices (Hamaker, Krabbe, les „Freirechtler“).

Ceci explique aussi que le législateur n'ait pas tenté d'opposer de la résistance (significatif est le sort de l'art. 32 Loi sur le Logement).

Il est remarquable que cette évolution ait très longtemps été entièrement le fait de juristes. Ce n'est que beaucoup plus tard, environ après la seconde guerre

mondiale, que des organes de l'opinion publique commencèrent également à essayer d'exercer une influence sur la jurisprudence. Il faut cependant admettre que les juristes ont été inspirés par ce qu'ils se représentaient comme les „besoins de la société” et par leur responsabilité, découlant de leur tâche originaire, pour la plus grande satisfaction possible de ces besoins.

Le bilan de cette évolution a été dressé par P. Scholten. La loi est, à côté d'autres facteurs d'invention juridique, une des considérations dont la „conscience” du juge décide comment elles doivent être mises en balance. On trouve un reflet magistral de l'application de ce point de vue dans la pratique de la jurisprudence chez G. J. Wiarda.

Ce qu'il faut entendre à cet égard par „conscience” dépend de la conception philosophique de l'univers chez le juge, mais la compréhension de sa fonction sociale devra empêcher celui-ci d'accorder une incidence décisive à son idéologie personnelle s'il sait que celle-ci n'est pas assez généralement partagée.

La formule de Scholten permettait par sa nature une évolution dans le sens d'une liberté encore plus grande pour le juge. Cette évolution ne s'est d'ailleurs pas fait attendre (Eggers, ter Heide, Schoordijk).

Le juge devra donc, suivant la conception actuellement dominante (qui ne doit pas nécessairement être la „bonne” pour tous les temps et tous les pays), mettre en balance, sous sa responsabilité, les intérêts du respect de la loi, de la sécurité juridique et de l'acceptabilité de sa décision.

La „sécurité juridique” implique deux choses; protection contre l'arbitraire et possibilité de prévoir l'issue d'un procès. Chacun sera certainement prêt à reconnaître la première. La seconde a, dans des situations différentes, une importance nettement divergente, mais abstraction faite de ce que s'attacher strictement à la loi ne peut la réaliser complètement. Son importance est grande :

- a. pour de nouvelles lois : la législation doit rester possible;
- b. pour le droit pénal, bien que la jurisprudence ne la laisse même pas ici jouer à l'extrême;
- c. lorsqu'il faut admettre que, dans un acte juridique et en fonction d'intérêts importants, les deux parties sont parties d'une règle s'appliquant jusque là de façon évidente (conséquences fiscales de conventions);
- d. lorsque la loi a entendu, par l'emploi de chiffres, exclure toute incertitude (délais etc.).

Comment constater l'„admissibilité”? „Les principes généraux de bonne administration vivant dans la conscience juridique” est une formulation un peu fictive. Le *common sense* de ter Heide offre une base plus solide sauf dans des questions où les avis sont très partagés. (Voir ci-après).

Déjà dans la constatation des faits, le juge doit tenir compte de la norme qu'il va appliquer (Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl*). Dans la pratique, la chose est encore nettement plus difficile que dans la représentation d'Esser, les parties donnant le plus souvent une présentation divergente des faits.

Tout ceci est vrai pour une société marquée par des convictions juridiques raisonnablement homogènes et stables. Si l'homogénéité et la stabilité diminuent, comme c'est actuellement le cas chez nous pour un certain nombre de sujets, la tendance à faire appel à l'appréciation du juge augmentera peut-être encore au début, tant pour obtenir rapidement une décision que dans le but de stigmatiser le conservatisme du juge et, corrélativement, de tout l'*establishment*. Si les oppositions devaient encore s'aggraver, il serait par trop évident que le juge ne peut

modifier des règles de droit fondamentales pour conserver tout son sens à cette façon de faire. Déjà dans la première situation cependant, on confie au juge une tâche qui est, en fait, celle du législateur et qu'en principe, celui-ci peut également mieux remplir. L'expérience apprend cependant que pour des raisons explicables, le législateur ne peut satisfaire, au rythme voulu, tous les besoins réels de réforme du droit.

Dans pareils cas, le juge ne peut se soustraire à l'obligation de décider tant en raison de l'interdiction du déni de justice que parce que ne pas décider jouerait en fait en faveur de celui à l'avantage de qui joue, par hasard, le *statu quo* de fait. Il est également possible qu'une décision conforme à ce qui, jusque là, était censé être le droit, ne lui paraisse pas plus longtemps admissible. Il devra alors chercher la décision qui, pour le peuple dans son ensemble, est relativement la plus admissible. Les dispositions de la majorité joueront sur ce point, par la force même des choses, un rôle important mais non décisif à tous égards. Peut également avoir une influence, le fait qu'une conviction concerne, pour les intéressés, des intérêts plus grands ou touchant plus profondément leur personnalité que ce n'est le cas de la conviction contraire pour ceux qui l'adoptent. Des exemples de cette méthode sont fournis — fût-ce avec un résultat contesté — par la jurisprudence du *Hoge Raad* sur la pornographie et l'arrêt d'Amsterdam sur la grève.

ZUSAMMENFASSUNG

DIE AUFGABE DES RICHTERS

Unsere Kodifikation geht von dem Grundsatz aus dass die Aufgabe des Richters ausschließlich vom Gesetz bestimmt wird (Art. 3, 5, 11 B.W. und (zweideutig) Art. 13 A.B.). Man kann dieser Auffassung nicht entgegenstellen — wie es am Anfang dieses Jahrhunderts oft geschah — daß das Gesetz seine eigene bindende Wirkung nicht selbst bestimmen kann. Vom rechtsphilosophischen Standpunkt aus gilt dieses den Bürgern gegenüber, nicht aber dem Richter, der ohne Gesetz ja überhaupt keine Befugnisse hat.

Dennoch wurde diese Bindung an das Gesetz mehr und mehr durchbrochen, anfänglich mit stillschweigender Guldung, und schließlich mit Zustimmung des Gesetzgebers (Art. 5 des Gesetzes über die Verwaltungsgerichtsbarkeit bezüglich der Betriebsorganisation, Art. 4 B.A.B., Art. 99 R.O. seit der Gesetzesänderung von 1963).

Erklärung dieser Entwicklung :

a. Die Rechtsprechung ist ein noch mehr ursprüngliches und grundlegendes soziales Bedürfnis als die Gesetzgebung. Dieses Bedürfnis schließt die Annehmbarkeit der Entscheidung in sich.

b. Das Gesetz kann seine Aufgabe nicht erschöpfend erfüllen (was schon von Portalis eingesehen wurde). Dies erklärt auch warum diese Entwicklung nicht von der relativen Schwachheit gerade dieser bahnbrechenden Theorien (Hamaker, Krabbe, die „*Freirechtler*“) gehemmt wurde, und warum der Gesetzgeber nicht versucht hat dagegen Widerstand zu leisten (merkwürdig ist Art. 32 des Gesetzes über die Wohngelegenheit).

Es ist bemerkenswert daß die Initiative zu dieser Entwicklung lange Zeit ausschließlich von Juristen ausgegangen ist. Erst viel später, ungefähr nach dem zweiten Weltkrieg, fingen auch die Organe der öffentlichen Meinung mit Versuchen um die Rechtsprechung zu beeinflussen, an. Man soll aber annehmen daß die Juristen von ihren eigenen Vorstellungen über die „Bedürfnisse der Gesellschaft“, und von der aus ihrer ursprünglichen Aufgabe hervorgehenden Verantwortlichkeit zur größtmöglichen Erfüllung dieser Bedürfnisse, inspiriert wurden. Die Bilanz dieser Entwicklung wurde von P. Scholten gezogen. Das Gesetz ist einer der Faktoren der Rechtsfindung worüber das „Gewissen“ des Richters entscheidet wie sie gegeneinander abgewägt werden sollen. G. J. Wiarda hat die Anwendung dieses Standpunktes in der richterlichen Praxis meisterhaft beschrieben.

Was in diesem Zusammenhang als „Gewissen“ betrachtet werden soll, hängt von der Weltanschauung des Richters ab. Dieser soll aber von der Einsicht in seiner gesellschaftlichen Funktion, davon abgehalten werden können, seiner persönlichen Ideologie einen entscheidenden Einfluß zu gewähren, wenn er weiß daß diese nicht ziemlich allgemein angehängen wird.

Die Formel Scholtens ermöglichte selbstverständlich eine Entwicklung in der Richtung nach größerer richterlicher Freiheit. Diese Entwicklung ist dann auch nicht ausgeblieben (Eggen, ter Heide, Schoordijk).

Nach der heute herrschenden Meinung (die nicht zu jeder Zeit und für alle Staaten die „richtige“ sein soll), hat der Richter in eigener Verantwortung die Interessen : Achtung vor dem Gesetz, Rechtssicherheit, und Annehmbarkeit, gegeneinander abzuwägen.

„Rechtssicherheit“ bedeutet zweierlei : Sicherheit vor Willkür und Berechenbarkeit des Ergebnisses eines Prozesses. Die erste Bedeutung wird wohl von jedem anerkannt; das Gewicht der zweiten dagegen ist je nach der konkreten Situation sehr verschieden, noch abgesehen davon, daß auch die strikteste Befolgung des Gesetzes sie nicht vollständig verwirklichen kann.

Ihr Gewicht ist bedeutend :

- a) bei neuen Gesetzen; Gesetzgebung soll möglich bleiben;
- b) im Stragrecht, obwohl die Rechtsprechung sie selbst dort nicht bis zum äußersten geltend macht;
- c) wenn anzunehmen ist daß beide an einem Rechtsgeschäft beteiligten Parteien im Hinblick auf große Belange von einer augenscheinlich bisher geltenden Regel ausgegangen sind (steuerrechtliche Folgen von Verträgen);
- d) wo das Gesetz durch Verwendung von Zahlen jede Unsicherheit ausschließen wollte (Fristen usw.).

Wie soll die „Annehmbarkeit“ festgestellt werden? Die Formel „die im Rechtsbewußtsein lebenden allgemeinen Grundsätze einer ordentlichen Verwaltung“ ist etwas fiktiv. Ter Heides *common sense* bietet einen größeren Anhalt, aber nicht bei stark umstrittenen Angelegenheiten.

Schon bei der Ermittlung des „Tatbestandes“ muß der Richter die an zu wenden Norm berücksichtigen (Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl*). In der Praxis ist dies noch viel schwieriger als in Essers Vorstellung, weil Parteien meistens eine sehr verschiedene Darlegung der Fakten geben.

Obige Betrachtungen gelten für eine Gesellschaft mit ziemlich homogenen und stabilen Rechtsauffassungen. Wenn diese Homogenität und Stabilität aber ab-

nehmen, wie es bei uns jetzt für einige Angelegenheiten der Fall ist, dann wird die Neigung um ein Urteil des Richters zu erwirken im Anfang vielleicht zunehmen, sowohl um schnell eine Entscheidung zu erlangen, wie mit dem Zweck den Konservatismus des Richters und somit des ganzen „Establishments“, an den Pranger zu stellen. Falls die Gegensätze sich noch verschärfen, wird es überdeutlich daß der Richter keine grundsätzliche Rechtsnorm ändern kann, womit diese Handelweise ihren Sinn verliert. Schon bei der erstgenannten Situation wird aber dem Richter etwas aufgebürdet, was eigentlich zur Aufgabe des Gesetzgebers gehört, und von diesem auch besser erfüllt werden kann. Die Erfahrung lehrt aber daß der Gesetzgeber aus erklärlichen Gründen nicht alle wirklichen Bedürfnisse nach Rechtsreform im gewünschten Tempo befriedigen kann.

Der Richter kann sich in solchen Fällen einer Entscheidung nicht entziehen, sowohl auf Grund des Verbotes der Rechtsverweigerung, wie weil die Nichteinhaltung dieser Entscheidungspflicht sich tatsächlich zugunsten derjenigen Partei, die zufällig den faktischen *status quo* in seinem Vorteil hat, auswirken würde. Es ist auch möglich daß eine Entscheidung auf Grund der bisher geltenden Rechtsauffassung dem Richter nicht länger annehmbar erscheint. Er wird dann die Entscheidung suchen die für das Volk im großen und ganzen noch die meist annehmbare ist. Die Auffassungen der Mehrheit der Bevölkerung werden dabei selbstverständlich eine große, aber keine alles entscheidende Rolle spielen. Einflußreich kann auch der Umstand sein, daß die eine Ueberzeugung größere, oder mehr die Persönlichkeit angehenden Belange der Beteiligten betrifft, als es bei den Anhängern der anderen Meinung der Fall ist.

Als Beispiele der Anwendung dieser Methode (begrifflicherweise mit umstrittenen Ergebnissen) können die Rechtsprechung des Hoge Raad in bezug auf Pornographie und das Amsterdamer Urteil über Streik, erwähnt werden.

SUMMARY

THE JUDGE'S TASK

The legal Code is based on the assumption that the judge's task is described by law (art. 3, 5, 11 and (ambiguous) 13 A.B.). It is no objection, as round the beginning of this century was often stated, that the law can not make itself binding. This is valid in legal philosophy in relation to the citizens, but not for the judge whose powers would not exist without the law.

Nevertheless this dependance on the law is increasingly set aside, firstly unremarked, and finally with the acceptance of the law-maker (art. 5 law on administrative jurisprudence concerning companies, 4 Law B.A.B., art. 99 R.O. after the change of 1963).

Explanation of this development :

- a) Jurisprudence is a more basic and fundamental social need than legislation. It includes the acceptability of the decision.
- b) The law cannot completely fulfill its task (already realised by Portalis).

This also explains the fact that this development is not slowed down by the weakness of revolutionary theories (Hamaker, Krabbe, the „Freirechtler“).

It explains also the lack of resistance on the part of the law-maker (art. 32 of the Living Space law is remarkable.)

It is remarkable that this evolution was realized for a long time by jurists. Only much later, round about the end of the second world war, the organs of public opinion began to try to influence justice.

It must be acknowledged that jurists were inspired by what they considered to be „the needs of society” and the duty to consider these as much as possible. This development has been summed up by P. Scholten : the law, as well as other legal factors of legal creation, is one of the considerations which helps the judge to weigh one against the other. G. J. Wiarda has given a masterly description of the application of this in practice. The judge’s own philosophy of life is of great importance in this balancing process, although his consciousness of his social function must stop this being the deciding factor, if he realises it is not generally shared.

Scholten’s formula allows further development towards more freedom of the judge. This has also happened (Eggens, ter Heide, Schoordijk).

The judge has to strike a balance according to the generally accepted philosophy (which is not in all countries, at all times, necessarily the best) between respect for the law, legal certainty and the acceptability of the decision.

„Legal certainty” implies two things : cover from arbitrariness and certainty of the result of a process. Everyone will recognise the first. The second has, in different circumstances, very different weight, besides even the strictest application of the law cannot ensure it. Its weight is great :

- a) in new laws; they must remain possible.
- b) in penal law, although even in this field the judiciary has showed certain liberties.
- c) where it can be accepted that both parties in a case, with an eye on more important matters, have been so far relying on a hitherto valid rule (fiscal implications of agreements);
- d) when the law has removed any possibility of doubt by using figures (terms and so on).

How can acceptability be defined? „General principles of tolerable government present in the feeling for justice” is a fictitious formalisation. Ter Heide’s „common sense” is more certain, except in case where there is a deep division of opinion (see below).

The judge must consider the norms which he is going to apply even at the moment when the facts must be decided upon. (Esser : *Vorverständnis und Methodenwahl*). In practice this is still considerably more difficult than in Esser’s description because the parties often give divergent descriptions of the facts.

This is valid for a society with reasonably homogenous and stable legal convictions. If this diminished, as in some cases is happening here, the tendency to consider the judge’s opinion will perhaps increase, both in order to obtain a quick decision and to show up the conservatism of the judge and therefore of the whole „establishment”. If the contrast should become more serious, then it would become only too obvious that the judge can alter no fundamental legal rules. In the first situation the judge is already being given a task which really belongs to the law-giver and is, in principle better fulfilled by the latter. Experience has shown however that in fact the law-giver, for explicable reasons, cannot carry out all necessary reforms of the law at the necessary speed.

The judge cannot, in such circumstances, avoid a decision both because he is bound not to refuse justice and because his failure to decide would in fact favour those favoured by the *status quo*. It is also possible that a decision coinciding with what was until that moment been considered just, no longer appears acceptable to him. He must then look for the decision most acceptable to the general public. The opinion of the majority will then play an important although not necessarily a decisive role. What can also be important is the degree of conviction brought to each of the opinions by their various supporters. Examples of this method — with controversial results — are offered by the decisions of the Hoge Raad on pornography and of the Amsterdam judgement on strikes.