



Tilburg University Press

Betrokken in Verscheidenheid

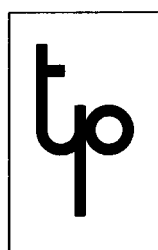
Levenshouding van wetenschappers

Onder redactie van
Cathy de Waele

Betrokken in Verscheidenheid

Levenshouding van wetenschappers

Onder redactie van
Cathy de Waele



Tilburg
University
Press
1994

Een rechtvaardige beslissing

Op grond van welke factoren dient een rechter zijn beslissing te nemen en hoe dient hij deze te motiveren?

Willem van Boom

In het recht dat tussen burgers geldt, het privaatrecht, zijn in de twintigste eeuw in Nederland twee kernbegrippen tot ontwikkeling gekomen die vandaag de dag in rechterlijke oordelen een belangrijke rol spelen. Ik doel op de begrippen 'redelijkheid en billijkheid' en 'maatschappelijke betamelijkheid'. De rechter, geroepen een oordeel te geven in een geschil tussen burgers, beroept zich bij beslechting van dat geschil nogal eens op de redelijkheid en billijkheid of maatschappelijke betamelijkheid. Deze twee begrippen worden elk in een andere context gebruikt, maar zijn inhoudelijk identiek.

Hoe dient de rechter tot een beslissing te komen waarbij hij refereert aan redelijkheid en billijkheid of maatschappelijke betamelijkheid en hoe motiveert hij die beslissing? Na een beschouwing over de aard van de beide kernbegrippen en de rol van de rechter bij nadere bepaling van deze begrippen, wil ik aan de hand van een drietal voorbeelden die voornamelijk betrekking hebben op redelijkheid en billijkheid, de werking van rechtvaardigheidsoordelen in het algemeen illustreren om vervolgens enige woorden te wijden aan de verhouding van rechter tot zijn gemeenschap.

REDELIJKHEID, BILLIJKHEID EN MAATSCHAPPELIJKE BETAMELIJKHEID

Mensen leven in gemeenschap. Aldus staan zij in een door gemeenschapsregels beheerste verhouding — die, als het een door het recht genormeerde verhouding betreft, ook wel rechtsbetrekking wordt genoemd — tot familie, vrienden, buren, collega's, de kruidenier, de garagehouder, de huisarts en in het voorbijgaan zelfs tot vreemden. In al deze rechtsbetrekkingen dient men zich te gedragen naar de minimumregels die opgesteld zijn door de betreffende gemeenschap. Men kan stellen dat de minimumregels die gemeen zijn aan de verschillende gemeenschappen zoals men die in ons land aantreft, een tweeledig doel hebben. Zij beogen enerzijds ordening en instandhouding van de gemeenschap en daarmee instandhouding van het mensdom te bewerkstelligen en anderzijds het mogelijk maken van een zo menswaardig mogelijk bestaan in vrijheid voor eenieder.

Privaatrecht-juristen plegen het veronachtzamen van de minimumregels die van toepassing zijn op rechtsbetrekkingen te kwalificeren als maatschappelijk onbetamelijk gedrag dat in de regel tot aansprakelijkheid leidt. Aansprakelijkheid in dit verband wil zeggen de afdwingbare verplichting zich te onthouden

van het onbetamelijke gedrag alsmede het vergoeden van schade die het gevolg is van het gedrag.

Een van de bedoelde gemeenschapsregels is dat het woord bindt. Wanneer twee personen een zogenaamde verbintenisscheppende overeenkomst sluiten, dan geldt die overeenkomst tussen hen beiden als ware het een wet. Overeenkomsten moeten worden nageleefd, omdat onze gemeenschap het niet nakomen van overeenkomsten niet kan dulden. Een onoverzienbare sociale en economische chaos zou het gevolg zijn als we er niet op zouden kunnen vertrouwen dat het woord bindt. Men kan dus stellen dat het niet nakomen van overeenkomsten *in het algemeen* als maatschappelijk onbetamelijk wordt beschouwd door de gemeenschap. Ook partijen zelf ervaren veelal hun woord als bindend, en het niet nakomen ervan als maatschappelijk onbetamelijk.

Toch kan het nakomen van een overeenkomst *in een concreet geval* bijzonder bezwaarlijk zijn. Voor die gevallen erkent ons recht een aantal uitzonderingen. Een van die uitzonderingen wordt gevormd door redelijkheid en billijkheid: een overeenkomst is niet van toepassing tussen partijen als toepassing in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

Het begrippenpaar redelijkheid en billijkheid spreekt dus het onaanvaardbaar uit over het invoeren van een afspraak, niet eens zozeer omdat ordening en instandhouding van de gemeenschap de afspraak niet zou dulden, maar veeleer omdat de gevolgen van het invoeren van de afspraak in het betreffende geval lijnrecht in gaan tegen hetgeen men als rechtvaardig beschouwt. In deze uitzondering op de hoofdregel dat afspraken moeten worden nagekomen, kan men de andere functie van ons privaatrecht zien: het komen tot een zo rechtvaardig mogelijke geschillenbeslechting die recht doet aan de individuele belangen die bij het betreffende geschil betrokken zijn.

Aangezien de rechter in geschillen rechtvaardige beslissingen dient te nemen, is de vraag gewettigd *hoe* hij bepaalt wat redelijkheid en billijkheid en de maatschappelijke betamelijkheid met zich brengen. Uit de in onze gemeenschap bestaande werkverdeling tussen wetgever en rechter volgt, dat de wetgever algemene rechtvaardige voorschriften moet maken en de rechter de rechtvaardige beslissing in het concrete geval moet nemen. Rechtvaardige regels staan dus voor een goed deel in algemene bewoordingen neergeschreven in wetten, die de rechter heeft toe te passen op zijn concrete geval. Als de rechter het antwoord niet vindt in de wet of als hij in een concreet geval de wet niet rechtvaardig acht, dan zal de rechter evenwel elders te rade moeten gaan. Hij zal immers uiteindelijk toch een rechtvaardige beslissing dienen te nemen.

De wetgever heeft erkend dat de rechter deze vrijheid ten opzichte van de wet toekomt. Onze privaatrechtelijke wetgeving geeft de rechter namelijk met zoveel woorden de opdracht om de rechtvaardige oplossing buiten de wet te

zoeken wanneer de wet geen regel geeft of wanneer deze naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid tot onaanvaardbare resultaten leiden zou.

De vraag die rijst, is de volgende: hoe bepaalt een rechter of een afspraak tussen partijen of een wet in een concreet geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is en hoe bepaalt hij of het gedrag van een burger jegens een ander maatschappelijk onbetamelijk is? Zeer vele niet-juristen worden wel eens geconfronteerd met dergelijke vragen. De rechter wordt er vrijwel dagelijks mee geconfronteerd. Een drietal voorbeelden.

DE ONWAARDIGE DEELGENOOT, DE MAÎTRESSE EN DE RIJDENDE WERKNEMER

Een 32-jarige verpleger verzorgt dagelijks een 72-jarige hulpbehoevende, zeer rijke dame. Na enige tijd treden de verpleger en de vrouw in stilte in het huwelijk. De verpleger heeft geen enkel vermogen. De oude vrouw des te meer. De verpleger blijft ook na het huwelijk samenwonen met zijn vriend (concubijn). Vijf weken na voltrekking van het huwelijk berooft de verpleger de vrouw van het leven op geraffineerde wijze en met grof misbruik van het vertrouwen dat zij in hem stelde.

Man en vrouw waren in gemeenschap van goederen getrouwd. Dat wil in dit geval zoveel zeggen dat de man in beginsel de helft van het vermogen van de vrouw toekomt en dat de andere helft door het erfrecht beheerst wordt. Het erfrecht kent — in tegenstelling tot het huwelijksvermogensrecht — een regel die voorkomt dat 'de moordenaar van de erflater' zijn erfdeel krijgt. De wet biedt geen vergelijkbare regel voor wat betreft het deel dat krachtens de huwelijksgemeenschap toekomt aan 'de moordenaar'. Kan de man zijn deel van het huwelijksvermogen opeisen?

Een directeur van middelbare leeftijd wordt verliefd op zijn twintig jaar jongere secretaresse. En zij op hem. Hij is getrouwd. Op naam van de man wordt een flat gehuurd die betrokken wordt door de vrouw. Zij ontvangt er de man, woont er achttien jaren en krijgt er zelfs een kind van de man. De man scheidt op een gegeven moment van zijn echtgenote en trekt bij zijn maîtresse in. Binnen anderhalf jaar willen man en vrouw uiteen. De liefde is bekoeld. De vrouw wil graag de flat, die reeds meer dan negentien jaar haar thuis is, blijven bewonen en krijgt van de verhuurder toestemming om als medehuurder aangemerkt te worden, opdat zij de huur van de man kan overnemen. De man beroept zich echter op de wet, waarin staat dat zonder medewerking van de huurder, de man dus, het medehuuderschap niet kan worden verworven. Het gevolg hiervan zou zijn dat de man de flat kan blijven huren en de vrouw elders onderdak moet zoeken. Zal het beroep van de man op de wet stand houden?

Een man is in dienst bij een bedrijf tegen een laag loon. Hij krijgt bij tijd en wijle de opdracht van zijn baas pakketjes te bezorgen in zijn eigen auto. Voor het gebruik van zijn eigen auto krijgt de man een kleine maandelijkse vergoeding van zijn baas. Op een dag raakt de man met zijn auto tijdens het bezorgen van een pakketje betrokken bij een verkeersongeval. Het ongeval was aan zijn eigen schuld te wijten. De auto is onherstelbaar beschadigd. De man vordert van zijn werkgever vergoeding van de schade aan zijn auto. De arbeidsovereenkomst voorziet niet in dit geval. De wet biedt evenmin grond voor een dergelijke actie. Heeft de werknemer recht op schadevergoeding van zijn werkgever?

De rechter, geroepen te oordelen over deze drie geschillen, wordt geconfronteerd met de volgende drie vragen. De wet zwijgt over het aandeel van een 'moordenaar' in het huwelijksvermogen. Kan de rechter dan toch de moordenaar zijn recht op dat deel ontnemen? De wet geeft wel een regel voor medehuurderschap, die in dit concrete geval zeer ongelukkig uit zou werken: de vrouw die jaren in de flat woonde, zal deze moeten verlaten omdat de man zijn medewerking niet verleent. Moet de rechter de man in het gelijk stellen? De wet voorziet niet in de aansprakelijkheid van de werkgever voor schade van de werknemer aan diens auto bij het gebruik tijdens de diensttijd. Moet de rechter de werknemer met lege handen naar huis sturen?

Wat is voor deze drie problemen de rechtvaardige beslissing? Persoonlijk heb ik daar wel zo mijn ideeën over. Voor veel geschillen meen ik te weten wat rechtvaardig is. Mijn rechtsgevoel, mijn moraal hoeft echter de uwe niet te zijn. Het zou van grote minachting voor de vrijheid van het individu getuigen om de eigen moraal dwingend op te willen leggen aan de ander, zolang als de moraal van de ander de eigen vrijheid niet aantast. Daar ligt voor mij de grens.

Een rechter mag zijn oordeel over wat al dan niet redelijk, billijk of maatschappelijk betamelijk is, in beginsel niet schragen op zuiver persoonlijke opvattingen. Hij zal te rade moeten gaan bij de gemeenschap waar het geschil zich heeft voorgedaan. Wat de betreffende gemeenschap voor redelijkheid, billijk en maatschappelijk betamelijk houdt, zal weerklank moeten vinden in het rechterlijk oordeel. De rechtvaardigheid brengt, zoals reeds gezegd, evenwel ook mee dat de persoonlijke belangen die door het gemeenschapsbelang verdrukt dreigen te worden, in bescherming worden genomen. De wet zegt het aldus: *'Bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, moet rekening worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken'* (art. 3:12 Burgerlijk Wetboek).

Dit artikel spreekt weliswaar slechts over redelijkheid en billijkheid, maar men neemt aan dat het evenzeer betrekking heeft op de vraag wat maatschappelijk onbetamelijk is.

De rechter moet zijn oordeel over wat redelijk en billijk en maatschappelijk (on)betamelijk is, dus geven op grond van wat in 'de' gemeenschap 'leeft'. Hij verlieze daarbij de persoonlijke belangen van de partijen echter niet uit het oog. De rechter wege alle relevante algemene (maatschappelijke) en persoonlijke belangen, met inachtneming van in Nederland levende rechtsovertuigingen en algemeen erkende rechtsbeginselen. Een en ander brengt mee dat de rechter een geschil tussen een detaillist en een consument anders benadert dan dat tussen twee professionele handelaars, aangezien de persoonlijke belangen in deze twee geschillen niet dezelfde zijn en ook het maatschappelijk belang een andere, meer beschermende benadering van de rechtspositie van consumenten met zich brengt. De rechter moet in een geschil tussen twee moslims wellicht rekening houden met andere rechtsovertuigingen dan 'de' algemeen gangbare in Nederland aangezien moslims deel kunnen uitmaken van een bijzondere gemeenschap die afwijkende rechtsovertuigingen kent. De rechter dient bovendien algemeen erkende rechtsbeginselen - zoals het inachtnemen van de vrijheid van het individu en het honoreren van gewekt vertrouwen - in zijn beslissing mee te wegen.

De rechter zal van zijn weging van belangen, rechtsovertuigen en -beginselen verantwoording moeten afleggen. Hij zal inzichtelijk dienen te maken welke de relevante factoren waren die hebben gemaakt dat de weegschaal naar deze of gene zijde is doorgeslagen. De rechter doet dit door zijn beslissing te motiveren.

Een beslissing van het soort 'de moordenaar heeft geen recht op zijn deel van het huwelijksvermogen, want dat zou in strijd zijn met redelijkheid en billijkheid' geeft geen inzicht in het waarom van de beslissing. Als de rechter er aan toevoegt dat het een zeer zwaarwegend beginsel van recht is dat niemand beter mag worden van zijn eigen misdrijf, dat zonder meer vele malen zwaarder weegt dan het persoonlijke (en onrechtmatige) belang van een moordenaar de vruchten van zijn daad te kunnen plukken, dan wint de beslissing aan gewicht. Partijen, advocaten en anderen die kennis nemen van de uitspraak, kunnen zich er iets meer bij voorstellen dan bij het enkele machtwoord van redelijkheid en billijkheid.

Als de rechter er dan ook nog eens aan toevoegt dat de regel die in het erfrecht geldt, namelijk dat 'moordenaars-erfgenamen' geen recht hebben op het erfdeel dat de vermoorde achterlaat, ingegeven is door de wens het menselijk ras niet te laten ondergaan door op geld beluste erfgenamen, en dat om die reden de erfrechtelijke regel ook moet gelden met betrekking tot het huwelijksvermogen van echtgenoten, dan wint de beslissing wederom aan kracht. Het gemeenschapsbelang blijkt dan bij de beslissing mede de basis geweest te zijn voor deze toepassing van redelijkheid en billijkheid. De afweging van het algemene en het persoonlijke belang is expliciet gemaakt en beargumenteerd.

Als de rechter de wet volgt in het geschil tussen de directeur en de maîtresse, dan moet hij de vrouw ongelijk geven: de medewerking van de huurder is

dwingend vereist voor het medehuuderschap. Rechtvaardigen nu de omstandigheden van het concrete geval een afwijking van deze regel die door de gemeenschap is opgesteld? De dwingende regel staat hier tegenover de omstandigheid dat de vrouw het langst bewoner is, dat de man de flat integendeel slechts korte tijd bewoonde, dat de verhuurder geen enkel bezwaar heeft tegen een eventueel huuderschap van de vrouw en de (niet te bewijzen) mogelijkheid dat de man eigenlijk alleen maar op zijn recht staat om de vrouw 'dwars te zitten'. Het algemeen belang, dat gebaat is bij handhaving van de dwingende regels, zou de rechter hier kunnen laten wijken voor het persoonlijk belang van de vrouw. Het is voor dit geval echter moeilijker - zij het niet onmogelijk - een goede motivering te vinden die verder gaat dan een korte weergave van de relevant geachte omstandigheden van het geval gevolgd door het machtwoord 'dat redelijkheid en billijkheid meebrengen dat de vrouw als huurder beschouwd moet worden'. Wellicht zou als motivering kunnen gelden de omstandigheid dat de vrouw de flat reeds sinds vele jaren bewoonde en aldus een zeer zwaarwegend belang heeft gekregen bij voortzetting van de huurverhouding.

Men kan zich evenwel situaties voorstellen, en ik persoonlijk reken het geschil tussen de directeur en de maitresse daar ook toe, waarin het bijzonder moeilijk is om precies aan te geven *waarom* bepaalde omstandigheden meegewogen moeten worden, laat staan waarom de weging is uitgevallen zoals die is uitgevallen. In die gevallen kan de indruk ontstaan dat de rechter zijn oordeel velt op grond van zijn persoonlijke moraal en slechts een aantal omstandigheden noemt die mogelijk irrelevant zijn, enkel om binnen de grenzen van zijn motiveringsplicht te blijven. Men kan uiteraard de nodige vraagtekens zetten bij een dergelijke oordeelsvorming, maar soms is er ook geen betere wijze van motiveren voor een oordeel denkbaar. Het is zoals het is. Over de bezwaarlijkheid van dergelijke oordelen later meer.

Eerst nog het geval van de rijdende werknemer. De arbeidsovereenkomst zegt niets over vergoeding van dergelijke schade, en de wet evenmin. De wet geeft wel andere regels die iets zeggen over hoe alle gemeenschappen in Nederland gezamenlijk aankijken tegen de rechtsverhouding tussen werkgever en werknemer. Men kan denken aan het ontslagrecht, dat de werknemer een vergaande bescherming tegen de machtspositie van de werkgever biedt. Maar meer toegesneden op dit geval zijn een drietal andere bepalingen die de werknemer een financiële hand boven het hoofd houden ten opzichte van de werkgever.

De eerste bepaling gebiedt de werkgever de schade van de werknemer te vergoeden die deze lijdt als de werkgever niet heeft gezorgd voor een veilige werkplek. Deze zorgplicht van de werkgever is bijzonder zwaar en leidt dus snel tot aansprakelijkheid. De twee andere wetsartikelen bepalen dat de werknemer de schade die hij toebrengt aan eigendom van de werkgever niet hoeft te vergoeden en dat de werkgever de schade moet dragen die de werknemer aan een derde toebrengt tijdens arbeidswerkzaamheden. Beide regels

gelden niet als de werknemer met opzet of grove schuld heeft gehandeld. Geen van de drie regels is van toepassing op dit geschil.

Een rechter die beslist over dit geval, dient rekening te houden met de afspraak tussen werkgever en werknemer. Er was in hun overeenkomst niets bepaald over schade aan de auto, maar een vast bedrag werd betaald voor het gebruik van de auto. Afspraak is afspraak. Op meer dan dat hebben partijen geen recht, zo luidt de regel die door de gemeenschap is opgesteld. Het belang van de gemeenschap is dat het woord bindt en dat er voor het overige geen rechtens afdwingbare aanspraken zijn. Recht tegenover dit gemeenschapsbelang staat het persoonlijke belang van de werknemer bij schadeloosstelling. Voor veel andere situaties heeft de gemeenschap zich het belang van de werknemer aangetrokken en tot het eigen belang gemaakt. Het financiële en sociale onevenwicht dat bestaat tussen werkgever en werknemer heeft de gemeenschap door wetgeving voor veel gevallen gecorrigeerd. Deze onevenwichtigheid nu niet. Zal de rechter, gegeven het stelsel van bescherming van de werknemer, de vordering van de man afwijzen en hem met de schade aan zijn auto laten zitten? Of zal hij aanknopen bij wat 'de' gemeenschap voor andere gevallen redelijk en billijk heeft geacht en de overeenkomst aanvullen met de regel dat de schade door de werkgever betaald moet worden, eventueel behoudens opzet of grove schuld van de werknemer ten aanzien van de schade?

De rechter zal geneigd zijn om aan te knopen bij de reeds bestaande verschijningsvormen van de werknemersbescherming en het algemeen belang zoals dat door wetgeving reeds verwoord is, ook hier het zwaarst laten wegen. De rechterlijke afweging zou aldus kunnen uitvallen, dat behoudens opzet of grove schuld van de werknemer en behoudens serieuze en expliciete afspraken die afwijken, de werknemer vergoeding van de schade aan zijn auto kan opeisen van zijn werkgever.

Ook hier kan de rechter, net als in de 'moordenaarszaak', een motivering van zijn rechtvaardigheidsbeslissing geven die aansluit bij de opvattingen, zoals die in vele gemeenschappen binnen ons land leven, over wat rechtvaardig is. Wetgeving is een uiting van gemeenschapsmoraal, en mag als zodanig door de rechter gehanteerd worden tenzij de gemeenschap na het moment van wetgeving te kennen heeft gegeven de betreffende wet niet langer rechtvaardig te achten. Refereren aan vergelijkbare wettelijke oplossingen is dus in beginsel een goede motivering voor beslissingen. In de zaak van de maîtresse was dit niet mogelijk omdat de wet geen aanknopingspunten gaf. De wetgever had bij het opstellen van de dwingende regel dat medewerking van de huurder nodig is voor het verwerven van het medehuuderschap, niet gedacht aan het mogelijke conflict van belangen van huurder en aspirant-medehuuder zoals dat zich hier voordeed. De individuele belangen van de vrouw konden integendeel opwegen tegen de wet. Het motiveren van de beslissing is in zo'n geval bijzonder belangrijk. Partijen hebben er recht op om te weten van welk gewicht de door de rechter relevant geachte omstandigheden zijn en waarom ze opwegen tegen de wettelijke regeling. Advocaten hebben uiteraard ook belang bij

deze informatie. Zij kunnen de informatie hanteren bij het inschatten van proceskansen van cliënten. Hogere rechters hebben ook belang bij de motivering: zij kunnen op grond van de motivering die de lagere rechter gaf, hun houding ten opzichte van het oordeel van die lagere rechter vormen. Wetenschappers hebben ook belang bij kennis van de motivering van de rechterlijke beslissing. Zij kunnen de motiveringen van nieuwe rechtvaardigheidsbeslissing analyseren en systematiseren en de beslissing aan inhoudelijke kritiek onderwerpen.

De vierde groep van belanghebbenden bij een goede motivering zijn al diegenen die kunnen kennisnemen van de rechterlijke beslissing: de verschillende gemeenschappen. Deze vierde groep is misschien wel de belangrijkste. De rechter dient zich te verantwoorden tegenover de gemeenschappen. De gemeenschappen moeten immers inzicht kunnen verwerven in de weging van belangen, zodat zij zich kunnen beraden over de aanvaardbaarheid van de rechterlijke beslissing en zij eventueel een eigen algemene regel er voor in de plaats kunnen stellen door middel van bijvoorbeeld wetgeving. De rechter kan zich dan vervolgens weer beraden op zijn standpunt ten opzichte van deze wetgeving.

PERSOONLIJKE MORAAL VAN DE RECHTER VERSUS GEMEENSCHAPSMORAAL

In het voorgaande is zoveel als mogelijk getracht te abstraheren van de persoon van de rechter. Door menigeen is reeds verdedigd dat de rechter ook maar een mens is en dat een zeker subjectief element in het rechterlijk oordeel dus niet te vermijden is. De persoonlijke moraal van de rechter zal, hoe zeer hij zijn best ook doet om 'de' gemeenschapsmoraal te verwoorden, doorklinken in zijn rechtvaardigheidsbeslissing. Men denke zich de positie in van de rechter in een zaak waarin de wet een bepaalde beslissing van het geschil voorschrijft waar hij zich in gemoede niet mee kan verenigen. Toepassing van de wet - die beschouwd zou kunnen worden als de in regels neergelegde, aan de verschillende gemeenschappen gemene moraal - levert een uitspraak op waar zijn rechtsgevoel zich tegen verzet.

De rechter ondervindt grote moeite met het vinden van een goede motivering die past bij zijn na ampel beraad gevormde voornemen. Voor hem staat weliswaar buiten kijf dát van de wet moet worden afgeweken, maar exact aangeven wat de buiten zijn eigen rechtsgevoel liggende gronden voor die beslissing zouden kunnen zijn, kan hij niet. Een motivering die verwijst naar algemene rechtsbeginselen, in Nederland levende rechtsovertuigingen en een weging van de algemene en de persoonlijke belangen die betrokken zijn bij de zaak, doet in een dergelijk geval niet recht aan het innerlijke proces dat de rechter heeft doorstaan. Bovendien is het kennen van 'de' gemeenschapsmoraal niet altijd mogelijk: weliswaar zijn er veel belangrijke regels waarover wij het in ons land over eens zijn, maar aan de andere kant zijn er genoeg situaties waarin evenzovele moralen als gemeenschappen denkbaar zijn.

In een voorkomend geval moet de rechter naar mijn mening niet verbloemen dat het zijn persoonlijke moraal is die hem doet beslissen. Hij dient er rond voor uit te komen dat hem gebleken is dat buiten zijn persoon staande argumenten hem niet kunnen helpen bij zijn beslissing danwel hem niet hebben kunnen overtuigen, maar dat hier integendeel zijn persoonlijke rechtsgevoel hem de enig juiste beslissing doet nemen. Het is op dit punt dat het er even op lijkt dat de gemeenschap wijkt voor het individu en de rechter zijn eigen weg gaat.

Dit is echter een te eenvoudige voorstelling van zaken. Als de rechter zich ter onderbouwing van zijn rechtvaardigheidsbeslissing beroept op zijn persoonlijke moraal, dan doet hij niets anders dan zich beroepen op de verworvenheden van zijn deelgenootschap van de gemeenschap waar hij deel van uitmaakt. Het is die gemeenschap die zijn rechtsgevoel heeft geschapen. Het zijn die rechtsbetrekkingen met anderen die zijn rechtsgevoel hebben gevormd. De rechter is geschoold en geïnstrueerd volgens de regels en rituelen van zijn gemeenschap. Het zijn deze regels en rituelen die hij naar beste vermogen reproduceert in zijn rechtvaardigheidsbeslissing. Zijn rechtsgevoel is niets meer dan de innerlijk gevormde abstractie van de vele verschijningsvormen van rechtvaardigheidsoordelen die hem zijn bijgebracht. De rechter is in zoverre instrument van zijn gemeenschap.

De persoonlijke rechtvaardigheidsbeslissing dat van de wet moet worden afgeweken, is weliswaar in strijd met die wet, maar komt niet in strijd met de moraal van de gemeenschap waar de rechter deel van uitmaakt. Hier lopen moraal van rechter en zijn gemeenschap parallel. De rechter zou integendeel in strijd met de moraal van zijn gemeenschap handelen wanneer hij de wet in het betreffende geval onverkort zou toepassen. Blijkbaar leeft er in de rechter die dat doet, een rechtvaardigheidsgevoel dat zijn gemeenschap niet in hem heeft gecreëerd, is er ergens in zijn ontwikkeling een onvolkomenheid in de band tussen rechter en zijn gemeenschap ontstaan, of reproduceert de rechter de moraal van een andere gemeenschap.

Hoe is deze zienswijze te rijmen met mijn eerdere opmerkingen over persoonlijke moraal, namelijk dat mijn moraal de uwe niet hoeft te zijn? Als uw moraal afwijkt van de mijne, dan behoort u waarschijnlijk tot een andere gemeenschap. Voor een rechter kan in het bestaan van veel verschillende gemeenschappen een probleem schuilen: als de rechter oordeelt over een geschil dat gerezen is binnen een bepaalde gemeenschap waar hij zelf geen deel van uitmaakt, dan is de kans aanwezig dat hij een rechtvaardigheidsbeslissing neemt die binnen de betreffende gemeenschap als onrechtvaardig ontvangen wordt. Het is daarom van belang dat een rechter zich rekenschap geeft van de uiteenlopende aard van de verschillende gemeenschappen, en zijn beslissing er zoveel mogelijk naar inricht. Het komt voor beantwoording van de vraag of de beslissing van de rechter als rechtvaardig ontvangen zal worden, aan op zijn inleving in de hem vreemde gemeenschapsmoraal. Hij dient

de moraal van zijn eigen gemeenschap (en dus zijn persoonlijke moraal) te relativeren ten gunste van andere gemeenschappen en waar mogelijk de gemeene rechtsbeginselen en -overtuigingen laten spreken.

Maar ook hier zijn mijns inziens grenzen. De rechter verloochene zijn eigen gemeenschapsmoraal niet. Bij ernstige strijd gaat deze voor. Wat de persoonlijke moraal (en dus die van de gemeenschap waartoe de rechter behoort) verbiedt, mag hij niet. Uiteraard schuilt in deze zienswijze een potentieel gevaar, namelijk dat van een veelvuldig beroep op 'de' gemeenschapsmoraal, terwijl er in werkelijkheid evenzovele moralen als gemeenschappen in ons land zijn. Verwerping van de vreemde moraal door de rechter met een beroep op 'de' moraal kan verworden tot een inhoudsloos machtwoord dat ongemotiveerd blijft. Het is om die reden van groot belang een zo hoog mogelijke graad van aanvaardbaarheid van rechterlijke beslissingen voor *alle* betrokken gemeenschappen te bereiken.

De aanvaardbaarheid van rechterlijke beslissingen voor alle gemeenschappen wordt in belangrijke mate bepaald door de vorming van de latere rechter tijdens zijn universitaire studie. Als de latere rechter in dat stadium van zijn ontwikkeling kritiekloos informatie tot zich neemt, niets in twijfel trekt, zich verliest in strikt systeendenken en letterknechterij, niet gestimuleerd wordt om de eigen vooroordelen te herkennen en hij uiteindelijk de boekenkast (of erger: populistische praatjes van demagogisch begaafden) aanziet voor de realiteit van de gemeenschapsmoraal, dan zijn onvolkomenheden in de band tussen rechter en de verschillende gemeenschappen onvermijdelijk. Het is de taak van alle gemeenschappen om daar, in het eigen belang, voor te waken.

LITERATUUR

- Barendrecht, J.M. (1993). 'Controle, aanvaarding en bestrijding'. In: *Gemotiveerd gehuldigd*. Zwolle: Van Boeschoten-bundel.
- Hesselink, L.G.H. (1992). *Geloven op gezag*. Dissertatie Universiteit Amsterdam.
- Hijmans, I.H.. (1910). *Het recht der werkelijkheid*. Oratie Universiteit van Amsterdam.
- Scholten, P. (1915). *Recht en levensbeschouwing*. Haarlem.
- Scholten, P. (1932). *Recht en gerechtigheid*. Zwolle.
- Scholten, P. (1934). *Beginselen van samenleving*. Zwolle.
- Scholten, P. (1974). *Algemeen deel*. Zwolle.
- Schoordijk, H.C.F. (1972). *Oordelen en vooroordelen*. Diesrede Katholieke Hogeschool Tilburg.
- Soeteman, A. (1993/2). In: *R & R*, p.125 e.v.
- Vriesendorp, R.D. en J.M. Barendrecht. (1993). *Zekerheid door wetenschap*. Oratie Katholieke Universiteit Brabant, p. 41 e.v.

- Wieland, J.H. (1982). 'Dialectiek van macht en onmacht'. In: *Hermeneutiek, Recht, Wetenschap*. Zwolle.
- Zaltbommel, L.K. van. (1993). *De betekenis van het recht als systeem*. Dissertatie Vrije Universiteit Amsterdam.
- Zaltbommel, L.K. van. (1993/3). In: *R & R*, p. 190-191.