

## SLUIP- EN DWAALWEGEN NAAR DE GERECHTIGHEID

door

J. LEIJTEN

Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden

Voordracht gehouden op 17 maart 1989 in de Aula van de Rijksuniversiteit te Gent ter gelegenheid van het vijftienvig jaar bestaan van het Tijdschrift voor Privaatrecht.

\*

\* \*

Toen vijf en twintig jaren geleden het Tijdschrift voor Privaatrecht voor het eerst verscheen, bevatte die eerste aflevering een verantwoording, die ook nu nog het lezen meer dan waard is. De befaamde, uitvoerige rechtspraakoverzichten die het tijdschrift steeds heeft opgenomen en die soms meer dan honderd bladzijden besloegen werden erin voorspeld en die grote aandacht voor rechtspraak werd aldus gerechtvaardigd:

„omdat de rechtsproblemen zich daar het scherpst stellen in hun werkelijke- zij het dan pathologische-verhoudingen.”

Die beelddpraak — rechtspraak — als ingeschakeld bij pathologie ziekteverschijnselen van het recht is, vergis ik me niet, ontleend aan de rechtssociologie, die juist rond 1964 een bloei begon te beleven, waarvan nu niet veel meer te merken valt. Van die bloei getuigt niet alleen de verantwoording maar ook het eerste artikel uit het tijdschrift. Dat dat geschreven is door J.M. Polak zal alleen diegene nog verwonderen, die niet doorheeft dat J.M. Polak in het Nederlandse taalgebied bij alle nieuwe initiatieven op het gebied van het recht in het eerste gelid stond en staat. Het artikel ging over het recht van voorkoop van de pachter in België en Nederland en de auteur stelde vast dat er alle reden was de beoefening van het privaatrecht te verruimen door daarin het rechtssociologisch gezichtspunt te betrekken.

Wanneer rechtspraak nodig is, is het recht ziek, aldus de rechtssociologen. Hun gedachtengang is helder als glas, wat hen, vreemd genoeg, juist door juristen, die helder als glas zouden móéten zijn in

hun gedachtengangen, vaak verwijtend wordt voorgehouden: dat wisten we zo ook al. Het gezonde recht voltrekt zich zonder inmen-  
ging van rechters in en door het maatschappelijk leven zelf met een  
hoge mate van vanzelfsprekendheid. Er waren en zijn er zelfs die als  
de Oostenrijker E. Ehrlich ook het geschreven recht voor gevallen  
van nood reserveerden. De samenleving nam genoeg met een soort  
gewoonterecht dat desnoods rechtstreeks indruiste tegen het geschre-  
ven wettenrecht, pas als er ruzie kwam, werd dat laatste toegepast.  
In het verzekeringsrecht vindt men ook thans hiervan nog wel aspect-  
ten terug: de betaling vanuit service-gedachten, ook al is er strijd met  
de verzekeringsbepalingen, berust niet enkel op goedertierendheid.

Als het niet vanzelfsprekend was dat de koper de overeengekomen  
koopprijs moet betalen — en dat in werkelijkheid ook pleegt te doen  
— zou de rechtspraak in de kortste keren over de kop gaan. De  
regelingen van het strikte recht worden pas ingeroepen als de maat-  
schappelijke ziekte zich reeds heeft gemanifesteerd in koorts-ver-  
schijnselen. Pas in het proces wordt erover geklaagd, dat de betaling  
vier dagen te laat plaats had; dat de verkoper niet in de afgesproken  
drie, maar in vier zendingen heeft geleverd. Pas in de rechtspraak  
kan zo'n strikte regel van belang worden. En als dat niet het geval  
is, als de rechter uitmaakt dat de eiser zich op zo'n regel van strikt  
recht onder de gegeven omstandigheden te goeder trouw niet mocht  
beroepen, wat doet hij dan anders dan de maatschappelijke werke-  
lijkheid die even uit het zicht verloren was, weer, als het konijn van  
de betreurde Rotterdamse hoogleraar ter Heide uit de hoed tevoor-  
schijn toveren?

Bezien vanuit dit aspect heeft rechtspraak tot taak de opgetreden  
ziekte te genezen. Het is immers een ziekte waar men de dokter niet  
meer buiten kan of wil houden. Ik ga niet al te lang op deze  
beeldspraak door maar stel toch nog even vast dat wij slechts dóórdat  
er ziekten optreden, weten — althans enig besef hebben van wat  
gezond zijn is en voorts dat het optreden van de geneesheer niet alleen  
tengevolge kan hebben dat de ziekte overgaat, maar ook dat de bron  
van de ziekte wordt ontdekt en — en al is dat helaas niet hetzelfde  
— allengs ook het geneesmiddel daartegen gevonden wordt. Zo  
werkt rechtspraak in haar beste vorm niet alleen conflict-beslechtend  
maar ook conflict-voorkomend.

Daarmee schep ik een ideaalbeeld van de civiele rechtspraak dat  
weliswaar niet misstaat op een feestzitting, maar dat toch de rechtssoc-  
iologen, die ik ten tonele voerde, weinig zal bevredigen. Men zou  
de rechtspraak ook kunnen zien niét als de gezamenlijkheid der

geneesheren, maar als de verschijningsvorm van de ziekte zelf. Het recht dat tot het uiterste gehandhaafd wil zijn is ziek en *leidt tot een koortsige oplossing*. Waar twee kijden hebben er twee schuld, is een te gemakkelijk gezegde en daarom misschien geen rechtsadagium, maar een stevige kern van waarheid zit er wel in. De rechtspraak echter is niet in staat op die kern van waarheid in te spelen. Voor de beslissing gesteld zal zij die zo gewone condition humaine — volgens welke in conflict zelden iemand ten volle gelijk of helemaal ongelijk heeft — niet kunnen honoreren. Eén draagt de zegepalm weg, de ander zit met de stukken. Paul Scholten heeft het in zijn Algemeen Deel zo gezegd:

Een bemiddelend vonnis geeft de rechter als hij zegt: voor beiden is wat te zeggen, ik weet niet wie gelijk heeft, dan los ik Uw strijd op door beiden gedeeltelijk gelijk, gedeeltelijk ongelijk te geven. Ik aarzel niet te zeggen dat dit onrecht is.

Deze opvatting — ook nu de heersende — heeft één zwakke kant: Zij eist, dat de uitspraak: ik weet niet wie gelijk heeft, een onbestaanbare is, want als ze wel bestaat is de door Scholten voorgestane oplossing duidelijk nóg onaanvaardbaarder dan die van het bemiddelend vonnis:

Voor beide standpunten is evenveel te zeggen: ik weet dan ook niet wie gelijk heeft en kan daar ook niet achterkomen. Dan los ik Uw strijd op — omdat dat moet — door, willekeurig, een van U gelijk te geven.

Ik, op mijn beurt, aarzel niet dat onrecht te noemen.

Behalve aan de rechtssociologie wilden de oprichters van dit tijdschrift ook veel aandacht besteden aan rechtsvergelijking. Daarbij kan men het oog hebben zowel op vergelijking van het regelbestand in bepaalde landen als op dat van de rechterlijke uitspraken. Op dit laatste terrein is tot nu toe opvallend weinig gedaan. Uiteraard is rechtsvergelijking een zaak die de gerechtigheid van wetgeving en rechtspraak aan een zware vuurproef onderwerpt. De verbroekeling van het recht over vele staten heeft evenals de verdeling der mensen over vele godsdiensten (en negaties daarvan), de gerechtigheid als het ware „genationaliseerd” en gecompartmentaliseerd.

Zoudt U menen, dat de oproep om de schrijver Rushdie tegen een hoge beloning te vermoorden, ook door hen die die oproep gaven en hen die haar ondersteunen, als puur en schandelijk onrecht wordt onderkend? Als tussen mensen de verschillen zo hoog oplopen, hoe zal dan de rechtspraak, gebaseerd op een van die regelsystemen, aanspraak kunnen maken op de eretitel van gerechtigheid? Dat kan alleen maar in die super-optimistische en elitaire visie uit de oudheid, die als recht omschreef: quod naturalis ratio inter homines constituit.

Mag ik een paar andere, wat minder schokkende voorbeelden geven?

In het Nederlandse recht kennen wij bij de vaderschapsactie de zogenaamde *exceptio plurium concubentium*. Als de vader van een niet-erkend onwettig kind wordt beschouwd — met verplichting in de kosten van opvoeding en onderhoud van dit kind bij te dragen — hij die in de conceptie-periode met de moeder van dat kind naar bed is geweest. Maar kan zo iemand aantonen, dat de moeder in die periode ook met een of meer anderen gemeenschap heeft gehad, dan behoeven ze geen van beiden (of geen van allen) voor het kind te betalen. Is dat zo rechtvaardig?

De wettelijke regeling in Oostenrijk is misschien logisch wat minder vuurvast maar werkt billijker uit: beide (alle) mannen zijn hoofdelijk voor alle onderhoudskosten aansprakelijk. Of de betaler een (gedeeltelijk) regresrecht heeft op de andere mogelijke vader(s) moet ik nog onderzoeken.

In Nederland werden wij op 4 juni 1982 opgeschrikt door een beslissing van de Hoge Raad volgens welke, kort gezegd, in afwijking van de wet, minderjarigen zich niet meer voetstoots behoeven neer te leggen bij de weigering van hun ouders om in hun huwelijk toe te stemmen. Die weigering kon voortaan, ook als zij afkomstig was van een ouder die het gezag had over de minderjarige, worden vervangen door die van de kantonrechter. Daarna is onze wet aangepast. In België kan, zoals een zeer gedocumenteerd artikel van Van den Bossche in het Tijdschrift voor Privaatrecht leert, in ieder geval al sinds de wet van 8 april 1965 de jeugdrechter zo'n vervangende toestemming geven. Waren de beslissingen van de Nederlandse rechters tot 1982, waarbij elke weigering van de ouders zonder meer werd aanvaard, een uiting van gerechtigheid?

In 1965 verscheen in het Tijdschrift voor Privaatrecht een artikel over het begrip gemeenschappelijke woning. Daarin komt de vraag aan de orde waarom het er op nahouden van een bijzit precies in de echtelijke of gemeenschappelijke woning moet geschieden om strafbaar te zijn of om als grond voor echtscheiding te kunnen gelden.

Die vraag is ook in Nederland, al bestond daar zo'n bepaling niet, wel gerezen. En als men daar dan bereid was die vraag genuanceerd te beantwoorden en niet vanuit een vermeend zuidelijk macho-element met haar af te rekenen dan was het wel vanuit de gedachte, dat het zo grievend voor de echtgenote moet zijn, dat zij in haar eigen huis een rivale naast zich moet dulden, dat dit wel grond tot echtscheiding moet opleveren, ook al zou de man overigens ongestraft en blijvend gehuwd te keer mogen gaan. Het is een ook in de

roman-literatuur terugkerend thema, dat het echtelijk bed in de echtelijke slaapkamer zich slechts krachtens uiterst beledigende grofheid leent voor extra-maritale avonturen.

Maar laat men ons nu komen vertellen, dat Tronchet, Monseignat en Haus unaniem leren, dat de ratio achter deze regel hierin is gelegen, dat overspel van de man buitenshuis zo verschrikkelijk moeilijk te bewijzen valt. En is er dan gerechtigheid geschied wanneer de echtscheiding wordt afgewezen in geval het overspel van de man wel komt vast te staan, hoewel hij dat buitenshuis pleegde? Nee, oordeelden de Belgische rechters, en dus vestigden zij een rechtspraak die de tekst van de wet omkeert: iedere plaats waar de man vertoeft met zijn bijzit, moet geacht worden de echtelijke of gemeenschappelijke woning te zijn. De fictie als ultieme vorm van rechtvaardigheid.

Een van de redenen waarom rechtspraak en gerechtigheid vaak met elkaar op gespannen voet staan is gelegen in de noodzakelijke onvolmaaktheid van de fact-finding. In het strafproces heeft de overheid een heel apparaat ter harer beschikking om de feiten en daarmee „de ware toedracht van zaken” te achterhalen en toch faalt zij daarin nog herhaaldelijk.

In het civiele recht bemoeit de overheid zich niet spontaan met de toedracht van zaken. Wie in het civiele recht iets wil — heel beeldend: de eiser geheten — zal feiten hebben te stellen waarop de door hem gewenste verandering — in persoonlijke status, in vermogensrechtelijke relaties — kan steunen. De partij die geen verandering wil — de gedaagde, niet de bedaaagde — stelt zich afwachtend op. Slechts onder bepaalde omstandigheden moet ook hij met zijn toedracht van zaken voor de dag komen om te voorkomen dat zijn ontkenning als niet of te weinig gemotiveerd ter zijde wordt geschoven. Het is mijn vaste overtuiging dat de vaststaande feiten in het proces maar al te vaak niet de feiten van de werkelijkheid zijn, dat de civiele rechter moet oordelen op grond van een (ten dele) fiktieve situatie. Of om met het lid van de Hoge Raad Mr. M.P.J. Verburgh te spreken: er is een te groot verschil tussen de partijwaarheid en de proceswaarheid, en hij knoopt daar de vraag aan vast: is de lijdelijkheid van de civiele rechter als systeem nog wel vol te houden?

Deze opmerkingen plaatst hij in zijn voorwoord bij een opvallend boekje van de rechtssociologen Freek Bruinsma en Reinoud Welbergen: de Hoge Raad van onderen. Van bekende arresten van de Hoge Raad — leer- en struikelstof voor vele generaties rechtenstudenten — zochten zij de partijen in persoon op om te weten hoe die

er over dachten. De euforie die in Nederland heerst met name ten aanzien van de (hoogste) civiele rechtspraak, komt er een beetje door onder druk te staan als men zo'n passage leest als die van de vader van Mia Versluis, die schadevergoeding eiste omdat hij was ingestort na wat zijn dochter Mia, die ruim vijf jaren in coma lag, medisch had moeten meemaken:

Als er al iets onrechtmatig gebeurd zou zijn, dan zou mijn instorting daarmee geen verband hebben, gezien het tijdstip daarvan. Ik geloof dat ik wat eerder had moeten instorten.... hier komt de onbillijkheid van het recht naar voren...

De onbillijkheid van het recht. Was dat maar een paradox of nog liever een *contradictio in terminis*. En toch: het zou ondragelijk zijn voor allen die aan de rechtspraak deelnemen te moeten beamen dat het recht daarmee getypeerd is. Het is ook niet nodig. Maar het is goed dat wij ons ervan bewust blijven, dat we alle ziekten van het recht nog lang niet onder de knie hebben.

Behalve de moeilijkheid van vaststelling der juiste feiten, is daar ook het probleem van de reproductie der feiten in hun oorspronkelijke samenhang. Juist vastgestelde feiten kunnen door de manier waarop zij geselecteerd worden, door sommige bijzonder te benadrukken en andere — even juiste feiten — in de schaduw te laten — toch een volstrekt vals beeld van de echte werkelijkheid geven. Woorden hebben betekenis in een bepaalde kontekst die niet zonder meer herhaalbaar is.

Ik heb mij onlangs erg verbaasd. Terwijl ik iets zat te lezen hoorde ik een stem in de radio zeggen: dat zie je toch zelden: een haas in een lange broek. Ik dacht meteen: ik heb het zelfs nooit mogen zien. Het raadsel werd snel opgelost. Het ging over de gangmaker van een coryphee bij een lange afstandsliep: zo iemand maakt geruime tijd het tempo maar verlaat, halverwege, uitgeput en voldaan, de renbaan. De laatste druk van Van Dale kent als vijfde deze betekenis van het woord haas. De vorige kende haar nog niet.

Dat rechtspraak soms meer met het doorhakken van een of meer knopen dan met het tastend zoeken naar de meest billijke oplossing te maken heeft, blijkt, naar het mij voorkomt ook daar waar de rechtspraak zich uitermate inspant om tot een aanvaardbare oplossing te geraken. En waarom is die inspanning in zulke gevallen zo groot? Omdat er eigenlijk geen oplossing is die markant billijker is dan een andere. De rechtspraak omtrent artikel 2014 B.W. is daar eigenlijk al een voorbeeld van: als A zijn fiets aan B uitleent en deze verkoopt die aan de eerlijke C, wie moet dan bij insolventie van B de strop dragen? A, roepen de gewiekste juristen want die lijdt

vrijwillig bezitsverlies. Het is, vanuit diezelfde A bekeken, een nonsens-argument. Maar ik dacht eigenlijk nog meer aan die serie arresten, waarin het er in splinterdunne varianten steeds om gaat, wie uit een faillissement iets terug kan halen als de failliet voor hij in die staat geraakte, zijn spullen om krediet te krijgen twee of meer keer in eigendom aan iemand overdroeg, wat natuurlijk alleen maar kon, omdat hij die zaken niet feitelijk leverde maar — als lener — onder zich hield.

Al die moeilijke, knappe, elkaar nu eens een beetje tegensprekende dan weer aanvullende arresten: het Sio-arrest van 1953, het Pluvier-arrest van 1970, het Van Gend-en-Loos-arrest van 1976 bieden de verslaafde jurist ongetwijfeld enig intellectueel en soms zelfs esthetisch genot en houden het ontzag voor het vak er een beetje in bij die zich willen aansluiten, maar voor mij kan dat alles niet verhelen dat veruit de meest billijke oplossing zou zijn de beide kemphanen de helft van de beschikbare pot te geven. Soms moet men even stom durven zijn als de wijze Salomo.

Rechtspraak en gerechtigheid kunnen het ook op andere terreinen met elkaar te kwaad krijgen. Ervan uitgaande dat de feiten waarheidsgetrouw zijn achterhaald en zuiver zijn weergegeven, komt het probleem opdagen waarom de rechtsregels die wij erop moeten loslaten, tot een billijke oplossing zouden *moeten* leiden. Het voor de hand liggende antwoord is: omdat (en voorzover) de toegepaste regel een rechtvaardige beslissing teweeg brengt.

Is dat niet het geval dan kan de uitspraak van de rechter slechts in overeenstemming zijn met de gerechtigheid als zij daadwerkelijk van de ordening die de regel geeft afwijkt. Ieder rechtssysteem gaat echter fundamenteel uit van de rechtvaardigheid van zijn rechtsordering. Dat behoeft natuurlijk niet juist te zijn, heel soms zelfs niet voor het geheel, vaak niet voor onderdelen.

Dit is reeds de eerste breuk tussen rechtspraak en gerechtigheid bij de toepassing van recht. De vooronderstelling van gerechtigheid is zeker niet juist en toch zullen wij als rechters en berechten met die vooronderstelling moeten leven en werken. Tenminste binnen de rechtspraak. Regels die niet of niet meer deugen zullen reeds lang niet meer in de maatschappelijke werkelijkheid worden nageleefd vóór ze binnen de rechtspraak in opspraak komen en zeker voor ze zijn afgeschafft. Hoe gaat de rechtspraak te werk bij een dergelijke — ten lange leste onderkende — discrepantie tussen regeltoepassing en redelijkheid of billijkheid?

Artikel 6.1.1.2. Nieuw B.W. bepaalt — in het kader van het verbinte-

nissenrecht — dat een tussen de schuldeiser en de schuldenaar *krachtens de wet geldende regel*, niet van toepassing is, indien dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

E.M. Meijers had in zijn inleidende titel voor het Nieuw B.W., die bedoeld was voor het *hele* wetboek, een wat strenger geformuleerde, soortgelijke regel opgesteld in artikel 3, luidende:

Een regelende wet of gewoonte wordt niet toegepast, wanneer haar toepassing in het gegeven geval op grond van bijzondere omstandigheden in hoge mate onbillijk zou zijn.

Steeds is daarbij uitgangspunt: de regel is op zich genomen juist (fundamenteel uitgangspunt) maar zij kan in bijzondere omstandigheden een onbillijke uitkomst bieden en dat dient te worden voorkomen. (Is de regel fundamenteel onjuist dan zal zij echter juist onder gewone omstandigheden een onbillijke uitkomst geven). Die inleidende titel van Meijers is onder het verwoestend geweld van de kritiek van Kisch bezweken, maar dat artikel 3 en artikel 6.1.1.2. van het toekomstige nieuwe B.W. zijn eigenlijk wettelijke *meta*-regels die meer en duidelijker dan grondwettelijke regels boven de wetgeving staan, in feite het oordeel over het rechtvaardigheidskarakter van de wet aan de rechter overlaten, *en hem toestaan naar dat oordeel recht te doen*. Want of er sprake is van buitengewone omstandigheden, van een hoge mate van onbillijkheid, staat óók ter beoordeling van de rechter:

- (1) Volgens de wet rechtsprekend komt de rechter tot uitkomst A.
- (2) De billijke uitkomst is echter B.
- (3) Gelet op de (hoge mate van) onbillijkheid van uitkomst A, wordt uitkomst B in de rechterlijke uitspraak in de plaats gesteld van uitkomst A.

Deze drie uitspraken worden gedaan door de rechter. Alleen de eerste is, naar de leer van Montesquieu, een typisch rechterlijke. De andere passen in het Turkije van zijn dagen, waar de rechter zichzelf tot regel is: *le juge est lui même sa règle (L'Etat despotique)*.

Deze in de wet verankerde *meta*-wettelijke correctie-methode acht Schoordijk een verfoeilijke. Hij gewaagt van zijn afkeer van artikel 6.1.1.2., waarin deze handelwijze haar quasi-wettelijk steunpunt vindt. Schoordijk wijst, in vaktaal gezegd, de derogerende werking van de goede trouw af, want

„wanneer de rechter wettelijke bepalingen in bepaalde gevallen *buiten werking zou kunnen stellen*, staat de rechtsstaat op de tocht.”



En toch wenst ook Schoordijk alleen maar diezelfde goede beslissing. Met een zekerheid, die wel leuk overkomt, verklaart hij:

„Gelukkig zal artikel 6.1.1.2. in de toekomst geen toepassing vinden. De bepaling miskent dat een goed rechter een wetstekst *alleen maar* juridisch — het oog gericht op een rechtvaardig oordeel — leest en nooit aan zal (mogen) nemen, dat een bepaling in een bepaald geval, zo zij een onredelijk resultaat zou opleveren, desniettemin zal gelden, om haar daarna buiten gevecht te stellen.”

Schoordijk heeft Jozef Essers' leer ten einde toe doorgedacht: de wet *kan* niet beogen een slechte oplossing voor een konflikt aan de hand te doen. Het toe te passen recht kan niet iets „ungerechtes und unvernünftiges” verlangen en *eist* een zodanige uitleg van zijn inhoud dat daaruit steeds „gerechte Lösungen” ontstaan.

Beide opvattingen getuigen — hoe verschillend hun uitgangspunt moge zijn — van een grenzeloos vertrouwen in de condition humaine, van een optimisme dat door de wereldgeschiedenis en de geschiedenis van het recht alle eeuwen door is gelogenstraft. Ten eerste weten wij — inklusief alle rechters ter wereld — niet tennaaste bij wat goed en rechtvaardig is, ten hoogste wat — in brede kring nu en hiër voor goed en rechtvaardig wordt gehouden. En ten tweede is er geen reden in aan te nemen dat wetten als zodanig alleen maar beogen het fundament te vormen van rechtvaardige beslissingen. Hierover zeer principieel G. Langemeijer in: *De Gerechtigheid in ons Burgerlijk Vermogensrecht*, waar hij zich afvraagt hoe ons de vraag naar een rechtvaardige uitspraak van de rechter zo kan passioneren, ook al zijn wij ervan overtuigd, dat het burgerlijk vermogensrecht op zichzelf geen rechtvaardige goederenverdeling kan verzekeren.

Ik zal maar weer eens het voorbeeld van die rechtbank uit Düsseldorf geven die in een uitspraak van 1938 de Wet op de Feiertagslohnansprüche niet meer van toepassing achtte op Joden, want:

„Es muss als ausgeschlossen angesehen werden der Gesetzgeber wollte die Juden auch heute noch von einem Nachteil bewahren oder ihnen eine Wohltat zukommen lassen.”

Deze uitspraak zou zowel toepassing kunnen zijn van de 6.1.1.2.-leer als van de Esser-doctrine, ware het niet dat zij zo immens *onrechtvaardig* is. Maar de rechters uit Düsseldorf waren — zo'n vijftig jaren geleden — in het land van Beethoven en Goethe en in de stad waar Heine geboren werd — van mening dat hun uitleg resp. hun terzijdestelling van het wetsartikel voor dit bijzondere geval vanzelfsprekend was.

Wat zal van dit alles de conclusie moeten zijn? Ik meen haar zo te

kunnen samenvatten: Als de rechtspraak, uitgaande van de algemene gerechtigheid van de regel, haar in uitzonderlijke gevallen aan de kant zet wegens een onredelijk geachte uitkomst bij wet-toepassing, streeft zij na wat ooit zou zijn aangemerkt als *summum jus*: de opperste gerechtigheid. Helaas is die altijd verbonden met: *summa iniuria*, het diepste onrecht. Voorzover die koppeling te begrijpen is moet zij de paradox onder woorden brengen, dat waar in een verre van volmaakte wereld met onvolmaakte wetten, een kleine groep van mensen — de rechters — in hun oordeel het volmaakte nastreven, zij als Icarus, plat gezegd, neer zullen storten, op hun bek vallen. Rechtspraak hoort tot het mensenwerk. Gerechtigheid — de opperste — is niet van hier.

Al die relativering ten spijt, blijft het de opgave van de rechtspraak de gerechte beslissing zoveel mogelijk na te streven, aan de rechtsregel de betekenis en verfijning toe te kennen die haar op de met zorg en eerlijkheid vastgestelde feiten doet passen als de deksel op de doos. Soms lukt het, meestal lukt het niet, overwoog lang geleden de dichter Bertus Aafjes in zijn „Voetreis naar Rome”. Ik zou dat willen variëren. Meestal lukt het in de rechtspraak nogal redelijk. Soms wonderbaarlijk goed. En die hoogtepunten van rechtspraak, daarmee zou ik deze voordracht toch maar liever willen besluiten. Het decor van de alledaagsheid — het gewone vakwerk — in een oogwenk, in een bliksemschicht is het aan onze ogen onttrokken. Welke mystieke macht is het, die het goede oordeel toch liet doorbreken? Wie ontstak tussen de regels door der dorre juristentaal — de sprankelende vonk der gerechtigheid?

In het gerechtsgebouw fladderen geen schichtige roofvogels meer rond. Ridders zijn het, ridders der gerechtigheid in een droompaleis. En waar rechtvaardigheid heerst, bloeit vrede.

## RÉSUMÉ

La conférence donnée à Gand le 17 mars 1989 à l'occasion de la célébration du 25<sup>ème</sup> anniversaire du *Tijdschrift voor Privaatrecht*, aborde sous divers angles le thème des rapports entre jurisprudence et justice.

L'auteur développe d'abord l'image de la jurisprudence comme pathologie du droit: le droit en bonne santé s'accomplit en effet, sans immixtion des juges, comme une chose allant très largement de soi au sein de et par la vie en société.

A l'aide de quelques exemples marquants tirés de la jurisprudence, l'auteur met en lumière les rapports souvent tendus existant entre jurisprudence et justice. Il en cherche l'explication, notamment, dans la difficulté de procéder à une constatation exacte des faits et de replacer ceux-ci en leur contexte original, mais également dans la constatation que, parfois, aucune solution n'est nettement plus équitable qu'une autre.

Toutefois, même quand les faits sont décelés dans leur véracité et fidèlement rapportés, subsiste encore le problème de la règle de droit applicable. Cette règle est-elle équitable? Tout d'abord, chaque système juridique part du principe de base que son ordre juridique est équitable, ce qui ne correspond bien évidemment pas nécessairement à la réalité. Les juges et les justiciables devront s'accommoder de ce préjugé de justice. Sur le point de savoir si le juge doit écarter la loi lorsqu'il estime que son application serait hautement inéquitable, les opinions demeurent diamétralement opposées.

En conclusion, l'auteur estime que si la jurisprudence, partant du caractère généralement juste de la règle, écarte cette règle dans des circonstances exceptionnelles en raison du résultat déraisonnable que pourrait avoir une application de la loi, elle recherche la justice suprême (*summum ius*), celle-ci se trouvant malheureusement toujours liée à la plus profonde injustice (*summa iniuria*). La jurisprudence est une œuvre humaine; la justice — dans son expression suprême — n'est pas de ce monde. La mission de la jurisprudence n'en demeure pas moins de rechercher autant que possible la décision juste et de donner à la règle de droit la signification et l'affinement nécessaires pour que cette règle s'adapte le plus adéquatement aux faits constatés avec soin et en toute honnêteté.

## ZUSAMMENFASSUNG

Die Lesung anlässlich der am 17. März 1989 in Gent veranstalteten Feierlichkeit zum 25-jährigen Jubiläum der „*Tijdschrift voor Privaatrecht*“ behandelt aus verschiedenen Sichten das Thema „Verhältnis zwischen Rechtspflege und Gerechtigkeit“.

Der Verfasser entwickelt zunächst das Bild der Rechtspflege als Pathologie des Rechtes: das gesunde Recht vollzieht sich ja ohne Einmischung der Richter mit einem hohen Maß an Selbstverständlichkeit in und durch das Gesellschaftsleben selbst.

An einigen markanten Beispielen aus der Rechtspflege weist der Verfasser auf das oft gespannte Verhältnis zwischen Rechtspflege und Gerechtigkeit hin. Eine Erklärung sucht er etwa in der Schwierigkeit einer genauen Ermittlung der Tatsachen,

im Problem einer Wiedergabe der Tatsachen im ursprünglichen Zusammenhang, allerdings auch in der Tatsache, daß es manchmal keine Lösung gibt, die markant gerechter ist als eine andere.

Doch sogar wenn sich die Tatsachen wahrheitsgetreu ermitteln und tadellos wiedergeben lassen, besteht nach wie vor das Problem der anzuwendenden Rechtsregel. Ist diese Rechtsregel wohl gerecht? Es ist klar, daß jedes Rechtssystem von der grundlegenden Gerechtigkeit seiner Rechtsordnung ausgeht, was selbstverständlich nicht unbedingt stimmt. Mit dieser Voraussetzung einer Gerechtigkeit werden also sowohl die Richter wie die Abgeurteilten leben müssen. Über die Tatsache ob der Richter das Gesetz zur Seite schieben darf, wenn er dessen Anwendung in hohem Maße für ungerecht hält, bestehen unterschiedliche, sogar diametral entgegengesetzte Auffassungen.

Der Verfasser beschließt mit der Idee, daß wenn die Rechtspflege, mit der allgemeinen Gerechtigkeit der Regel als Ausgangspunkt, in Ausnahmefällen wegen eines bei Rechtsanwendung für ungerecht gehaltenen Ausgangs diese Regel zur Seite schiebt, sie die höchste Gerechtigkeit (*summum ius*) erstrebt, die leider immer mit der tiefsten Ungerechtigkeit (*summa iniuria*) verbunden ist. Die Rechtspflege gehört zur Menschenarbeit; die Gerechtigkeit — die höchste — ist nicht von dieser Welt. Dennoch ist es nach wie vor die Aufgabe der Rechtspflege einer gerechten Entscheidung möglichst nahe zu kommen und der Rechtsregel Bedeutung und Verfeinerung beizumessen, so daß sie zu den mit Sorgfalt und Ehrlichkeit ermittelten Tatsachen paßt wie ein Deckel auf den Topf.

## SUMMARY

The lecture given on the occasion of the 25th anniversary of the *Tijdschrift voor Privaatrecht* in Ghent on 17/3/1989 approaches the problem of the relationship between the case law and justice from a number of different angles.

First, the author develops the image of the case law as being the "pathology" of the law, since the "healthy" law develops as a function of society, through a considerable degree of mutual consent, without any intervention on the part of the courts.

The author cites a number of telling examples taken from the case law to illustrate the often tense relationship between the case law and justice. He seeks an explanation for this phenomenon not only in the problem posed by the difficulties involved in establishing the facts of the case and by placing the facts in their original context, but also in the fact that sometimes it is simply impossible to find a solution which is markedly more equitable than any other.

However, even where the facts have been established in accordance with the truth and placed in their true context, there remains the problem of finding the applicable legal rule. Is that legal rule truly equitable? In the first place, the every legal system proceeds on the basis of the fact that its legal system represents true justice, which is obviously not necessarily the case.

However, both the courts and the citizens will have to live with this assumption of justice. There are several diametrically opposed viewpoints on the subject of whether the courts should be able to set aside statute law where they find that its application is totally iniquitous.

The author concludes by stating that where the courts, on the basis of the justice inherent in a rule, set aside this rule in exceptional circumstances because of the iniquitous outcome of applying the statute, they are aiming for the most perfect form of justice (*summum ius*), which is not invariably connected to the worst form of injustice (*summa iniuria*). The court decisions are the result of human activity; perfect justice is not for this world. However, it remains the duty of the courts to aim as much as possible for justice in their decisions and to give to the legal rule that meaning and interpretation which fit "like a glove" the facts which have been carefully and honestly established.

## RESUMEN

El discurso pronunciado con ocasión de la celebración del 25 aniversario de la «Revista para el Derecho Privado» (Gante — 17 de marzo de 1989) enfoca de distintos puntos de vista el tema «relación jurisprudencia — justicia».

Primero, el autor desarrolla la metáfora de la jurisprudencia como patología del derecho: la realidad es que el derecho sano se opera EN y POR la vida social misma, con un alto grado de evidencia y sin intervención de los jueces. Mediante algunos ejemplos reveladores sacados de la jurisprudencia, el autor demuestra la relación muchas veces tensa, que existe entre la jurisprudencia y la justicia. La explicación de esta tensión, la busca en la dificultad de hacer una comprobación correcta de los hechos, en el problema de la reproducción de los hechos en su contexto original, pero también en el hecho que a veces muy sencillamente no hay una solución claramente más justa que otra.

Sin embargo, aunque se hayan podido demostrar los hechos de manera verídica y clara, sigue existiendo el problema de la ley a aplicar. Es bien justa esa determinada ley? Para empezar, cada sistema jurídico parte fundamentalmente de la suposición de que su orden jurídico es justo, lo que no es necesariamente verdad. Pero los jueces y las personas juzgadas tendrán que intentar vivir con esa presuposición de justicia. Sobre el hecho si el juez puede hacer caso omiso de la ley cuando cree que la aplicación de ésta es altamente injusta, existen distintas concepciones diametralmente opuestas.

El autor concluye con la idea siguiente: si la jurisprudencia, tomando como principio que la regla es generalmente justa, hace excepcionalmente caso omiso de esta regla porque la aplicación de la ley podría llevar a una solución considerada como injusta, en tal caso, esta jurisprudencia trata de conseguir la justicia más suprema (*summum ius*), que desafortunadamente siempre está relacionada con la injusticia más profunda (*summa iniuria*). La jurisprudencia es hecha por el hombre; pero la justicia — la más suprema — no es de este mundo. Sin embargo, la jurisprudencia debe seguir intentando llegar a la decisión justa y dar a la regla jurídica el sentido y el refinamiento que vaya con los hechos constatados con cuidado y honradez «como anillo al dedo».