

Wat niet weet, dat niet deert?

Over de reikwijdte van het beginsel ‘eenieder wordt geacht de wet te kennen’ in het hedendaagse recht

Marc Loth en Eric Tjong Tjin Tai*

I Inleiding

1. ‘Eenieder wordt geacht de wet te kennen’ is een van de adagia die iedere rechtenstudent leert. Enigszins ironisch is dit wel, omdat de rechtenstudie nu juist uitgaat van de premisse dat men zonder zodanige studie het recht niet kent, en dat die kennis een zodanige moeilijkheidsgraad heeft dat zij een academische studie rechtvaardigt. Wat bedoelen wij dan met dit adagium? Tot wie is het gericht? En wat houdt het precies in?

Het is gebruikelijk om bij de beantwoording van deze vraag te beginnen met de verzuchting dat het een fictie is die steeds moeilijker te handhaven is in het licht van de toenemende complexiteit van het recht. In 1994 overwoog de burgerlijke rechtbank te Leuven: ‘Iedereen wordt weliswaar geacht de wet te kennen, maar dat principe stamt uit zeer lang vervlogen tijden en actueel kent geen enkele Belg alle wetten.’ Het betrof een geval waarin een arts op verzoek van een doodzieke patiënt vlak voor haar overlijden een testament opmaakte. Omdat het testament niet met inachtneming van de vormvoorschriften was opgemaakt, werd het door de rechter nietig verklaard. De onfortuinlijke legataris vordert schadevergoeding van het ziekenhuis. De rechtbank wees de vordering af op de grond dat van de arts niet mag worden verwacht dat hij de wettelijke vereisten voor een testament kent, en dat hij daarom geen fout of onzorgvuldigheid heeft begaan. De bruuske wijze waarop de rechtbank het beginsel dat iedereen wordt geacht de wet te kennen aan de kant schoof, ontlokte de annotator Hens de opmerking dat dit berust op een miskenning van de reikwijdte ervan.¹ Het beginsel houdt namelijk niet in dat alle burgers alle wetten dienen te kennen, aldus Hens. Het niet-kennen van een rechtsregel is alleen dan onrechtmatig indien daarmee een rechtsnorm wordt overtreden. De rechter had dus dienen te onderzoeken of een normaal zorgvuldig persoon in vergelijkbare omstandigheden zich op dezelfde wijze had gedragen, ongeacht zijn kennis van de

* Prof. mr. M.A. Loth en prof. mr. T.F.E. Tjong Tjin Tai zijn beiden hoogleraar privaatrecht aan de Universiteit van Tilburg.

1 Burgerlijke rechtbank te Leuven 5 oktober 1994, met annotatie van Tom Hens, in: *Rechtskundig Weekblad* 1994-1995, nr. 31, 1 april 1995, p. 1061-1063.

toepasselijke norm. Op zichzelf is die kritiek juist, maar zij laat de vraag onbeantwoord wat dan wel de reikwijdte van dit beginsel is in de hedendaagse, complexe rechtsorde. In hoeverre is die reikwijdte veranderd door de toenemende complexiteit van het recht? Dat zijn de centrale vragen van dit preadvies.

2. Op zichzelf is dit adagium, zoals de meeste andere adagia, in eerste instantie niet gericht tot de burger, maar is het veeleer een door juristen te hanteren beginsel bij de toepassing van het recht. Of iemand de wet nu wel of niet kent is in beginsel niet van belang bij de beoordeling van zijn rechtspositie; hij wordt immers geacht die kennis te bezitten. Deze interpretatie past ook beter bij de Engelse variant van dit adagium: ‘ignorance of the law is no excuse’.² Het gaat derhalve primair niet om een aspiratienorm voor de kennis van de burger, maar om een beginsel van rechtstoepassing. Pas in tweede instantie reikt het, over het hoofd van de rechter heen, tot de burger. Het beginsel dat hij geacht wordt de wet te kennen, maakt het de rechter mogelijk om het recht objectief toe te passen, ongeacht de kennis van de betrokkene omtrent het recht. Het garandeert de rechtzoekenden een gelijke behandeling, ongeacht hun individuele kennis van het recht. Het gaat pas wringen wanneer de betrokkene de vereiste kennis van toepasselijke rechtsregels ontbeert, en niettemin aan voor hem bezwaarlijke gevolgen van die regels wordt gehouden. Dan rijst de vraag of de betrokkene een beroep toekomt op het leerstuk van de rechtsdwaling. In welke gevallen is ‘ignorance of the law’, bij wijze van uitzondering, wel een ‘excuse’? Uit de bestaande literatuur en rechtspraak kan worden afgeleid dat daarvoor aan twee, cumulatieve vereisten dient te worden voldaan: (1) de dwaling dient verschoonbaar te zijn, en (2) deze dient niet om een andere reden voor diens risico te komen.³

3. Bij ons onderzoek naar de reikwijdte van het beginsel ‘eenieder wordt geacht de wet te kennen’, zullen wij achtereenvolgens ingaan op drie vragen, die in onze opvatting cruciaal zijn voor de beantwoording van de vraag naar zijn reikwijdte: (1) Hoe, in welk opzicht, is de complexiteit van onze rechtsorde toegenomen? (2) Wat betekent dat voor de kenbaarheid van het recht, en daarmee voor de zekerheid die het biedt en het vertrouwen dat de burger en professionals eraan kunnen ontleen?

2 Voor de interessante geschiedenis van het beginsel ‘eenieder wordt geacht de wet te kennen’ verwijzen wij – met dank aan Laurens Winkel voor deze verwijzingen – naar Hans Kiefner, ‘Die gegenwärtige Bedeutung der Maxime “nul n’est censé ignorer la loi”’, in: *Deutsche Landesreferate zum VII. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in Uppsala 1966*, Ernst von Caemmerer und Konrad Zweigert hrsg., De Gruyter: Berlin en J.C.B. Mohr (Paul Siebieck): Tübingen 1967, p. 87-97. Kiefner laat zien dat het beginsel in feite twee regels omvat, met een verschillende geschiedenis: de oude regel ‘iuris ignorantia non excusat’ die teruggaat tot het vroege Romeinse recht, en de jongere regel ‘nemo ius ignorare censetur’ dat als bewijsvermoeden in het Middeleeuwse bewijsrecht van betekenis werd. Beide regels – die over de onverschoonbaarheid van rechtsdwaling en die over de veronderstelde rechtskennis – hebben na Kant definitief hun metafysische rechtvaardiging verloren.

3 Zie recentelijk G.T. de Jong, ‘De aanvang van de korte verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW en rechtsdwaling’, *WPNR* 2011, 6874. Zie verder A. Vrankx, ‘Iedereen wordt geacht de wet te kennen’, *R.W.* 1965-66, p. 1217-1226, C.J.H. Brunner, ‘Rechtsdwaling’, *TPR* 1993, p. 1316-1318, O.A. Haazen, *Algemeen Deel van het rechterlijk overgangsrecht. Een verhandeling over de terugwerkende kracht van rechtspraak, de rechtsdwaling en de democratische rechtsvindingsleer*, diss. Tilburg 2001.

(3) Wat impliceren de antwoorden op de vragen (1) en (2) voor het leerstuk van de rechtsdwaling? Aan de volgorde en de samenhang tussen deze vragen ligt de hypothese ten grondslag dat het beginsel ‘eenieder wordt geacht het recht te kennen’, ondanks de toenemende complexiteit van het recht, (nog steeds) een valide uitgangspunt van ons recht is. De legitimatie van dit beginsel is niettemin veranderd; die is niet gelegen in de (veronderstelde) relatieve overzichtelijkheid van het recht (zo dit ooit al het geval was), maar in de gedachte dat ook het hedendaagse, complexe rechtssysteem voldoende houvast biedt voor normconform gedrag. Zo bezien is het leerstuk van de rechtsdwaling het sluitstuk van onze beschouwingen over de complexiteit en de kenbaarheid van het recht. Het is van belang voor die (uitzonderlijke) gevallen waarin – volgens de daarvoor geldende maatstaven – het recht in de gegeven omstandigheden niet voldoende kenbaar is. Voor dat leerstuk resteert derhalve maar een beperkt toepassingsbereik; verscheidene problemen die nu tot de rechtsdwaling worden gerekend, worden in onze gedachtegang langs andere weg opgelost.

4. Het betoog is als volgt opgebouwd. Par. 2 behelst een verkenning en analyse van de toenemende complexiteit van het recht. Daaruit volgt dat de vraag naar de complexiteit van het recht niet los kan worden gezien van de vraag: complex voor wie? En in samenhang daarmee: op grond van welke verwachtingen? Daarom vervolgt par. 3 met onderzoek van de vraag naar de wederzijdse verwachtingen van de burger en het rechtssysteem. Dat onderzoek raakt aan meer fundamentele vragen naar de kenbaarheid en de gelding van het recht. Die kenbaarheid is in drie gevallen problematisch, zo wordt geconcludeerd, namelijk wanneer het recht zeer moeilijk te kennen is, wanneer het onduidelijk is, en wanneer het veranderlijk is, of (anders gezegd) achteraf anders blijkt te zijn dan aanvankelijk het geval leek te zijn. Vervolgens wordt in par. 4 voor vijf categorieën van actoren (rechtzoekenden, advocaten en andere deskundigen, rechters, de overheid, en supranationale organisaties) onderzocht of, en zo ja in hoeverre, deze problemen zich voordoen. Daarbij wordt tevens onder ogen gezien dat rechtsbronnen niet noodzakelijk kenbronnen van het recht zijn, of anders gezegd, dat men het recht uit andere bronnen kan kennen. Tegen die achtergrond wordt de complexiteit van het recht opnieuw bezien, met name vanuit de vraag of verbeteringen mogelijk zijn, en zo ja, welke dat zijn. Ten slotte wordt het leerstuk van de rechtsdwaling geanalyseerd, waarbij de conclusie is dat – gelet op de bevindingen met betrekking tot de kenbaarheid van, en het vertrouwen in het recht – rechtsdwaling in de meeste gevallen op goede gronden voor risico van de dwalende komt (conform het hier onderzochte beginsel). Niettemin zijn er gevallen van onduidelijkheid of veranderlijkheid van het recht die, gelet op het vertrouwen dat rechtzoekenden in het recht moeten kunnen stellen, niet voor hun risico zouden behoren te komen. Anders gezegd, wij bepleiten een beperkte uitbreiding van het leerstuk van de rechtsdwaling, juist met het oog op de legitimiteit van het beginsel dat eenieder wordt geacht de wet te kennen.

2 De complexiteit en de kenbaarheid van het recht Onoverzienbaarheid en hanteerbaarheid:

5. Met de complexiteit van het recht doelt men – grof gezegd – op de hedendaagse situatie waarin juristen (en, naar kennelijk wordt geïmpliceerd, ook burgers) worden geconfronteerd met regels uit een diversiteit aan rechtsbronnen, die groter en lastiger te overzien is dan in het verleden.⁴ Men wijst dan op de toenemende invloed van supranationale bronnen:⁵ verdragen als het CISG,⁶ en rechtspraak en regelgeving krachtens de Europese Unie en het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM).⁷ Daarnaast wijst men op de toename in private regelgeving, in het bijzonder grensoverschrijdende private regels.⁸ Tot slot wordt gewezen op de hoge omloopsnelheid van vele regels.⁹ Dan wordt nog voorbijgegaan aan de vaak gesignaleerde toename aan juridische literatuur.

6. Deze diagnose lijkt onmiskenbaar juist. Iedere jurist heeft de afgelopen decennia waargenomen dat het recht een stuk ingewikkelder is geworden dan het was. Toch is er reden even pas op de plaats te maken. Reeds een zeer beperkte inventarisatie leert dat al vaker geklaagd is over een onhanteerbare veelheid aan bronnen.¹⁰ De huidige situatie lijkt gecontrasteerd te worden met een verloren paradijs van nationale codificatie. Het bezwaar van verloren paradijzen is dat zij nooit werkelijk hebben bestaan.¹¹ Wie zelfs maar een korte blik werpt op het recente nationale verleden, ziet dat ook toen al de situatie complexer was dan men nu geneigd is te veronderstellen.¹² In Nederland was tot aan 1992 bepaald geen sprake van een ideale codificatie van het burgerlijk recht: de wetgever had immers, met vrij brede steun vanuit rechtspraak en rechtswetenschap, gekozen voor een hercodificatie. De motieven daarvoor waren deels te vinden – zoals bekend – in de overwoekering van het BW van 1838 door rechtersrecht.¹³ Daarnaast echter waren Meijer en Scholten ieder vanuit hun eigen

4 Silvia Ferreri (red.), *Complexity Of Transnational Sources*, Reports to the XVIIIth International Congress of Comparative Law, Washington D.C. 2010, en het Nederlandse rapport van Jan Smits, 'The complexity of transnational law: coherence and fragmentation of private law', <http://ssrn.com/abstract=1538187>, Veerle Van den Eeckhout, 'Iedereen wordt geacht de wet te kennen. Maar wie wordt anno 2009 geacht alle ipr-regels te kennen? "Dwaling" in een context van Europeanisatie van het ipr', *Nieuw Juridisch Weekblad* 2009, p. 837-840, C. Ramberg, 'Problems Legal Practitioners Face in Finding the Law Relating to the CISG- Hardship, Defective Goods and Standard Terms', *NTHR* 2012-2, p. 89-92, A.J. Verheij, *Waarschuwen voor termijnen*, oratie Groningen 2012.

5 Ferreri, par. 4.

6 Ramberg, t.a.p., Ferreri, t.a.p.

7 Ferreri, Smits, Van den Eeckhout.

8 Smits, t.a.p.

9 Bijvoorbeeld Van den Eeckhout, par. II.

10 Scholten, *VG III*, p. 13, verwijzend naar het tijdperk vóór de Code Civil in Frankrijk en naar Thibaut in het Duitsland vóór het BGB.

11 Zie ook Ferreri, par. 3, wijzend op het tegenwoordig populaire research-thema *legal pluralism*.

12 Vergelijk T.F.E. Tjong Tjin Tai, *AAe* 2012/11, p. 869-874.

13 E.M. Meijers, *Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen* (deel I), Leiden: Universitaire Pers Leiden 1954 (hierna: *VPO I*), p. 39-41, 142-143.

perspectief sterk doordrongen van het besef dat een code slechts beperkte waarde heeft.

In zijn artikel ‘De betekenis der burgerlijke wet in de huidige samenleving’¹⁴ bespreekt Meijers de afnemende betekenis van het gewoonterecht of volksrecht naast het juristenrecht. Hij wijst erop dat het gewoonterecht toch nog maatschappelijk van grote betekenis is, aangezien wat toen werden genoemd ‘usances of handelsgebruiken’ (p. 36) ook onder gewoonterecht vallen.¹⁵ Weliswaar vindt men daaronder veel verschillende verschijningsvormen – ook internationale regels, zoals de York-Antwerp rules, de Hague rules, de Vienna rules (p. 37) – en treedt er ook een zekere mate van juridisering op.

Scholten liet zich in zijn artikel ‘De codificatie-gedachte vóór honderd jaar en thans’ voorzichtig positief uit over codificatie, maar benadrukte dat de waarde hiervan ‘nooit anders dan betrekkelijk kan zijn’: ‘We moeten het recht vloeiend houden.’¹⁶ Enerzijds wijst hij er – evenals Meijers – op dat een uitputtende codificatie onmogelijk is (p. 19, 23). Anderzijds benadrukt hij – uitdrukkelijk stelling nemend tegen rechtssociologen als Ehrlich – dat systematiek en formulering van het recht (wat door codificatie bereikt wordt) ook waarde hebben: de formulering in taal leidt tot rechtszekerheid, het systeem vermijdt tegenstrijdigheden (p. 12-14).

We moeten daarom niet te snel onze indrukken laten prevaleren: een nader onderzoek is gewenst.

7. Aan de ‘onderzijde’ van het recht, de gewoonten of verkeersopvattingen of private regels, is niet wezenlijk iets veranderd wat betreft de toepassing, al zou mogelijk de hoeveelheid aan regels – en de verhouding tussen lokale en internationale gewoonte¹⁷ – in de praktijk tot omissies of complicaties kunnen leiden. Zonder in te gaan op de gecompliceerde vraag in hoeverre de rechter regels van gewoonterecht ambtshalve moet of mag toepassen (dan wel hen in de gelegenheid moet stellen zich daarover uit te laten), kan worden opgemerkt dat men van partijen mag verwachten dat zij bekend zijn met de in hun omgeving gangbare gedragslijnen (en daarin besloten liggende regels) (zie ook par. 4).

8. Belangrijker lijkt te zijn de aanwezigheid van een veelheid aan supranationale ontwikkelingen. Deze moeten naar hedendaagse inzichten rechtstreeks¹⁸ door rechters worden toegepast. Dit vereist toegang tot en kennis van supranationale doctrine, en actuele kennis van supranationale jurisprudentie. Het vergt ook een overzicht

14 VPO I, p. 26-44.

15 Hij beklaagt zich overigens ook reeds over de lage kwaliteit van deze regels en het gebrek aan waarborgen van onpartijdigheid (p. 38-39).

16 P. Scholten, *Verzamelde Geschriften* (deel III), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1951 (hierna: VG III), p. 1-29, op p. 22.

17 Zie V. Mak, ‘Volgens lokaal gebruik... Over “trade usage” en zelfregulering bij het voorstel voor een Gemeenschappelijk Europees Kooprecht’, *NJB* 2013/1, p. 4-9, en ‘According to custom ...? The Role of “Trade Usage” in the Proposed Common European Sales Law (CESL)’, *ERCL* 2014 (10/1), p. 64-84.

18 Dus niet langs de weg van implementatie door de nationale wetgever; de internationale regels hebben veelal (doch niet altijd) rechtstreekse werking.

van welke regels potentieel relevant zijn in bepaalde casus. Weet iedere jurist dat bij internationale koop de CISG, dat wil zeggen het Weens koopverdrag, van toepassing kan zijn?¹⁹ Kent iedere jurist de overvloedige rechtspraak van het EHRM en weet hij op welke gebieden die van toepassing is? Weliswaar hoeft een jurist niet alle regels paraat te hebben, maar men moet wel over die knowhow beschikken dat er een ‘belletje gaat rinkelen’ (Van den Eekhout, par. III.1.A.a), zodat er in dergelijke gevallen extra zoekwerk kan worden verricht.

9. Een ander probleem bij kenbaarheid hangt samen met de ondoorzichtigheid van nationale regelgeving. Deels is dit gevolg van de verspreiding van relevante regels over diverse wetboeken, wat het oorspronkelijke systeem van de wet doorkruist. Denk aan de pas onlangs opgeheven plaatsing van regels inzake overeenkomsten op afstand in de titel inzake de koop,²⁰ of de verwante discussie of er een apart wetboek van consumentenrecht moet komen. Denk ook aan de sterke verwevenheid van publiekrecht en privaatrecht.²¹ Niet alleen vergroot dat de hoeveelheid regels waarmee rekening moet worden gehouden, maar ook creëert dit problemen bij uitleg van de omvang en reikwijdte bij de wisselwerking tussen dergelijke regelcomplexen.

10. De complexiteit van het recht lijkt, mede gelet op de hierboven geschetste ontwikkelingen, slechts tot onoverzienbaarheid te leiden in de volgende gevallen of door de volgende oorzaken:

- a. De totaliteit aan relevante regels is niet eenvoudig te achterhalen. De omvang is te groot, of er zijn regels in weinig gebruikte bronnen waar men niet direct aan denkt.
- b. De regels zijn te vinden, maar de uitleg of toepassing ervan is niet gemakkelijk te achterhalen. Dit kan doordat de regel te complex is (bijvoorbeeld de devolutive werking van het hoger beroep), te veel uitzonderingen kent (bijvoorbeeld de formele rechtskracht), verwarrende termen bevat (bijvoorbeeld de goede trouw onder oud Burgerlijk Wetboek (BW)), de tekst van de daadwerkelijke regel afwijkt (vergelijk de vele regels onder oud BW), of relevante rechtspraak lastig te inventariseren is.

19 Vgl. C. Drion, Vooraf, NJB 2013/1857, p. 2049. Bovendien geldt daarbij dat er voor de CISG geen supranationale rechter is, zodat rechters idealiter relevante rechtspraak van buitenlandse rechters zouden moeten consulteren. Hierover o.a. C. Baasch-Andersen, *Uniform Application of the International Sales Law*, Alphen a/d Rijn: Kluwer International 2007. Een hulpmiddel hierbij is de database CLOUT van Uncitral www.uncitral.org/uncitral/en/case_law.html, alsmede CISG Online www.cisg-online.ch, en www.cisg.law.pace.edu, alsmede de Digests die Uncitral om de paar jaar uitbrengt.

20 Vroeger art. 7:46a-46j BW, vervallen per 13 juni 2014, zie thans art. 6:230g e.v. BW (Wet van 12 maart 2014, Sib. 140).

21 Zie algemeen W. Van Gerven en S. Lierman, *40 jaar later. Privaat- en publiekrecht in een meergelaagd kader van regelgeving, rechtsvorming en regeltoepassing*, Antwerpen: Kluwer 2010, en inzake financieel recht bijvoorbeeld O.O. Cherednychenko, ‘De bijzondere zorgplicht van de bank in het spanningsveld tussen het publiek- en privaatrecht’, NTBR 2010, p. 66-77 en ‘Het private in het publiek recht: over de opmars van het financieel “toezichtprivaatrecht” en zijn betekenis voor het verbintenissenrecht’, RM Themis 2012, p. 223-235.

- c. De samenhang tussen de regels is niet eenvoudig te achterhalen: het is niet duidelijk hoe zij op elkaar reageren of interacteren (samenloop, regel en uitzondering, reikwijdte, conforme uitleg).
- d. De wettelijke regels zijn nog te overzien, maar zijn overwoekerd door jurisprudentiële regels waarvan het totale netto-effect op de wettelijke regels lastig te overzien is. Het gaat dan niet over ‘wet’ maar over ‘recht’.
- e. De regels worden zo snel en frequent gewijzigd dat lastig is te overzien welke regels op enig moment van toepassing zijn (bijvoorbeeld socialezekerheidswetgeving). Dit leidt ook tot ontoegankelijkheid van doctrine en oudere rechtspraak, ook in geval van frequente hernummering van inhoudelijk gelijkblijvende bepalingen.²²
- f. De regels worden (in rechtspraak) declaratoir vastgesteld op andere wijze dan voorheen, dat wil zeggen met terugwerkende kracht gewijzigd.²³

Het gaat dus zowel om moeilijkheden om de relevante regels te identificeren (a, d, e, f) als om de normatieve uitkomst vast te stellen (dat wil zeggen hoe de regels op elkaar inwerken of moeten worden toegepast: b, c, d, e).

11. Het klassieke antwoord op deze ontwikkelingen is: codificatie. Weliswaar biedt dat slechts tijdelijk soelaas, maar het leidt in elk geval enige tijd tot versimpeling en verheldering van het recht.²⁴ Deze oplossing staat ons thans slechts gedeeltelijk ten dienste.²⁵ Een codificatie zal immers onvermijdelijk achterlopen ten opzichte van latere jurisprudentie, en vanwege supranationale regelgeving geldt dit ook voor supranationale rechtspraak. Een jurist zal daarom ook bij een recente codificatie (en het Nederlands BW is in codificatietermen eigenlijk gloednieuw) steeds moeten nagaan of er nog relevante nieuwe rechtspraak is van supranationale gerechten, naast nationale rechtspraak. Bovendien zal hij daarbij gedwongen zijn een vertaalslag te maken van de nationale artikelnummers naar de supranationale bepalingen: een codificatie kan hem daarbij niet verder helpen. Tot slot geldt dat het supranationale recht inherent een afwijkende structuur, systematiek, en ‘cultuur’ heeft ten opzichte van het nationale recht: dit maakt het lastig duidelijke gevolgtrekkingen te maken voor het nationale recht.²⁶ Dit beperkt de meerwaarde van een codificatie aanzienlijk: er is een behoorlijke hoeveelheid extra werk nodig om het recht vast te stellen.

12. De complexiteit van regels wordt overigens vergroot door de afgenomen prioriteit van coherentie bij de wetgever. De wetgever laat zich er tegenwoordig kennelijk

22 Dit is bijvoorbeeld een probleem met de frequente wijzigingen van de centrale verdragen van de Europese Unie (zowel wat betreft nummering als naamgeving).

23 Hierover in extenso Haazen, diss. 2001.

24 Vgl. Scholten, t.a.p.

25 Evenzo Ramberg 2012, p. 92, zie voor bespreking van diverse voorstellen Ferreri 2010, par. 5.

26 Dit blijkt bijvoorbeeld uit de nadrukkelijk instrumentele benadering van het Europese recht (zie C.U. Schmid, *Die Instrumentalisierung des Privatrechts durch die Europäische Union*, Baden-Baden: Nomos 2010), het gegeven dat Europeesrechtelijke begrippen autonoom (d.w.z. met een idiosyncratische Europese betekenis) worden uitgelegd.

weinig aan gelegen liggen dat wettelijke termen niet passen in het systeem,²⁷ of onderwerpen op onlogische plaatsen worden geregeld.²⁸ De systematische door-denking die Meijers en Scholten nog essentieel achtten voor codificatie is thans blijkbaar te hoog gegrepen. Dan wordt de coherentie als taak bij (niet nader aangeduide) anderen neergelegd:²⁹ misschien is men zich zelfs niet eens bewust ervan dat men dit doet. Of men moet – zoals in het verleden onder verwijzing naar uit de mode geraakte postmoderne opvattingen – aannemen dat coherentie niet langer van belang is. De opmars en doorwerking van supranationaal recht – waardoor normen van diverse herkomst co-existeren en soms conflicteren – hebben daarentegen aan de coherentie van het recht een nieuwe dimensie gegeven.³⁰ Bovendien geeft die opvatting blijk van een fundamentele misvatting van wat recht en rechtvaardigheid inhouden: het gelijkheidsbeginsel impliceert – ook in een supranationale context – noodzakelijkerwijs een belangrijke mate van coherentie.³¹

13. Er lijkt dus wel degelijk iets aan de hand te zijn met de kenbaarheid van het recht, vanwege de toenemende complexiteit. Toch moet dit ook weer niet worden overdreven. Hierboven is al aangestipt dat het in de praktijk misschien meevalt. Kenbaarheid en bekendheid zijn alleen een probleem als het recht werkelijk onhanteerbaar wordt. Het gaat er vooral om dat het recht kenbaar is (en bekend) wanneer het nodig is. Een burger hoeft bijvoorbeeld niet alle op auto's van toepassing zijnde regels te kennen, maar wel dient hij op de hoogte te zijn van zekere regelgeving als hij daadwerkelijk wil gaan autorijden. Anders gezegd: een belangrijk deel van regelgeving is slechts in specifieke domeinen of rollen relevant, en het mag verwacht worden dat diegene die zich binnen de reikwijdte van die regels begeeft, zich voor zover nodig daar ook in zal verdiepen. Dit veronderstelt overigens wel dat een gewone burger voldoende zal beseffen of begrijpen dat hij een zodanig afgezonderd domein betreedt, en dat de desbetreffende regels dan ook met redelijke inspanningen zijn te achterhalen en doorgronden. We zien in tal van gebieden dat dit wordt bereikt door verplicht volgen van opleidingen: de automobilist dient een theorie-examen af te leggen alvorens een rijbewijs te verkrijgen, de advocaat-stagiaire volgt een beroepsopleiding waarbij relevante advocatuurlijke regels worden gedoceerd. Dergelijke

27 Zie de hierboven genoemde regels inzake overeenkomsten op afstand, en ook de inconsistente terminologie inzake opdracht c.q. diensten, waarover T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'In afwachting van... de inperking van de stilzwijgende verlenging', *NJB* 2011/1, p. 40-41. Vergelijk bijv. art. 3:15d lid 1 BW, art. 2:30g lid 1 sub d BW (diensten), art. 7:400 lid 1 BW (opdracht/werkzaamheden) en art. 6:236 sub j BW (verrichtingen).

28 Zie het hierboven genoemde voorbeeld van de overeenkomst op afstand, dat tot voor kort in de titel inzake koop was ondergebracht.

29 Zoals bij de rechter, of bij de rechtswetenschap, de doctrine.

30 Zie M. Scheltema, 'Concluding observations', in: A.S. Muller and M.A. Loth (eds.), *Highest courts and the internationalisation of law, challenges and changes*, The Hague: Hague Academic Press 2009, p. 191, en H. Patrick Glenn, 'Accommodating unity', in: Sam Muller and Sidney Richards (eds.), *Highest courts and globalization*, The Hague: Hague Academic Press 2010, p. 97.

31 Vgl. ook Smits 2010, par. 2.1: 'consistency serves the important goal of establishing equality before the law (and thereby legal certainty)', T.F.E. Tjong Tjin Tai, *NJB* 2010, p. 2176. Zie ook Jeremy Waldron, 'Treating like cases alike in the world: the theoretical basis of the demand for legal unity', in: Sam Muller and Sidney Richards (eds.), *Highest courts and globalization*, The Hague: Hague Academic Press 2010, p. 97.

domeinspecifieke regels leveren op zichzelf geen problemen op voor kenbaarheid van het recht in het algemeen. Men kan de vergelijking trekken met een computer die een programma alleen in het werkgeheugen laadt als dat daadwerkelijk moet worden uitgevoerd. Wij zullen later nog terugkomen op deze vorm van arbeidsdeling.

14. Uit het bovenstaande volgt dat de vraag naar de complexiteit van het recht niet los kan worden gezien van de vraag: complex voor wie? En daarmee samenhangend: vanwege welke verwachtingen? Complexiteit is immers slechts een probleem als dit ertoe leidt dat zekere verwachtingen niet worden beantwoord. Meer concreet: als burgers al hun problemen door deskundige advocaten kunnen laten behartigen, is de complexiteit van het recht misschien niet voor die burgers een probleem, maar alleen voor hun advocaten. Zoals Meijers al suggereerde: ‘De gewone dagelijksche gang van zaken is niet afhankelijk van een wijd verbreide kennis van het burgerlijke recht. Dat leven helpt zich in den regel uitstekend zonder die kennis.’ (VPO I, p. 30). Als rechters geacht worden ambtshalve al het relevante recht te herkennen en voor zover nodig toe te passen (*ius curia novit*), wordt complexiteit voor hen een probleem; als de rechter daarentegen slechts hoeft te oordelen over datgene wat hem wordt aangedragen (zoals in de begintijd van de *common law*), is de veelheid aan potentieel toepasselijke regels geen probleem. Misschien gaat het alleen om een probleem voor de academisch geïnteresseerde jurist of de juridische auteur die geacht wordt het gehele veld met grote mate van diepgang en detail te beschrijven, en dan voor een schier onmogelijke taak staat vanwege de hoeveelheid aan regels. Echter, ook dan zijn er beproefde technieken om de hoeveelheid materiaal beheersbaar, of wat men wel zegt, hanteerbaar,³² te maken of te houden: men beperkt zich bijvoorbeeld tot beschrijving van de algemene regels en laat de details bij de toepassing over aan het oordeelsvermogen van een ontwikkeld jurist.

Deze beschouwingen brengen ons tot de conclusie dat de vraag naar de betekenis van de toenemende complexiteit van het recht voor de kenbaarheid van het recht, niet kan worden beantwoord zonder verder onderzoek naar de vragen voor wie het recht kenbaar is of moet zijn, en op grond van welke verwachtingen. Op die vragen wordt hieronder ingegaan, te beginnen met de laatste.

3 Vertrouwen, rechtszekerheid en kenbaarheid van het recht

3.1 Wederkerige verwachtingen

15. Wat mogen de burger en het rechtssysteem van elkaar verwachten? Dat is de strekking van de hiervoor opgeworpen vragen. Het is de Amerikaanse rechtsfilosoof Lon Fuller geweest, die de wederkerigheid van die verwachtingen heeft benadrukt. Het recht verlangt van de burger dat deze zijn regels en normen naleeft, het

32 De hanteerbaarheid van het recht (Pels Rijcken-bundel), Zwolle: Tjeenk Willink 1981.

maakt aanspraak op gehoorzaamheid. Van zijn kant mag de burger dan van het recht verlangen dat hij daartoe in staat wordt gesteld.³³ De legaliteitsvereisten die Fuller formuleert, constitueren een ‘inner morality of law’, waarin de voorwaarden daarvoor zijn vervuld. Het recht behelst regels die behoorlijk zijn afgekondigd, die in beginsel geen terugwerkende kracht hebben, voldoende duidelijk zijn, elkaar niet tegenspreken, en niet het onmogelijke eisen, consequent worden toegepast, in overeenstemming met de tekst van de regels. Deze legaliteitsvereisten drukken een streven uit, een ‘morality of aspiration’; indien zij allemaal vervuld zouden zijn, zouden wij leven in een ‘utopia of legality’; indien zij geen van alle vervuld zouden zijn, zouden wij niet eens meer van een rechtssysteem spreken. De werkelijkheid ligt in de meeste rechtssystemen tussen deze uitersten, zij zijn doorgaans in meerdere of mindere mate vervuld. De bottom-line wordt gevormd door de wederkerige verwachtingen van het rechtssysteem en de burger. Toegespitst op ons onderwerp mag het rechtssysteem veronderstellen dat de burger de wet kent, maar daar staat tegenover dat deze van het recht mag verwachten dat het kenbaar is.

Deze wederkerige verwachtingen berusten op het uitgangspunt dat het recht normen biedt voor sociale interactie. Recht heeft de pretentie van betekenis te zijn voor menselijk gedrag. Dat geldt natuurlijk niet voor alle rechtsregels in dezelfde mate, er zijn bijvoorbeeld constitutieve regels die niet direct relevant zijn voor menselijk gedrag (artikel 13 Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden (Statuut): ‘Er is een Raad van State van het Koninkrijk’). Bovendien zijn er talloze regulatieve regels die niet op dezelfde manier relevant zijn voor menselijk gedrag. Gangbaar is bijvoorbeeld het onderscheid tussen verplichtende normen (artikel 310 Wetboek van Strafrecht (Sr): gij zult niet stelen) en bevoegdheidsverlenende normen (artikel 81 Grondwet (Gw): ‘De vaststelling van wetten geschiedt door de regering en de Staten-Generaal gezamenlijk’).

Ook het privaatrecht kan worden gezien als een voortdurende poging om menselijk gedrag te normeren.³⁴ Het maakt daarbij gebruik van verplichtende normen (dwingend recht) en faciliterende normen (aanvullend recht).³⁵ In het eerste geval is de pretentie het gedrag van burgers te sturen, in het laatste om dat gedrag te faciliteren. In beide gevallen, en dat is waar het ons hier om gaat, dient het voor burgers mogelijk te zijn om hun gedrag op die normen af te stemmen. Daarmee is overigens niet gezegd dat burgers zich doorgaans laten leiden door rechtsnormen. Dat lijkt zelfs tamelijk onwaarschijnlijk. Evenmin is daarmee gezegd dat sociaal gedrag van burgers, omgekeerd, niet bepalend kan zijn voor de invulling van ongeschreven rechtsnormen. Dat komt in het privaatrecht op grote schaal voor.³⁶ Waar het hier om gaat, is dat burgers hun gedrag op de normen van het privaatrecht moeten kun-

33 Lon L. Fuller, *The morality of law*, New Haven and London: Yale University Press 1964, 1978, p. 39-40.

34 Zie bijvoorbeeld Ernest J. Weinrib, *Corrective justice*, Oxford: Oxford University Press 2012, Introduction, p. 319: ‘Private law is the ongoing attempt, actualized through society’s legal institutions, to submit the direct interaction of one person with another to a system of reason.’

35 D.w.z. normeren betekent voor ons niet uitsluitend reguleren.

36 Zie bijvoorbeeld HR 18 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7004, NJ 2004/399: afwijkend gedrag kan ertoe leiden dat van huwelijkse voorwaarden wordt afgeweken, ook al gelden voor dergelijke voorwaarden vormvoorschriften (i.h.b. notariële akte).

nen afstemmen, hetzij om aan verplichtingen te voldoen, hetzij om van de geboden regulering gebruik te maken.

16. Privaatrechtelijke normen kunnen die gedragsleidende betekenis alleen maar hebben indien de burgers op het privaatrecht kunnen vertrouwen.³⁷ Vertrouwen is een voorwaarde voor rechtvaardigheid, zo signaleert Larenz terecht.³⁸ Gerechvaardigd vertrouwen beschermen is daarom een van de belangrijkste opgaven voor het privaatrecht.³⁹ Dat betreft niet alleen het vertrouwen tussen burgers onderling, maar ook het vertrouwen dat zij in het privaatrecht kunnen stellen. Hirsch Ballin heeft in zijn (eerste) Tilburgse oratie onderscheiden tussen twee manieren waarop vertrouwen in het recht een rol speelt.⁴⁰ In de eerste plaats het vertrouwen dat de burger ontleent aan het recht dat in een bepaalde rechtsorde geldt, zoals het vertrouwen dat het gegeven woord van een contractspartij bindt, of dat onrechtmatig gedrag tot schadevergoeding verplicht. Maar dat is slechts mogelijk door een tweede, meer fundamenteel soort vertrouwen in de rechtsorde zelf, dat rechtsbetrekkingen worden geregeld door kenbare normen (vergelijk de wederzijdse verwachtingen van Fuller). Deze beide soorten vertrouwen vormen de voorwaarden waaronder het beginsel dat eenieder geacht wordt de wet te kennen, kan gelden. Dat beginsel kan alleen maar een uitgangspunt zijn in een rechtsorde waarin (1) tegenover de aanspraak op gehoorzaamheid van de overheid een legitieme verwachting van de burger staat dat zijn rechtsbetrekkingen door regels en normen worden beheerst, en (2) tegenover specifieke gedragsvoorschriften van de overheid de legitieme verwachting van de burger staat dat deze zodanig kenbaar zijn dat hij zijn gedrag daarop kan afstemmen.

17. Rechtsnormen dienen dus kenbaar te zijn en wel, ingevolge het beginsel van rechtszekerheid, met voldoende zekerheid. Vooral in de strafrechtelijke literatuur en rechtspraak bestaan hierover nogal eens misverstanden. Rechtszekerheid wordt daar nogal eens in verband gebracht met de gedachte dat burgers de zekerheid omtrent de voor hen geldende normen ontleen aan de tekst van de toepasselijke regel. Dat is om meerdere redenen een misverstand. In de eerste plaats kan de tekst van een regelformulering, juist in gevallen waarin het erop aan komt, zelden de gewenste zekerheid bieden. De regel bepaalt niet zelf wanneer zij van toepassing is, zoals Wittgenstein schreef, en laat dus altijd ruimte voor twijfel.⁴¹ Maar bovendien is de rechtsnorm lang niet altijd af te leiden uit de betekenis van de regel, maar ontstaat zij soms in de interactie tussen partijen. Dat is met name het geval indien de

37 M.A. Loth, 'Verloren zekerheid? Over vertrouwen en rechtszekerheid in het strafrecht', *Rechtsfilosofie en Rechtstheorie* 1999, p. 211-212.

38 Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, Heidelberg, New York: Springer Verlag 1979, p. 461.

39 Zie J.B.M. Vranken, *Vertrouwen en rechtszekerheid in het overeenkomstenrecht*, preadvies voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 5-43.

40 E.M.H. Hirsch Ballin, *Vertrouwen op het recht, over de plaats van de wet in de rechtsorde*, oratie Tilburg, Alphen aan de Rijn 1982, p. 5-6.

41 Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, par. 85.

gelegitimeerde verwachtingen tussen partijen de interpretatie van de regel bepalen. Dan is niet de regel de bron van de norm, maar de sociale interactie tussen partijen. Kennis van de regel zal partijen dan niet veel verder helpen; bekendheid met de context van hun interactie des te meer. Het privaatrecht met zijn vele open normen biedt hiervan natuurlijk talloze voorbeelden. Sjouwerman zal bij zijn beslissing om het kelderluik al dan niet open te laten, meer steun vinden bij sociale normen dan bij artikel 6:162 BW, of zelfs bij de kelderluikcriteria.⁴² Waarschijnlijk zijn die criteria eerder gericht tot de rechter die de rechtmatigheid van dat gedrag moet beoordelen, dan tot de burger wiens gedrag wordt beoordeeld. Zekerheid omtrent het recht wordt lang niet altijd ontleend aan rechtsbronnen, of anders gezegd, de kenbronnen van het recht vallen niet samen met de rechtsbronnen. In de woorden van Stephen Toulmin, de ‘locus of certitude’ van het recht is lang niet altijd dat recht zelf.⁴³

18. Hieruit volgt tevens dat rechtszekerheid geen absolute notie is. Rechtszekerheid is een graduele notie, zij is er in meerdere of mindere mate. Dat maakt het er voor de rechtstoepassing niet eenvoudiger op; de vraag kan rijzen of de toepasselijke normen wel met voldoende zekerheid kenbaar waren. Brouwer geeft een sprekend (strafrechtelijk) voorbeeld waarin dat niet het geval was.⁴⁴ De verdachte werd vervolgd wegens haar betrokkenheid bij ‘an immoral performance’, omdat zij naakt had gedanst. Zij had zich echter gebaseerd op een rechterlijke uitspraak waarbij was geoordeeld dat naakt dansen niet tot ‘immoral performances’ kon worden gerekend. Toen zij werd berecht was die uitspraak echter inmiddels in hoger beroep vernietigd en haar beroep op rechtsdwaling werd daarom verworpen. Helaas werd nadien die appelbeslissing ook weer vernietigd, zodat de verdachte achteraf onterecht was veroordeeld. Duidelijk is dat de verdachte het slachtoffer werd van onvoldoende rechtszekerheid omtrent de reikwijdte van ‘immoral performances’. Vanuit een rechtspositivistisch uitgangspunt ziet Brouwer dit vooral als een onbepaaldheid van het recht, waaraan uiteindelijk door een constitutieve uitspraak van de rechter een einde wordt gemaakt. Aansluitend bij de gangbare opvatting van de rechterlijke uitspraak als een declaratoire uitspraak over wat rechtens is, zijn wij geneigd te zeggen dat het recht onvoldoende kenbaar was. Wij raken hier onvermijdelijk aan de aloude vraag: wat is recht?

19. Nu is dit niet de plaats deze fundamentele vraag van rechtstheorie en rechtswetenschap te onderzoeken. Toch is het in dit kader nodig een paar opmerkingen hieraan te wijden, al is het ter plaatsbepaling, nu dit mede het probleem van rechtszekerheid belicht. Een geschikt startpunt hiervoor is het ‘harde’ positivistische antwoord: recht bestaat uit de gepositieerde (en dus duidelijk kenbare) regels uit de

42 Ten overvloede: HR 5 november 1965, NJ 1966/136 (Kelderluik).

43 Albert Jonsen en Stephen Toulmin, *The abuse of casuistry, a history of moral reasoning*, Berkeley/Los Angeles/London 1988, p. 16 e.v.

44 P.W. Brouwer, ‘Onvermijdelijke rechtsonzekerheid?’, *Rechtsfilosofie & Rechtstheorie* 1999 (28/3), p. 191.

rechtsbronnen die door de ‘rule of recognition’ worden erkend.⁴⁵ Dit standpunt leidt tot een grote mate van rechtszekerheid,⁴⁶ in het bijzonder maakt dit het mogelijk dat burgers hun handelen op het recht kunnen afstemmen.⁴⁷ Op zichzelf valt deze doelstelling te onderschrijven. De positivistische opvatting van recht brengt evenwel met zich dat het mogelijk is dat er ‘gaten’ in het recht zijn, ‘hard cases’ waar de positieve regels geen of geen duidelijk antwoord op geven. Het recht is dan onbepaald. Als de rechter de casus beoordeelt, creëert hij nieuw recht. De rechterlijke uitspraak is in dergelijke gevallen constitutief.

Het bezwaar van dit standpunt is dat het een voor de praktijk te beperkte opvatting inhoudt.⁴⁸ Dit is een manier om te zeggen dat hierbij te veel op de principes (in het bijzonder het abstracte principe van rechtszekerheid) wordt gelet, ten detrimente van andere belangen, zoals belangen van derden en de samenleving als geheel. In veel gevallen waar in rechtspositivistische zin het recht onbepaald is, bestaat er voor burgers of juristen nauwelijks onduidelijkheid. Dit komt deels doordat in dergelijke gevallen beginselen uitkomst bieden (een Dworkiniaanse gedachte), deels doordat ook de sociale opvattingen een rol spelen (zie ook par. 3).⁴⁹ Een voorbeeld is de strafbaarstelling van verkrachting binnen het huwelijk. De aanvaarding hiervan door de strafrechter in Engeland – in weerwil van het ontbreken van een andere wettelijke grondslag dan het algemene verbod van verkrachting (waaraan sinds lang vervlogen tijden zelfs een immunitet voor verkrachting binnen het huwelijk werd ontleend) – kon bij het EHRM ook mensenrechtelijk door de beugel, al hield dit een omgaan van de Engelse rechter in ten opzichte van eerdere rechtspraak.⁵⁰ De wijziging was namelijk al voorzienbaar, gelet op de maatschappelijke en juridische opvattingen, en was in overeenstemming met de essentie van het delict (verkrachting is verkrachting, ongeacht de wettelijke status van het slachtoffer). Rechtszekerheid is van belang voor vaststelling van het gelegitimeerd vertrouwen dat het recht een bepaalde inhoud heeft. Voor de beantwoording van de vraag wanneer dat vertrouwen gelegitimeerd is, komt het echter mede aan op normen en inzichten buiten de strikt positivistische regels en rechtsbronnen om (par. 3). Wij gaan hier uit van een dergelijke, meer Dworkiniaanse rechtsopvatting waarin het recht niet is beperkt tot de eenvoudig kenbare rechtsbronnen wet en rechtspraak. Het recht is dan nimmer

45 Zie in deze zin P.W. Brouwer, ‘Onvermijdelijke rechtsonzekerheid?’, *Rechtsfilosofie & Rechtstheorie* 1999 (28/3), p. 188-208. Dit is in essentie een strikt Hartiaanse opvatting, zie H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press 1961.

46 Omdat deze rechtsbronnen eenvoudig kenbaar zijn. Het helpt echter niet tegen de hierboven genoemde zes oorzaken/gevallen van complexiteit die de kenbaarheid bemoeilijken.

47 Wij gebruiken deze term (evenzo Brouwer 1999, p. 193) bij voorkeur, nu dit (anders dan de term ‘reguleren’ van gedrag, omdat afstemmen de wederkerigheid tussen gedrag en recht duidelijker belicht en bovendien niet veronderstelt dat de regels zouden beogen het gedrag zo scherp mogelijk te bepalen. Het is ook mogelijk dat de regels dienen om burgers de mogelijkheid te geven hun gedrag daarop te coördineren. Vgl. met verwijzingen bijv. G. den Hartogh, *Mutual Expectations. A Conventionalist Theory of Law*, Den Haag: Kluwer Law International 2002.

48 In deze zin M.A. Loth, ‘Verloren zekerheid? Over vertrouwen en rechtszekerheid in het strafrecht’, *Rechtsfilosofie & Rechtstheorie* 1999 (28/3), p. 209-221.

49 Zie R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London: Duckworth 1978.

50 EHRM 22 november 1995, NJ 1997/1, zie Loth 1999, p. 209. Zoals bekend was de strafkamer van de Hoge Raad een ander oordeel toegegaan (HR 16 juni 1987, NJ 1988/156 en HR 9 februari 1988, NJ 1988/613; zie de felle kritiek van Van Maarseveen, ‘Een arrest dat schoffeert’, *NJB* 1988, p. 819).

onbepaald (ontologische onzekerheid), het is hooguit onduidelijk (epistemische onzekerheid). De rechtspraak is bij gevallen van onduidelijk recht declaratoir: het stelt vast hoe het recht eigenlijk al luidde. Dit standpunt is niet onomstreden,⁵¹ maar stemt wel het meest overeen met hoe het recht wordt ervaren in de praktijk. Dat sluit ook beter aan bij de intuïtie dat er strikt genomen in een gecodificeerd systeem geen echt ‘gat’ is in het recht: als de wet eiser geen gelijk geeft, volgt daaruit dat het recht dan inhoudt dat eiser in het ongelijk wordt gesteld. Een ‘gat’ houdt dan hoogstens in dat de wetgever kennelijk niet aan dit geval heeft gedacht; geregeld is dat geval echter wél.

20. Deze rechtsopvatting brengt mee dat een bepaalde mate van onduidelijkheid in het recht onvermijdelijk is. Maar de implicaties reiken verder. In een dergelijke rechtsopvatting vervult onduidelijkheid in het recht zelfs een belangrijke functie. Om dat te illustreren, stellen wij een gedachtenexperiment voor. Stel dat er een rechtssysteem is waarbij het recht volkomen kenbaar en volkomen zeker is: alle regels zijn duidelijk en de toepassing op concrete gevallen is ook zonder twijfel te bepalen. Of dit nu de vorm aanneemt van een wetboek met duizenden of miljoenen regels⁵² dat dan wel gemakkelijk toepasbaar moet zijn, of een geautomatiseerd systeem dat op afroep bij een casus de juiste uitkomst geeft,⁵³ is in zoverre irrelevant. Het systeem is in beide gevallen volledig transparant. Laten wij voor het gemak aannemen dat er een computersysteem bestaat, zeg ‘Hercules’, waar men de casus invoert in gewone taal, en die feilloos de juiste uitkomsten genereert naar geldend recht.⁵⁴ Dat een dergelijke toestand onmogelijk is, is al opgemerkt. Maar stel dat het toch mogelijk zou zijn, zou het dan wenselijk zijn?

Ons inziens niet.⁵⁵ De reden is dat in een dergelijke situatie iedere vorm van rechtsontwikkeling is uitgesloten. Immers, een wijzigend recht is per definitie niet kenbaar (anders wijzigt het niet; een wijziging die reeds voorafgaand is vastgelegd is geen wijziging meer maar slechts een tijdsbepaling bij een uitzonderingsclausule). Men zou dan tot in eeuwigen dage louter ten behoeve van de rechtszekerheid vastzitten aan een rechtsstelsel dat niet meer beantwoordt aan hedendaagse verwachtingen en opvattingen. Minder dan honderd jaar geleden was de gehuwde vrouw handelingsonbekwaam, werden buitenechtelijke kinderen zonder pardon achtergesteld bij wettige kinderen. Niet alleen het EVRM,⁵⁶ maar ook ons nationale recht

51 Zie uitvoerig (kritisch) Haazen, diss. 2001.

52 Waarover (terecht) kritisch J.B.M. Vranken, ‘Niets in het recht is blijvend, behalve verandering’, in: Cirkels, Deventer: Kluwer 2013, p. 195-217, oorspr. WPNR 2004 (6560), p. 1-13, par. 3: met verwijzingen naar auteurs die wel een dergelijke benadering voorstaan.

53 Vgl. de pogingen om een dergelijk expertsysteem te ontwikkelen, o.a. H.J. van den Herik, *Kunnen computers rechtspreken?*, Arnhem: Gouda Quint 1991.

54 Wij gaan ter wille van het argument voorbij aan het feit dat het een dergelijk systeem ontbreekt aan motivering, hetgeen een vereiste is van goede rechtspraak (art. 30 Rv, en eveneens besloten in art. 6 EVRM, zie EHRM 9 december 1994, nr. 18390/91, par. 29 (Ruiz Torija v. Spain) en latere rechtspraak, genoemd in P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure*, Deventer 2008, p. 146-154).

55 Vgl. ook C.R. Sunstein, ‘Problems with Rules’, *California Law Review* 1995 (83), p. 953-1026.

56 Het EHRM spreekt over ‘living instrument’, vgl. EHRM 25 april 1978, nr. 5856/72 (Tyler v. Verenigd Koninkrijk), zie nader J. Gerards, *EVRM – algemene beginselen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 34-36.

is een levend instrument.⁵⁷ Het EHRM laat daarom ook niet alleen uitdrukkelijk toe dat het recht verandert via precedenten die een afwijking van de eerdere situatie inhielden, maar erkent bovendien dat dit noodzakelijk en wenselijk is.⁵⁸

Dit punt heeft een diepere strekking. Het is een miskenning van de aard van het recht om het voor te stellen als een verzameling objectieve regels die ons onontkoombaar deelachtig worden, zoals natuurwetten. Recht is een menselijke praktijk en om die reden dient het te responderen op menselijke gezichtspunten en kritiek. Een gefixeerd rechtssysteem is per definitie gesloten voor kritiek. Een zodanig stelsel is, in de woorden van Hannah Arendt, opgevat als een *product* van een maker, terwijl recht uiteindelijk een vorm van *actie* is. Het recht ligt niet op voorhand geheel vast, het komt tot stand in discussie, waarbij openheid moet bestaan voor het nieuwe.⁵⁹ Bij rechtvaardigheid behoort ook dat een onwenselijke rechtsregel ter discussie kan worden gesteld en dat de uitkomst van dat debat niet op voorhand vastligt. Dat debat vindt zowel plaats in het verkeer tussen regering en parlement (en binnen het parlement) voor zover het gaat om wetgeving, als in de rechtszaal voor zover het gaat om de concretisering door rechtspraak. Het recht is, in de woorden van Jan Vranken, een discursieve grootheid.⁶⁰ Misschien is het zelfs niet eens een ‘grootheid’, in de letterlijke betekenis van dat woord. Het recht is niet een product, het is een proces, dat wil zeggen, het is altijd en noodzakelijk onaf (‘law is in the making’), en daarom onduidelijk. Dat leidt ons tot de paradoxale conclusie dat het recht altijd tegelijkertijd duidelijk en onduidelijk moet zijn. Het moet duidelijk zijn, omdat het anders geen gedragsleidende betekenis kan hebben. Maar het moet tot op zekere hoogte ook onduidelijk zijn, omdat het anders geen ruimte laat voor ontwikkeling door democratisch debat. Anders gezegd: de kenbaarheid van het recht moet zo groot mogelijk zijn, maar zij kan en mag nooit volledig zijn.

21. Voor het hier besproken onderwerp betekent dit alles dat er drie gevallen zijn waarin de kenbaarheid van het privaatrecht problematisch is.

- I. Het recht is zeer moeilijk te kennen. Dit gaat (aangenomen dat het recht wel behoorlijk gepubliceerd is)⁶¹ uitsluitend om complexiteit (zonder meer). Immers, van oudsher is complexiteit geen beletsel tegen gelding van het recht,⁶² het vormt geen schending van het legaliteitsbeginsel.

57 Vgl. Scholten, VG III, p. 24, over veroudering van de codificatie. Een volledig gefixeerd recht heeft dit bezwaar nog sterker, omdat een verouderde codificatie ten minste nog omzeild kan worden met vrije rechtspraak.

58 Vgl. EHRM 19 februari 2013, nr. 2834/06 (Petkov v. Bulgarije), ECHR 2013/102 m.nt. Tjong Tjin Tai, mede verwijzend naar o.a. EHRM 12 april 2011, nr. 16261/08, par. 54-56 (Hoare v. Verenigd Koninkrijk), EHRM 22 november 1995, nr. 20190/92 (C.R. v. Verenigd Koninkrijk).

59 *The Human Condition*, Chicago: Chicago University Press 1958. Arendt spreekt over het essentiële kenmerk van nataliteit.

60 J.B.M. Vranken, *Algemeen Deel ****, Deventer: Kluwer 1995, nr. 105.

61 Dat wil traditioneel zeggen: de wetgeving en rechtspraak in openbaar toegankelijke publicaties is te vinden.

62 Vgl. de situatie vóór de codificaties.

- II. Het recht is onduidelijk. Dit kan een gevolg zijn van complexiteit,⁶³ maar ook van divergerende interpretaties, en daarmee opinies, zonder beslissende uitspraak van de Hoge Raad.⁶⁴
- III. Het recht is veranderlijk, dat wil zeggen, het lijkt op een zeker moment duidelijk in een bepaalde zin te luiden, maar blijkt later anders te zijn. Dit komt tot uiting in een declaratoire uitspraak van de hoogste rechter die een wijziging ten opzichte van het eerder geldende recht lijkt in te houden. Voor zover diens oordeel voorzienbaar was, is zij niet problematisch, omdat het recht in zoverre kenbaar was voor rechtzoekenden. Maar indien het oordeel van de de rechter niet voorzienbaar, en daarmee niet kenbaar, was, is dat voor de rechtzoekenden wel degelijk problematisch, omdat zij er hun gedrag niet op hebben kunnen afstemmen. Het oordeel van de rechter lijkt met terugwerkende kracht een andere interpretatie te geven aan het geldende recht, hoewel het – in de hier verdedigde opvatting – dat recht weergeeft. Niettemin komt het voor de rechtzoekenden als een verrassing; het geval van de naaktdanseres is een voorbeeld.

3.2 Actoren

22. Dat brengt ons op de laatste vraag die aan het slot van par. 2 is gesteld: om wiens verwachtingen gaat het in concreto? Een eerste inventarisatie zou tot het volgende kunnen leiden. Het gaat om vijf categorieën actoren:

- a. rechtzoekenden: burgers, particulieren ('consumenten') en bedrijven;
- b. advocaten en andere juristen die burgers bijstaan, informeren en dergelijke;
- c. rechters;
- d. de overheid (de wetgever en de uitvoerende macht);
- e. supranationale instanties.

Ten aanzien van ieder van deze categorieën actoren zal worden onderzocht of, en zo ja in hoeverre, de hiervoor onderscheiden probleemsituaties ten aanzien van de kenbaarheid van het recht zich voordoen.

ad a Rechtzoekenden

23. Rechtzoekenden lijken van het recht vooral te verwachten: rechtvaardigheid, voorspelbaarheid ('rechtszekerheid'), en de mogelijkheden om hun eigen doeleinden te faciliteren en bevorderen. Een intrinsieke belangstelling in het recht mag niet verwacht worden.

Daarentegen wordt door juristen (en de wetgever) regelmatig de verwachting geuit dat burgers het recht volgen (dat wil zeggen dat het recht althans ten dele bevelen jegens burgers bevat). Op zichzelf is dit voor strafrecht juist. Een groot deel van de strafrechtelijke rechtsregels is weliswaar formeel bezien een instructie aan

63 In het bijzonder in geval van samenloop van regels, onduidelijkheid over hoe de regels op elkaar inwerken, uitleg en toepassing van de regels.

64 Hieronder kan mede vallen wat (sommige) positivisten als een 'gat' in het recht aanduiden, zoals het geval dat een wettelijke regeling die naar de letter wel een bepaald geval regelt, blijkens de parlementaire geschiedenis primair bedoeld is voor andere soorten gevallen.

de rechter. Een zeker misdrijf zal bestraft worden met een bepaalde sanctie. Verdedigbaar is dat het recht zelfs in essentie instructies aan de rechter inhoudt. Dat neemt niet weg dat deze tegelijk ook aanwijzingen voor burgers zijn.⁶⁵ Een categorische instructie: u zult alleen een formulier dat in drievoud is ingediend behandelen, heeft als uitstraling op burgers een hypothetische imperatief: als u wilt dat een formulier verwerkt wordt, dient u dit in drievoud in te dienen. Toch is voor het privaatrecht geen algemeen geldende regel dat dit daadwerkelijk instructies bevat voor het handelen.⁶⁶ Zo is bijvoorbeeld het onrechtmatigedaadsrecht niet (in zijn geheel) bedoeld om aan te geven welke handelingen verboden zijn. Artikel 6:168 BW laat uitdrukkelijk zien dat sommige onrechtmatige handelingen (zoals hinder bij verbouwingen⁶⁷) niet absoluut onwenselijk zijn, doch alleen tot schadevergoeding verplichten. Ook regels over bewijskracht van akten, bijvoorbeeld, zeggen niet dat je akten moet opstellen, alleen dat deze een grotere bewijskracht hebben.

Het privaatrecht is deels faciliterend; in die functie is het ook zinvol als het dan voldoende duidelijkheid of zekerheid biedt om zijn coördinerende functie te vervullen. Men kan zich ook dan voorstellen dat een beroep op rechtsdwaling wordt gedaan.

Beziet men de drie soorten problemen met kenbaarheid, dan kan worden vastgesteld dat voor gewone burgers/leken de complexiteit van het recht (probleem I) op zichzelf geen probleem is.⁶⁸ Leken zijn doorgaans geheel onkundig van de exacte formulering van rechtsregels, van welke regels er gelden, ja zelfs van de (mogelijke) vindplaatsen van deze regels. Zij werken met de gewone kennis van het recht, die voor gewone handelingen volstaat. Zie hierna, nr. 30-40 voor hoe zij deze kennis verkrijgen.⁶⁹ Voor het overige vertrouwen zij op deskundigen. Wanneer deskundigen problemen met complexiteit ervaren, komt dat meestal voor risico van de deskundigen (nr. 24),⁷⁰ al is het soms mogelijk dat die problemen voor risico van de burger komen. Wij komen daar op terug. Verder kunnen leken problemen ervaren wanneer zij advies hebben ingewonnen maar nog steeds geen duidelijk antwoord krijgen omdat het recht onduidelijk is (probleem II). Toch zal in de meeste gevallen het antwoord dan zijn dat leken het zekere voor het onzekere moeten nemen, dus de veiligste route moeten kiezen, ook al laten zij dan een mogelijke winst liggen.⁷¹

65 P. Scholten, *Algemeen deel*, nr. 3

66 Evenzo P. Scholten, *Algemeen deel*, nr. 3-6.

67 Zie HR 3 april 1987, NJ 1987/703 (van Gastel q.q./Van den Heuvel), vgl. HR 18 februari 1944, NJ 1944/226 (gem. Den Haag/Jochems).

68 Kritischer is Verheij 2012, die echter als uitgangspunt lijkt te nemen dat de burger op de hoogte moet zijn van het recht.

69 Wel kunnen zij soms in bepaalde domeinen problemen ervaren met de veelheid aan toepasselijke regels; dit betreft evenwel doorgaans publiekrechtelijke regelgeving (in het bijzonder vergunningsvereisten) die hier niet onderwerp zijn. Zie over privaatrechtelijke regeldruk, met als voorbeeld de EU-regelgeving inzake informatieverplichtingen bij internettransacties hierna, nr. 38.

70 Dit ligt anders voor (grote) bedrijven die een juridische afdeling hebben; zij hebben dan interne deskundigheid die aan de organisatie wordt toegerekend. De bedrijfsjuristen ervaren weer vergelijkbare problemen als advocaten, zie hierna.

71 Een voorbeeld is de regel dat wie handelt op basis van een aantastbare vergunning, de overheid niet met succes aansprakelijk kan stellen indien de vergunning vernietigd wordt: hij heeft dan 100% eigen schuld. Zie HR 29 april 1994, NJ 1997/396 (GE/Den Haag), bevestigd in HR 19 december 2003, NJ 2004/151 (Van Mierlo/Gem. Asten).

Als zij wel de kans op extra winst kiezen, is dat hun eigen riskante keuze en is er in beginsel geen reden tot medelijden. Dit kan wellicht soms anders liggen; wij komen daar nog op terug bij rechtsdwaling (par. 5, nr. 50 en verder). Tot slot is er de mogelijkheid dat het recht wijzigt (probleem III); wij komen daar opnieuw op terug bij rechtsdwaling.

ad b Deskundigen

24. Voor advocaten en andere adviseurs en rechtshulpverleners geldt dat zij, anders dan gewone burgers, geacht worden een grotere kennis van het recht te hebben ('Garantenstellung'). Zij worden ook voor die deskundigheid benaderd. Burgers zullen veelal tegen feitelijke kennisgebreken van hun advocaat zijn beschermd door de mogelijkheid hem aansprakelijk te stellen.⁷² In rechte wordt daarom ook in beginsel aangenomen dat een advocaat het recht goed genoeg kent. Een voorbeeld biedt HR 2 april 1982, NJ 1983/367 (Smael/Moskowicz), waar de advocaat van Smael een verzoekschrift tot verlenging van huur te laat had ingediend (op 2 januari 1974). Er was enige onduidelijkheid over verlenging van de termijn (die op zichzelf op 31 december 1973 om 24.00 uur zou verstrijken), gelet op een Koninklijk Besluit dat vanwege de oliecrisis maandag 31 december 1973 als algemeen erkende feestdag had aangemerkt, als gevolg waarvan de griffie van het Kantongerecht (waar het verzoekschrift moest worden ingediend) zowel 31 december als 1 januari gesloten was. De Hoge Raad oordeelde dat 'de toenmalige literatuur en rechtspraak geen aanleiding gaven voor het vertrouwen dat (...) van indiening op die datum geen moeilijkheden waren te verwachten'. Hoewel er kennelijk enige onzekerheid was over het geldende recht, moest de advocaat – begrijpelijkerwijs – dan de veilige weg kiezen.⁷³ In een andere zaak was de Hoge Raad evenwel lankmoediger. In HR 27 april 2007, NJ 2008/121 oordeelde de Hoge Raad dat, anders dan onder het voordien geldende procesrecht, ook voor de Antillen gold dat een rechtsmiddel tegen een gedeeltelijk eindvonnis aanstonds moet worden ingesteld. Echter: (r.o. 3.5) 'Niettemin ziet de Hoge Raad in de omstandigheid dat de memorie van toelichting op artikel 3 Cassatieregeling en de rechtspraak van de Hoge Raad in aanverwante kwesties betreffende de toepassing daarvan onzekerheid hebben laten bestaan over de beantwoording van die vraag, grond voor het ontvankelijk achten van het onderhavige cassatieberoep.' en de Hoge Raad kiest voor prospective overruling.

Hoewel er goede reden is advocaten aan een hogere standaard te houden,⁷⁴ lijkt er toch ook hier reden te zijn om in bepaalde gevallen anders aan te nemen.⁷⁵ Is er

72 Dat neemt niet weg dat zij andere nadelige gevolgen kunnen ondervinden, zoals strafrechtelijk vervolging of sanctionering. Vgl. HR 15 november 1996, NJ 1997/152 (Leutscher/Banco de Jerez) over een geval waar een bank (mogelijk) de klant had moeten wijzen op overtreding van Spaanse deviezenwetgeving, wat leidde tot vervolging in Spanje. Dit preadvies handelt evenwel alleen over privaatrecht. Zulke feitelijke nadelen worden privaatrechtelijk weer rechtgezet door schadevergoeding. Uiteraard ontkennen wij hiermee niet dat de feitelijke gevolgen niet geheel kunnen worden rechtgezet; die materie gaat echter het bestek van dit preadvies te buiten.

73 Met als nadeel wel dat het recht op dit punt onduidelijk blijft; men kan echter bezwaarlijk verwachten dat er duidelijkheid moet worden geschapen over de rug van de cliënt.

74 Welke standaard dan de cliënt wordt toegerekend.

75 Zie bijv. het hierboven besproken arrest HR 27 april 2007, NJ 2008/121.

op dit punt een impliciete regel, of zijn er gezichtspunten, beleidsoverwegingen die zouden kunnen aangeven wanneer een onjuiste rechtsopvatting niet voor rekening van de advocaat komt? In zijn algemeenheid mag immers van een advocaat worden verwacht dat hij in geval van onduidelijkheid in het recht hiervan mededeling doet aan zijn cliënt, en geen zekerheid voorwendt die in werkelijkheid niet bestaat. De advocaat moet zijn cliënt op de bestaande risico's wijzen; hij mag bovendien niet nodeloos risico's laten voortbestaan.⁷⁶ Wel is het zo dat een advocaat (zoals iedere beroepsbeoefenaar) niet alle risico's hoeft uit te bannen; geringe risico's mag hij laten voortbestaan.⁷⁷

Overigens blijkt bij de advocaat, evenals de rechter, dat het 'kennen' van recht neerkomt op kunnen kennen: het gaat niet om volledige parate kennis maar om een geheel van parate kennis, knowhow omtrent wanneer verder moet worden gezocht, en zoekvaardigheden. De jurist hoeft niet alles uit zijn hoofd te weten, maar hij of zij moet wel voldoende kennis en knowhow bezitten om alert te zijn op relevante punten, uitzonderingsmogelijkheden, literatuur, invalshoeken en dergelijke. Hierbij moet de jurist steunen op het systeem van het recht en de doctrine.

Hieruit volgt dat de complexiteit van het recht (probleem I) voor de advocaat een daadwerkelijk probleem is; dit bemoeilijkt het immers voor hem om de van hem verwachte deskundigheid waar te maken. Dit kan ertoe leiden dat een advocaat zekerheidshalve zijn cliënt wijst op onzekerheden in de analyse omdat het niet haalbaar is om volledige duidelijkheid te verkrijgen: de marge van onduidelijkheid wordt dan groter dan strikt genomen wellicht nodig zou zijn. Wij komen hier nog op terug in paragraaf 4. In gevallen waar daadwerkelijk onduidelijkheid bestaat (probleem II) is er voor de advocaat in het algemeen geen probleem: hij moet die onduidelijkheid eenvoudigweg aan zijn cliënt mededelen en de veiligste koers adviseren. In gevallen waar het recht wijzigt (probleem III) heeft de advocaat die zijn jurisprudentie bijhoudt in het algemeen geen probleem. Adviezen zijn in de regel alleen geldig op moment van schrijven en pretenderen geen gegarandeerde juistheid nadien. Problemen ontstaan alleen in beperkte mate als de advocaat een zekere ontwikkeling in zijn advies had moeten voorzien; dat wordt echter voor zover ons bekend praktisch nooit aangenomen.⁷⁸ De advocaat hoeft niet te voorzien dat de Hoge Raad zal omgaan, ook al heeft een andere advocaat in een andere procedure dat wel voorzien (immers daarvoor met succes gepleit). Wel kan een probleem zijn dat de advocaat soms bij een (aankomende) wijziging de cliënt spontaan zou moeten adviseren over de gevolgen daarvan.⁷⁹ In een Van de Hurk-geval (zie nr. 54) had een advocaat zijn cliënt er spontaan op kunnen wijzen dat er alsnog een claim mogelijk was. Voor

76 Zie bijv. ook HR 12 april 1985, NJ 1986/809 (niet leggen van conservatoir beslag), HR 29 november 1991, NJ 1992/808, HR 18 januari 2008, NJ 2008/335.

77 Bijv. HR 7 maart 2003, NJ 2003/302 (niet aanstonds appel instellen), HR 9 juni 2000, NJ 2000/460.

78 Bijvoorbeeld in het hierboven besproken arrest HR 27 april 2007, NJ 2008/121 is dit niet aangenomen, ook al was niet onvoorzienbaar dat de Hoge Raad in het nieuwe Antilliaanse procesrecht anders zou oordelen dan voordien.

79 Zie HR 7 april 2006, NJ 2006/245 (Ernst & Young/Kölnische) voor een geval van een (beperkte) spontane adviesplicht ten aanzien van een wetswijziging.

zover ons bekend zijn hier geen zaken over, mede omdat een advocaat geen spontane adviesplicht heeft tegen voormalige cliënten met wie hij geen contact onderhoudt.⁸⁰

ad c De rechter

25. In de rechtshistorische/vergelijkende literatuur wordt er vaker op gewezen dat het beginsel ‘*ius curia novit*’ allerm minst algemene gelding heeft, maar integendeel verbonden lijkt te zijn aan de specifieke positie van de civil law westerse rechter. In oudere ‘chtonische’ tradities is de rechter vanzelf op de hoogte van het recht; in de common law had de rechter van oudsher slechts de rol om de eventuele verlening van een writ te controleren, waarbij partijen en de jury de benodigde informatie en oordelen aanreikten.⁸¹ Het is pas bij de rechter als vertegenwoordiger van overheidsmacht dat deze geacht mag worden de instructies van zijn heer en meester – dat wil zeggen, het objectieve recht – op te volgen, en daarom logischerwijze ook daarvan geheel en al op de hoogte dient te zijn. Echter, hierbij geldt ook weer dat de rechter doorgaans, door de omvang van het geschil, slechts serieus met een beperkte hoeveelheid regels rekening hoeft te houden. Hij moet wel inzien wanneer eventueel moet worden gelet op specifieke probleempunten, zoals internationaal privaatrecht (IPR) of ambtshalve toetsing van zekere regels van Europese oorsprong. Deze zouden echter vooralsnog beperkt in aantal zijn, en de rechter mag worden geacht zich hiervan op de hoogte te hebben gehouden. Bovendien kennen we ook nog diverse controlemechanismen, in het bijzonder de rechtsmiddelen, om de rechter als instituut in het rechte spoor te houden. Ook kennen rechters hun eigen informatiekanalen, zoals kennisoverleg binnen de gerechten, cursussen, en (formeler) rechtersregelingen⁸² waarin kennis en ervaring wordt neergelegd.

In het bijzonder heeft de rechter hierbij meestal geen last van alternatieve regelgeving: deze moet immers door partijen worden aangedragen. De uitleg kan lastig zijn, maar hij hoeft deze niet ambtshalve toe te passen. Wel dient de rechter gewoonterecht ambtshalve toe te passen; dat is echter thans niet lastiger dan vroeger (eerder eenvoudiger nu de rol van het gewoonterecht in strikte zin is afgenomen). Branche-specifieke gewoonten zullen partijen immers moeten aandragen, en als de rechter lokale gewoonten niet toepast, maakt dit de uitspraak doorgaans alleen aantastbaar als partijen daarop wijzen (en dan toch weer dit aandragen). De hogere rechter zal in de regel immers niet op de hoogte zijn van zuiver lokale gewoonten. Overigens

80 Dit is anders als hij in een concreet geval weer met de cliënt in contact komt: dan gelden post-contractuele zorgplichten die mede met zich kunnen brengen dat hij zich wegens tegenstrijdig belang afzijdig zal moeten houden. Zie HR 2 februari 2001, NJ 2002/379 (Vonk), HR 22 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6759, NJ 2013/188. Hieruit valt a contrario af te leiden dat dergelijke zorgplichten alleen tot handelen verplichten als er daadwerkelijk contact is: de advocaat hoeft niet al zijn cliënten voortdurend te blijven adviseren over mogelijke relevante nieuwe ontwikkelingen.

81 Zie bijv. H. Patrick Glenn, *Legal Traditions of the World*, 4e dr., Oxford: Oxford University Press 2010, R.C. van Caenegem, *European law in the Past and the Future*, Cambridge: Cambridge University Press 2002, W.J. Zwalve, C.Æ. Uniken Venema's common law & civil law: inleiding tot het Anglo-Amerikaanse vermogensrecht, 2^e dr., Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.

82 K. Teuben, *Rechtersregelingen in het burgerlijk (proces)recht*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 2005.

zal de rechter op de hoogte moeten zijn van de maatschappelijke ontwikkelingen en uit dien hoofde reeds vanzelf bekend zijn met tal van gewoonten en ervaringsregels.

Voor de rechter geldt, net als voor de advocaat, dat de toenemende complexiteit van het recht (probleem I) daadwerkelijk een probleem is. In het bijzonder de hoeveelheid rechtspraak van het EHRM is niet eenvoudig compleet te vergaren, en wordt ook relatief beperkt systematisch geordend en toegankelijk gemaakt. Het is daarom zinvol om na te denken of hier verbetering denkbaar zou zijn: de traditionele techniek van codificatie lijkt bepaald achterhaald. Men komt hier uiteindelijk wellicht op methodologisch terrein (zie par. 4). Onduidelijkheid in het recht (probleem II) vormt evenwel geen probleem voor de rechter: het behoort juist tot de rechterlijke taak om bij divergerende interpretaties een keuze te maken. Als die keuze in appel of cassatie geen stand houdt, is dat op zichzelf geen fout van de rechter. Hetzelfde geldt voor een wijziging van het recht (probleem III). De lagere rechter mag hierop anticiperen (anders dan onder een strikt precedentenstelsel als in Engeland), maar is daar niet toe verplicht.

De rechter als producent van recht verdient afzonderlijke aandacht. De toegankelijkheid van rechtspraak⁸³ is formeel gezien vergroot door rechtspraak.nl; verdedigbaar is dat grotere openbaarmaking niet leidt tot vergroting van juridische kennis. Wel kan men zich afvragen of herduiding tot de onhandig lange ECLI-nummers de daadwerkelijke bekendheid niet veeleer verkleint.

ad d De overheid

26. De overheid bevindt zich in een dubbelrol als subject en object van regelgeving. Als procespartij geldt voor de overheid nog sterker dat deze geacht wordt het recht te kennen: een onjuist besluit in bestuursrechtelijke zin is zonder meer onrechtmatig en verwijtbaar (vaste rechtspraak).

De overheid als regelgever heeft een belangrijke rol. Enerzijds kan de overheid bijdragen aan een betere kenbaarheid van het recht. Anderzijds is de overheid ook een bron van verwachtingen ten aanzien van het recht, zowel verwachtingen bij andere actoren als eigen verwachtingen over hoe actoren op het recht zouden moeten reageren. Daarnaast is de overheid zelf ook weer onderworpen aan supranationale regelgeving.

Als de overheid verwacht dat het privaatrecht leidt tot specifieke vormen van gedrag, is dit wellicht een verwachting die enigszins moet worden bijgesteld. De kenbaarheid van privaatrecht kan dan overigens nog steeds van belang zijn. Een voorbeeld is het Energielabel voor woningen. Dit berust op zichzelf op de EU-richtlijn 2002/91/EG betreffende de energieprestatie van gebouwen. Deze richtlijn verplicht evenwel alleen tot het invoeren van een energieprestatiecertificaat ter informatie, en laat de werking van zodanig certificaat over aan nationale voorschriften (artikel 7 lid 2 Richtlijn 2002/91/EG). In Nederland bleek evenwel dat particuliere eigenaren van woningen weinig belang hechten aan de aanwezigheid van zulke energielabels: ofschoon de verkoper verplicht is een energielabel te overhandigen, wordt dit

83 Zie uitvoerig M. van Opijnen, *Op en in het web. Hoe de toegankelijkheid van rechterlijke uitspraken kan worden verbeterd*, diss. Amsterdam (UvA), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014.

door kopers nauwelijks afgedwongen. Dit geeft aan dat een privaatrechtelijke plicht niet werkzaam is als de betreffende partijen daar geen belang bij hebben. Inmiddels verplicht ook artikel 12 lid 4 van de EU-richtlijn 2010/31/EU (de opvolger van de EPBD-richtlijn) dat lidstaten vereisen dat het energieprestatiecertificaat bij advertenties voor verkoop/verhuur wordt vermeld.⁸⁴ In het wetsvoorstel ter implementatie van deze richtlijn was opgenomen dat de notaris de akte van eigendomsoverdracht niet mocht verlijden als het energielabel niet was overhandigd door de verkoper.⁸⁵ Op deze wijze wordt bereikt dat specifieke informatie over deze plicht wordt gegeven aan partijen wanneer dit echt nodig is, en wordt ook de naleving gegarandeerd. Dit wetsvoorstel is overigens verworpen door de Tweede Kamer.⁸⁶

Ten aanzien van probleem I, de complexiteit van het recht, geldt dat de overheid dit probleem vooral zelf veroorzaakt: de overheid is immers de partij die in staat is de complexiteit te verminderen.⁸⁷ Dat neemt niet weg dat een deel van de oorzaken hiervan (in het bijzonder supranationale ontwikkelingen) buiten de nationale overheid ligt. Wat betreft onduidelijkheid (probleem II) geldt opnieuw dat de overheid dit vooral zelf in de hand heeft, al is het – zoals boven aangegeven – niet mogelijk onduidelijkheid geheel weg te nemen. Voor wijzigingen in het recht (probleem III) geldt dat de overheid hier meestal geen problemen veroorzaakt (wetgeving geschiedt immers als regel niet met terugwerkende kracht); zij kan wel problemen ervaren door een omgaan van de hoogste rechter, maar verkeert hierbij in een met burgers vergelijkbare positie.

ad e Supranationale instanties

27. De toegankelijkheid van het EU-recht (en ook van andere supranationale regelgeving, zoals het EHRM en CISG) is niet bijzonder groot. Weliswaar is de formele toegankelijkheid aanwezig doordat men uitspraken en regelgeving via internet kan raadplegen, het is echter lastig om de totaliteit van regelgeving daadwerkelijk te doorgronden, mede door frequente wijzigingen van regels (hernummering van centrale verdragen, aanpassingen van richtlijnen, waarbij niet altijd een duidelijke geconsolideerde versie is te vinden). Een additioneel bezwaar is dat supranationale regelgeving, in vergelijking met nationaal recht, betrekkelijk mager bedeed is met doctrine. Alhoewel er over diverse supranationale regelingen literatuur te vinden is (en bijvoorbeeld voor de CISG redelijk veel materiaal), is deze literatuur in Nederland voor de gemiddelde jurist niet gemakkelijk of goedkoop te raadplegen⁸⁸ en is zij meestal niet toegesneden op bespreking van de specifieke gevolgen voor Nederlands recht.

84 Art. 12 lid 7 Richtlijn 2010/31/EU laat de gevolgen van certificaten evenwel nog steeds over aan nationale regelgeving; art. 27 laat sancties op inbreuken op voorschriften van de richtlijn ook over aan lidstaten. Zie TK 2012-2013, 33 124, nr. 27 voor een overzicht van sancties in verschillende lidstaten.

85 Voorgesteld art. 11c lid 2 Woningwet (zie TK 2011-2012, 33 124, nr. 2).

86 Handelingen TK 2012-2013, 24-17-39 (20 november 2012). De behandeling ligt sedertdien stil.

87 Dit geldt vooral voor de rijksoverheid; lagere overheden verkeren veelal in dezelfde positie als private partijen.

88 De literatuur is niet altijd in veel bibliotheken aanwezig, en is vaak relatief kostbaar.

Voor probleem I, de complexiteit, geldt dat voor de specialisten op deze gebieden wellicht de regels te overzien zijn, maar dat generalisten die incidenteel met deze gebieden te maken hebben en deze in Nederlands recht moeten inpassen voor aanzienlijke moeilijkheden kunnen komen te staan. De extra laag boven nationaal recht leidt daadwerkelijk tot complicaties, die niet eenvoudig op te lossen lijken te zijn. Voor probleem II, onduidelijkheid, geldt dat dit ten dele wordt verergerd door supranationale regels die niet goed ingebed zijn in nationaal recht en doctrine en daardoor lastig uit te leggen. Men ziet dit regelmatig met privaatrechtelijke richtlijnen die termen gebruiken die geen eenduidige betekenis hebben in verschillende nationale systemen, waardoor het gissen blijft naar de exacte uitwerking in nationaal recht.⁸⁹ Hier wreekt zich mede de neiging tot modificatie: wijzigingen zijn minder voorspelbaar dan simpelweg codificeren van de bestaande stand van zaken (die uit de aard der zaak reeds bekend zijn). Probleem III, de mogelijkheid van wijzigingen van rechtspraak, is geen probleem voor juristen op supranationaal vlak.

ad f *Rechtswetenschap als zesde actor?*

28. Het is misschien zinvol een zesde actor te behandelen: de rechtswetenschapper. Een deel van de ervaren problemen liggen immers wellicht eerder bij de rechtswetenschap. De complexiteit van regels (probleem I) is in het bijzonder een probleem voor een rechtswetenschapper die een overzicht wil geven over een deelgebied van het recht. Het is lastig om de toepasselijke regels dan te behandelen: enerzijds vanwege de moeilijkheid om deze regels te inventariseren (en de veelheid aan gebieden die dan moet worden behandeld), anderzijds omdat er dan geen eenvoudige gereedliggende structuur als het BW is aan de hand waarvan deze regels kunnen worden nagelopen. Tegelijk kunnen we ook zeggen: de complexiteit van regels is in zekere zin het basisprobleem van de rechtswetenschap. Haar taak bestaat er juist in deze complexiteit te reduceren door systematisering, doordenking, vereenvoudiging in doctrine. Wat betreft probleem II, de onduidelijkheid, geldt dat de rechtswetenschapper dit evenzeer als een uitdaging ziet en niet als een probleem: hij tracht dan de ideale beslissing te beschrijven als ware hij rechter. Probleem III, de mogelijkheid van latere wijziging, is evenmin een echt probleem: dit geeft veeleer aanleiding tot nieuwe geschriften. Deels is de rechtswetenschap zelfs aanjager van wijzigingen, door kritiek op het geldend recht.

3.3 Rechtsbronnen en kenbronnen

29. Aan de ene zijde hebben we de actoren. Aan de andere zijde hebben we de bronnen waarmee de actoren kennis van het recht kunnen verkrijgen. Er zijn verschillende kenbronnen die naast de officiële rechtsbronnen behulpzaam zijn om het recht daadwerkelijk te kennen. In termen van Stephen Toulmin zouden wij kunnen zeggen: de 'locus of certitude' omtrent de inhoud van het recht voor rechtzoekenden zijn niet noodzakelijk de rechtsbronnen. Zij kunnen hun kennis van het recht

⁸⁹ Becomentariërende werken zijn dan veelal betrekkelijk summier en globaal, wanneer zij worden vergeleken met nationale doctrine over dezelfde onderwerpen.

evenzeer aan andere (ken)bronnen ontlene. Deze zijn niet uitputtend te behandelen (zoals nog zal blijken); we bespreken er slechts enkele om een indruk te geven van wat wij bedoelen.

30. *Sociale normen en morele overtuigingen.* Het privaatrecht staat in open verbinding met zowel sociale normen als morele principes. Het is enerzijds door middel van gewoonterecht en open normen verbonden met ongeschreven sociale normen, waarmee het in een wederkerige relatie staat. Sociale normen werken door in het privaatrecht dat op zijn beurt sociaal gedrag beïnvloedt; vaak is de grens vloeiend en onscherp (vergelijk *usances* in het handelsverkeer). Het privaatrecht is anderzijds door middel van rechtswaarden verbonden met morele principes, waarmee het eveneens wederkerige betrekkingen onderhoudt. Morele principes drukken hun stempel op de privaatrechtstoepassing en worden op hun beurt daardoor beïnvloed; de groeiende betekenis van grondrechten in het privaatrecht biedt een voorbeeld. De wisselwerking tussen het privaatrecht en sociale regels enerzijds, en privaatrecht en morele principes anderzijds, brengt mee dat de verschillende actoren hun kennis omtrent wat zij kunnen, mogen en behoren, dikwijls baseren op sociale regels en morele overtuigingen, en strikt genomen niet op de rechtsregels zelf. Daarom zijn die sociale regels en morele overtuigingen belangrijke kenbronnen van het recht.⁹⁰ Wat fatsoenlijk is om te doen – zo vaak beslissend in het privaatrecht – weet men meestal door opvoeding, ervaring, scholing, sociale controle of anderszins, maar niet door de bestudering van het privaatrecht.⁹¹

31. De *juridische informatievervalsing* in eigenlijke zin (via wet en rechtspraak) is tegenwoordig sterk veranderd en in velerlei opzicht reeds verbeterd ten opzichte van het verleden. De traditionele bronnen: Staatsblad, Staatscourant en formele openbaarheid van rechtspraak, is van oudsher al aangevuld met particuliere wetsverzamelingen en -bundels en particuliere publicatie van rechtspraak.⁹² Sinds kort is door internet de totale wetgeving en rechtspraak kosteloos en eenvoudig doorzoekbaar te raadplegen via respectievelijk overheid.nl en rechtspraak.nl.

32. Daarnaast wordt tegenwoordig aanvullend informatie verschaft over het recht. Dit gebeurt niet alleen via de specifiek voor overheidsinformatie aangewezen diensten in de vorm van wat vroeger Postbus 51 heette en thans Rijksoverheid.nl is. Er zijn specifieke projecten die doelgericht ertoe strekken aan de bevolking informatie over onderdelen van het recht te verschaffen. Deze kunnen geheel van de overheid zijn, door de overheid gefinancierd, of op particulier initiatief doch gesubsidieerd.

90 In afwijking van Haazen, diss. 2001, die kennelijk verdedigt dat het recht geheel moet worden gestuurd door maatschappelijke opvattingen, is ons standpunt dat er een wisselwerking is tussen recht en sociale normen waarbij niet één factor dominant is.

91 Hiervoor is niet van belang of men die sociale regels en morele principes tot het recht zelf rekent (zoals een Dworkiniaans perspectief meebrengt), of dat men scherpe grenzen trekt tussen rechtsnormen enerzijds, en sociale normen en morele principes anderzijds (zoals het rechtspositivisme doet). Wij verwijzen naar hetgeen hierboven omtrent die tegenstelling is geschreven.

92 Zie in historisch perspectief: C.J.H. Jansen en W.J. Zwolve, *Publiciteit van jurisprudentie*, Deventer: Kluwer 2013.

Men kan denken aan het Juridisch Loket, de Rechtwijzer,⁹³ de Kamer van Koophandel. Ook kan men denken aan de consuwijzer.nl: een website van de Autoriteit Consument en Markt die advies geeft over de rechten van de consument.⁹⁴ Deze website is (kennelijk)⁹⁵ ingesteld ter implementatie van artikel 19 lid 4 E-commerce richtlijn 2000/31/EG, dat bepaalt:

‘De lidstaten richten, ten minste langs elektronische weg toegankelijke, contactpunten in, tot welke de afnemers van de dienst en de dienstverleners zich kunnen richten om:

- a) *algemene informatie over hun contractuele rechten en plichten te verkrijgen, alsmede over de klachtenprocedures en rechtsmiddelen in geval van een geschil, met inbegrip van de praktische aspecten van de toepassing van die mogelijkheden;*
- b) *nadere gegevens te verkrijgen van de autoriteiten, organisaties of verenigingen waar zij nadere informatie of praktische bijstand kunnen krijgen.*⁹⁶

33. Verder zijn er tal van particuliere instanties die het als onderdeel van hun taak zien om informatie over het recht te verschaffen. De consumentenbond, de Vereniging Eigen Huis, vakbonden, ondernemersverenigingen verspreiden informatie door vragenrubrieken of speciale rubrieken in hun verenigingsorgaan of op hun website. Ook algemene dagbladen en huis-aan-huisbladen besteden regelmatig aandacht aan praktische juridische vragen (zoals in consumentenrubrieken) of aan algemenere juridische actualiteiten, zowel rechtszaken als relevante wetswijzigingen,⁹⁷ of via ingezonden brieven en opiniebijdragen.⁹⁸ Nu zij toegegeven dat deze informatie niet altijd geheel correct of betrouwbaar is, dat kan men echter ook niet altijd zeggen van standpunten in juridische tijdschriften.⁹⁹

34. Zo bezien lijkt er eerder sprake van informatieoverschot dan van een tekort. Het loont om deze verschillende uitingsvormen iets nader te bestuderen. Een deel is als gezegd *overheidsinformatie* die uitdrukkelijk is bedoeld om burgers voor te lichten. Nu is ook bekend dat zulke goede bedoelingen vaak op desinteresse van de burgers afstuiten. Het is mogelijk dat burgers juist geneigd zijn de informatie die hun wordt opgedrongen te negeren. Nochtans is duidelijk dat de overheid meer doet dan

93 www.rechtwijzer.nl. Toegegeven zij dat deze website weinig juridische informatie levert, doch vooral de burger bij de hand neemt richting geschiloplossing.

94 Overigens was het contactpunt vroeger www.e-commercerichtlijn.info (TK 2002-2003, 28 197, nr. 5, p. 8), welke website niet langer in gebruik is. Toch staat deze website nog steeds bij de Europese Commissie geregistreerd als contactpunt, zie http://ec.europa.eu/internal_market/e-commerce/contact-points-19-4_en.htm.

95 Het bevat de informatie die wordt vereist, echter de koppeling met de richtlijn is niet geëxpliciteerd.

96 Vgl. in dezelfde zin art. 26 Richtlijn consumentenrechten 2011/83, dat is geïmplementeerd door bekendmaking op de website van consuwijzer.nl, zie TK 2012-2013, 33 520, nr. 3, p. 7.

97 Zoals fiscale wijzigingen, maar ook bijvoorbeeld veranderingen in verjaringsregels, aansprakelijkheid e.d. Het NRC heeft in samenwerking met het NJB een blog/krantenrubriek waar saillante uitspraken worden behandeld en becommentarieerd door juristen.

98 Zoals in *de Volkskrant*, NRC, FD.

99 Hetgeen overigens niet per se onwenselijk is: vakbladen zijn er ook voor discussie over omstrede standpunten.

louter in het Staatsblad te publiceren. Als men bijvoorbeeld met Google zoekt op ‘consument koop recht’ zijn de eerste drie hits¹⁰⁰ afkomstig van de Consumentenbond en de rijksoverheid, gericht op voorlichting.¹⁰¹ De nadruk bij EU-regelgeving op bekendmaking onderstreept dat er belang wordt gehecht aan zulke informatieverschaffing.

35. Dit strookt met de algemeen bekende tendens in EU-regelgeving ten aanzien van consumenten om de nadruk te leggen op volledige informatieverschaffing: veel richtlijnen op dit terrein richten zich met name op *informatieplichten*.¹⁰² In het bijzonder de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken 2005/29 verplicht handelaren ertoe de consumenten open en eerlijk te informeren over hun rechten en plichten (zie artikel 6 lid 1 sub f en g, artikel 7 lid 3 sub e), in sterkere mate dan voorheen gebruikelijk.¹⁰³ Op deze wijze worden consumenten per transactie voorgelicht.¹⁰⁴ Weliswaar zullen de meeste consumenten zulke informatie veelal overslaan, niettemin zijn zij hierdoor toch beter in staat geïnformeerd te raken dan wanneer zij zich in het objectieve recht moeten verdiepen om bijvoorbeeld hun ontbindingsrecht of de omvang van hun garantie te moeten achterhalen. Meer algemeen vormt het aannemen van informatieplichten een oplossing voor gevallen waarin burgers dreigen te verdwalen in regelgeving.¹⁰⁵

36. Ook langs andere weg kunnen burgers op de hoogte raken van het recht, namelijk doordat zij *deskundige bijstand* verkrijgen. Naast zelfstandige advocaten zijn er tal van andere adviseurs en hulpverleners die een dergelijke rol vervullen. Er zijn advocaten en juristen bij belangenorganisaties van consumenten, vakbonden, brancheorganisaties; er zijn het Juridisch Loket, de Rechtswinkel. Natuurlijk kan men niet verwachten dat burgers bij iedere stap juridisch advies inwinnen. Echter, de mogelijkheid van advisering wanneer nodig leidt in principe tot een zinvolle arbeidsdeling. Zoals een leek niet in staat hoeft te zijn ieder gebrek aan zijn auto te repareren, maar wel eenvoudige verrichtingen moet kunnen uitvoeren en moet weten dat hij bij bepaalde signalen naar de garage moet, mag men van de leek verwachten dat hij de basisregels van het recht in grote lijnen kent voor zover voor hem relevant, en voor details wanneer dit nodig is advies inwint – of zichzelf informeert met eerdergenoemde kenbronnen. Dit is in essentie de lekenvariant van de wijze waarop ook vakkundig juristen met juridische kennis omgaan: zij kennen meer hoofdlijnen en details, maar zullen uiteindelijk toch ook voor precieze kennis zijn aangewezen op het opruimen en nazoeken.

100 Althans bij één der auteurs, zoekend vanuit Nederland, mei 2014: de resultaten kunnen wisselen afhankelijk van persoon, tijd en plaats.

101 Bij ‘koop recht’ is de eerste hit de consumentenwijzer.

102 Bijvoorbeeld de E-commercerichtlijn 2000/31/EG, de Richtlijn koop op afstand 97/7/EG, de Richtlijn consumentenkoop 1999/44/EG, de Dienstenrichtlijn 2006/123/EG.

103 Zie bijv. art. 6:230l sub e, 6:230m sub a, j-l en n, 6:230v lid 5 BW. Deze zijn overigens al voor een groot deel terug te vinden in de eerdere (in de vorige noot genoemde) richtlijnen.

104 Aangenomen dat deze informatie daadwerkelijk wordt verstrekt: handhaving blijft een probleem.

105 Zie voor een grondige analyse A.J. Verheij, *Waarschuwen voor termijnen*, oratie Groningen 2012.

37. Naast verdeling van kennis over verschillende rollen, is een andere benadering de verdeling van kennis over domeinen. Zoals hierboven aangegeven is het in veel gevallen voldoende als diegenen die een zeker domein betreden (daarop werkzaam willen zijn, bezig zijn, een zekere activiteit willen verrichten¹⁰⁶) de daarop van toepassing zijnde regels kunnen kennen (zoals de voor het behalen van een rijbewijs vereiste kennis van verkeersregels). Het behoort tot de algemene kennis dat men bij bepaalde terreinen aan zekere extra vereisten moet voldoen. Waar twijfels ontstaan, roept men deskundig advies in. De meeste burgers zullen vermoedelijk eenvoudigweg gaan rondvragen bij vrienden en kennissen, of tegenwoordig vragen stellen op internetfora. Daarnaast kan men bijvoorbeeld bij de Kamer van Koophandel informatie verkrijgen over hoe men een onderneming moet beginnen. Ook hier wordt de daadwerkelijke bekendheid met regels in grote mate bevorderd door dergelijke wijzen van bemiddeling. Ook al kunnen hierbij fouten optreden, men kan er via een stapsgewijze benadering in slagen om een steeds vollediger en juist beeld te krijgen van de juiste regels. Wie deze moeite nalaat, kan in dat opzicht worden verweten onvoldoende inspanning te hebben genomen. Overigens geldt ook hier dat dit op juristen *mutatis mutandis* kan worden toegepast. Advocaten en rechters hebben zich gespecialiseerd¹⁰⁷ en claimen vooral op hun specifieke terrein deskundigheid. Bij kwesties die ook andere domeinen raken, wordt veelal contact gezocht met specialisten op die terreinen, of men consulteert de gespecialiseerde literatuur.

Overigens geldt dit breder: juristen hebben vergelijkbare additionele kenbronnen. De rechterlijke macht werkt met kenniscentra, gezamenlijk vastgestelde notities over lastige onderwerpen, voorlichting in vakbladen (met name *Trema*); voor juristen in het algemeen zijn er PAO-cursussen, ook de vakbladen. Men wordt geacht bij te blijven.¹⁰⁸

38. Tot slot vindt verspreiding van juridische kennis ook plaats in de vorm van 'know-how'. Leken leren van elkaar hoe zij zich moeten gedragen, en als bepaald gedrag juridisch correct is, kan ook langs de weg van kopiëren van gedrag kennis worden overgedragen. Een voorbeeld is de complexe EU-regelgeving inzake informatie bij dienstverlening op internet. Deze regels zijn over verschillende regelingen verspreid, en vertonen deels overlap.¹⁰⁹ Bij de invoering van deze regels zijn waarschijnlijk veel ondernemingen geadviseerd door deskundigen. Daarnaast echter zullen veel kleine ondernemingen destijds hebben gekeken hoe andere ondernemingen het

106 Zoals autorijden, een verbouwing uitvoeren.

107 Dit geldt tegenwoordig voor alle juristen: geen jurist bestrijkt meer het volledige privaatrecht én strafrecht én bestuursrecht tot in de diepte. Meestal wordt bovendien binnen zo'n rechtsgebied verder gespecialiseerd: arbeidsrecht, financieel strafrecht, ruimtelijk bestuursrecht. Of ook zijn er specialisaties in functionele rechtsgebieden: intellectueel-eigendomsrecht, gezondheidsrecht, levensmiddelenrecht e.d.

108 Voor bepaalde beroepen of ambten geldt zelfs een ethische verplichting, soms in gedragscodes vastgelegd, om de voor de beroepsuitoefening vereiste vakkennis op peil te houden (zoals bij rechters).

109 Zie de E-commerce richtlijn, Richtlijn koop op afstand (deels achterhaald door de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken), geïmplementeerd in o.a. art. 3:15d, 6:227b en c, 6:230l (en vroeger art. 7:46c) BW, naast publiekrechtelijke regels zoals privacywetgeving en regels inzake cookies (in de Telecommunicatiewet).

deden, en op basis daarvan hun praktijk hebben aangepast. Wie tegenwoordig een webshop begint, kan eenvoudigweg zien welke voorwaarden en bestelprocedure anderen hanteren, en deze werkwijze overnemen. Waarschijnlijk doen veel kleine ondernemingen dat in de (terechte) veronderstelling dat grote ondernemingen juridisch correct zullen handelen. Deze werkwijze is in het bijzonder voor privaatrechtelijke regelgeving zinvol, aangezien schendingen van privaatrechtelijke regels niet leiden tot publiekrechtelijke sancties als boetes en strafrechtelijke vervolging. Als een verplichting is geschonden, kan de burgerlijke rechter van geval tot geval bezien of dit tot consequenties moet leiden, en de ondernemer kan daar dan alsnog op reageren door zijn handelswijze aan te passen.

Maatschappelijke gedragslijnen kunnen derhalve op deze wijze, zonder expliciete kennisoverdracht, toch worden aangepast aan het recht. Dit is uiteindelijk de wijze waarop recht in de samenleving hoort te worden ingebed: via training en ervaring, mede uitgekristalliseerd in diep in de samenleving gewortelde beginselen. Dit bevordert de maatschappelijke stabiliteit. Deze processen kosten echter wel tijd, en verzetten zich dus tegen een te snel wisselend recht.

39. Het beeld is dus als volgt. De meeste actoren in het recht beschikken over een basiskennis van het recht, gekoppeld aan de knowhow om te attenderen op risico's die nader uitgezocht moeten worden. Die kennis berust op de rechtsbronnen of op daarvan afgeleide kenbronnen. Dit brengt mee dat die actoren in veel gevallen daadwerkelijk over die kennis beschikken, dan wel kunnen beschikken, die op dat moment nodig is om hun gedrag op het recht te kunnen afstemmen. Dat wil overigens weer niet zeggen dat in alle gevallen hieraan voldaan is. Het blijft mogelijk dat in concrete gevallen de kloof tussen daadwerkelijke bekendheid met het recht en de mogelijkheden om daarvan kennis te nemen te groot is, al kan men die kloof nooit helemaal dichten. Voor een deel is dit waar het leerstuk van rechtsdwaling op ziet. Daarnaast zijn er echter nog aanvullende mechanismen of instrumenten die trachten in dergelijke gevallen tot redelijke oplossingen te komen.

3.4 Tussenconclusies

40. Het voorgaande rechtvaardigt enkele tussenconclusies:

- (i) De onoverzienbaarheid en het gebrek aan coherentie van het recht lijkt inderdaad een probleem te zijn geworden, hoewel de praktijk zich behoorlijk lijkt te redden. De onoverzienbaarheid van het recht wordt problematisch wanneer zij afdoet aan de hanteerbaarheid van het recht, waarvan een aantal voorbeelden is geïnventariseerd (zie par. 2).
- (ii) Het beginsel 'eenieder wordt geacht de wet te kennen' impliceert, in een systeem van wederkerige verwachtingen tussen overheid en burger, dat het recht zodanig kenbaar is dat de rechtzoekende zijn gedrag erop kan afstemmen (ervan uitgaande dat het recht geen onbepaaldheden kent, maar wel onduidelijkheden, waardoor onze kennis van dat systeem regelmatig tekort schiet) (zie par. 3).

- (iii) Met betrekking tot de kenbaarheid van het recht zijn drie soorten problemen te onderscheiden, te weten (I) de complexiteit van het recht, (II) de onduidelijkheid van het recht (om andere redenen), en (III) de veranderlijkheid van het recht.
- (iv) Voor verschillende actoren worden uiteenlopende eisen gesteld aan hun rechtskennis, voor rechtzoekenden anders dan voor hun adviseurs, voor burgers anders dan voor overheden. Een bijzondere positie wordt ingenomen door de rechter die enerzijds zijn kennis van het recht moet bijhouden, anderzijds recht spreekt (waardoor zijn – zelfs zijn foute – beslissing recht is) (zie par. 3).
- (v) Voor elk van de onderscheiden actoren is onderzocht welke problemen met betrekking tot de kenbaarheid van het recht actueel zijn. De complexiteit en de veranderlijkheid van het recht zijn – paradoxaal genoeg – vooral voor de advocaat en andere deskundigen problematisch, omdat zij bij uitstek het recht moeten kennen en bijhouden; voor rechtzoekenden is dit veel minder een probleem. Voor de overheid geldt bovendien dat zij verantwoordelijk is voor die complexiteit; voor de rechter dat hij het recht mede vormgeeft en ontwikkelt. Voor rechtzoekenden is alleen een wijziging van het recht problematisch, waar wij in par. 5 op terugkomen. Oplossingen voor complexiteit bespreken wij in par. 4.
- (vi) Het recht zelf biedt talloze instrumenten om de kennis van het recht te dienen, zoals informatieplichten, verplichte bijstand door deskundigen, informatiekanalen, drempeltoetsen, informatievoorziening voor rollen en domeinen, et cetera. Deze fungeren veelal als wegwijzers voor de burger die meer wil weten van specifieke gedragsregels (par. 3).

4 Complexiteit herbezien

41. Wij hebben betoogd dat complexiteit vooral een probleem is voor juristen, die hierdoor lastiger hun werk kunnen doen. Het is zinvol te bezien of er verbeteringen mogelijk zijn. Alvorens deze concreet te behandelen zijn enkele algemene opmerkingen zinvol.

42. We moeten waken voor overspannen verwachtingen wat betreft de kennis en naleving van het recht. Discussies hierover zijn regelmatig tamelijk theoretisch en gaan voorbij aan hoe recht in de praktijk doorwerkt in de samenleving. In gecompliceerde rechtsstelsels met grote aantallen zaken kan men niet verwachten dat het recht op dezelfde wijze werkt als in eenvoudige samenlevingen met weinig geschillen.¹¹⁰ Zoals is betoogd kunnen rechtsregels vrij goed doorwerken in de samenleving door een complex geheel van factoren en ontwikkelingen, waarvan slechts een deel rechtstreeks door de overheid is te beïnvloeden. Het kost daarom enige tijd om daadwerkelijk effect te zien van regels, en bovendien kunnen in die overdracht

¹¹⁰ N.K. Komesar, *Law's Limits*, Cambridge: Cambridge University Press 2001.

veel details verloren gaan. Burgers werken met vuistregels, niet met gedetailleerde regels, en hun rechtskennis is fragmentarisch. Een voorbeeld is de regel dat men bij rood licht moet stoppen. Iedere burger kent deze regel, maar vermoedelijk zullen zelfs weinig juristen uit hun hoofd exact kunnen aangeven waar de rechtsregel te vinden is en hoe deze woordelijk luidt.¹¹¹ Een regel functioneert als een wegwijzer, zou Wittgenstein zeggen, zij voldoet wanneer zij in de gegeven omstandigheden de richting aangeeft (ook als zij twijfel kan laten bestaan).¹¹² Deze beperkingen gelden met name in het privaatrecht, dat voor sanctionering primair afhankelijk is van private partijen.

Deze disseminatie van het recht impliceert beperkingen in de mogelijkheid om met privaatrechtelijke regels te sturen. Als er te veel wijzigingen zijn of deze elkaar te snel opvolgen, zullen zij niet goed doorwerken: het effect is dan hetzelfde als in het wilde weg aan het roer van een supertanker draaien: de koers wijzigt daardoor niet of nauwelijks. Ook zal een overmaat aan regels niet goed in vuistregels kunnen worden vertaald of doorwerken in gedrag. Datzelfde geldt voor een te genuanceerd regelstelsel. Als de taalregels te ingewikkeld worden, zal de volksmond deze versimpelen. Te ingewikkelde juridische regels zullen in de praktijk tot hanteerbare vuistregels worden versimpeld. Idealiter houdt de rechter hier bij voorbaat rekening mee.¹¹³ Dit is overigens geen reden om af te zien van ingewikkelde regels: voor rechtvaardige beslissingen is dat nodig. Men moet echter niet verwachten dat deze regels door burgers gekend of nageleefd worden. Zij hebben wellicht onvoldoende belang bij naleving. Een voorbeeld is ook de door Van den Eekhout aangestipte problematiek van ongekende IPR-regels: er is al vaker verdedigd dat IPR in veel gevallen omzeild wordt door rechters, advocaten en partijen (dat wil zeggen, dat men eigenlijk uitkomt op facultatief IPR).¹¹⁴ Dit hoeft niet problematisch te zijn: IPR is er primair voor partijen, en niet andersom. Alleen als burgers door onbekendheid rechten onbenut laten die zij wel graag hadden willen invoeren, is er reden om op grotere rechtskennis aan te dringen.

Dit geldt breder. Men moet – zoals hierboven al is opgemerkt – zich realiseren dat de samenleving niet geïnteresseerd is in het recht als zodanig. Voor de praktijk van het contractenrecht is herhaaldelijk aangetoond dat ondernemingen zich meestal weinig gelegen laten liggen aan hun exacte contractuele rechten en veeleer letten op het belang van het bestendige van contractuele relaties.¹¹⁵ Dat sluit overigens niet uit dat als het conflict oploopt, zij wel degelijk hun precieze rechten zullen invoeren. Het punt is vooral dat partijen er niet altijd behoefte aan hebben om hun rechten volledig uit te buiten. Een voorbeeld biedt het onderzoek van Sally Moore naar ‘semiautonome velden’, maatschappelijke praktijken die niet alleen door

111 De lezer zij uitgenodigd dit eerst zelf uit te zoeken.

112 Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen*, par. 85.

113 Vgl. onlangs bijvoorbeeld de keuze van een hanteerbare regel voor abstracte schadebegroting in HR 26 oktober 2012, NJ 2013/219 (Audatex-systeem), en algemeen over dit thema *De hantebaarheid van het recht* (Pels Rijcken-bundel), Zwolle: Tjeenk Willink 1981.

114 Vgl. H. Boonk, ‘Ambtshalve toepassing van het IPR en processuele rechtskeuze’, *NIPR* 2005, p. 20-29.

115 Bv. H. Collins, *Regulating Contracts*, Oxford: Oxford University Press 1999.

rechtsregels, maar ook door sociale regels, gewoontes en verwachtingen worden beheerst, waardoor de praktijk tot op zekere hoogte zelfregulerend is. Moore illustreert dit met historisch onderzoek naar de damesmodeconfectie-industrie in New York, waar strikte naleving van rechtsregels met betrekking tot de arbeidsduur ertoe zou leiden dat geen winst wordt gemaakt, hetgeen niet alleen niet in het belang is van de werkgevers, maar ook niet in dat van de werknemers (omdat sluiting en ontslag het resultaat zouden zijn). Daarom dringen vakbondsfunctionarissen niet aan op handhaving van de voorschriften, in ruil waarvoor zij worden bedacht met gunsten, kortingen en andere faciliteiten (door hen als vriendendiensten beschouwd). De voorschriften verschaffen de vakbonden een onderhandelingspositie; het recht speelt dus wel een rol, zij het een andere dan wij geneigd zijn te denken.¹¹⁶

43. Met deze relativeringen ten aanzien van de verwachtingen die overheid en juristen mogen hebben omtrent het recht, zijn er nochtans, zoals hiervoor geïnventariseerd, wel enkele oorzaken waarom complexiteit vandaag de dag minder goed te beteugelen is. Deze zijn met name gelegen bij de toename van supranationaal recht. De vraag rijst dan hoe wij met deze situatie dienen om te gaan.¹¹⁷ Verschillende strategieën zijn denkbaar, waaronder (i) de preventieve strategie die bestaat in de bijstelling van verwachtingen (nr. 44-45), (ii) de traditionele benadering van het systematiseren en vereenvoudigen van het recht (nr. 46), en (iii) nieuwe alternatieven, zoals ICT-oplossingen of andere wijzigingen (nr. 47-49).

44. (i) Wij kunnen, zoals aangegeven, minder hoge verwachtingen aan het recht stellen. Niet alle regels worden of kunnen zelfs maar worden opgevolgd. Bovendien geldt algemeen – los van supranationale ontwikkelingen – dat er nooit een perfect coherent systeem is geweest. Dat is grotendeels een regulatief ideaal geweest dat niet daadwerkelijk ooit ergens heeft bestaan.¹¹⁸

45. Daarnaast zou de overmaat aan complexiteit in het recht reden kunnen zijn voor grotere terughoudendheid ten aanzien van verdere supranationale ontwikkelingen. Dit is evenwel vooral een theoretisch pleidooi: het lijkt er niet op dat de supranationale organen zich iets aan een dergelijk pleidooi gelegen zullen laten liggen. Complexiteit lijkt men daarvoor te zeer te beschouwen als een probleem van de praktijk, of van nationaal georiënteerde juristen die beter zouden moeten luisteren naar de supranationale wensen. Daarmee wordt voorbijgegaan aan de werkelijkheid van rechtsvorming en naleving in een samenleving met een nationaal rechtstelsel.

¹¹⁶ Sally F. Moore, 'Law and social change: the semi-autonomous field as an appropriate subject of study', *Law and Society Review* 1973, p. 719-746.

¹¹⁷ Vgl. Ferreri 2010, par. 6.

¹¹⁸ Vgl. bijvoorbeeld H. Patrick Glenn 2010 over 'multivalence', en de literatuur over legal pluralism, in het bijzonder Ralph Michaels, 'Global Legal Pluralism', *Annual Review of Law & Social Science* 2009 (5), p. 1-35, W. Twining, 'Normative and Legal Pluralism: A Global Perspective', *Duke Journal of Comparative & International Law* 2010 (20), p. 473-518.

46. (ii) Voorts is er de traditionele methode van het systematiseren en vereenvoudigen van het recht die wij voor het nationale recht al eerder bespraken (nr. 12). In de kern komt dit neer op doctrinaire analyse, gevolgd door codificatie. Ten aanzien van het supranationale recht zijn de mogelijkheden hiertoe op dit moment niet zeer groot. Enerzijds komt dit doordat doctrinair werk bemoeilijkt wordt door onophoudelijke rechtsontwikkelingen waardoor auteurs dit nauwelijks kunnen bijbenen. Supranationale doctrine is schaars en veelal betrekkelijk oppervlakkig vanuit doctrinair oogpunt, waardoor de praktijk er weinig aan heeft. Anderzijds geldt in Nederland dat universitaire rechtswetenschappers tegenwoordig sterk worden ontmoedigd om zich bezig te houden met systematiseren. Men beschouwt dit veelal als ‘vakpublicaties’ die ontmoedigd moeten worden. Tal van rechtswetenschappers, ook in het privaatrecht, hebben zich mede om deze reden afgewend van het schrijven van doctrinaire werken.¹¹⁹ Daardoor is er minder menskracht beschikbaar voor ontwikkeling van de doctrine. Stimuleringsmaatregelen zouden dit kunnen tegengaan.

Codificatie is hierdoor ook geen reële optie. De wetgever kan immers moeilijk hoogstaande kwaliteit leveren als er geen voorwerk is in doctrine, of weinig discussie is over wetsvoorstellen. Daarnaast draait de molen van supranationale regelgeving zo snel dat deze nauwelijks meer bij te houden is, en dus geen tijd laat tot weloverwogen systematische implementatie.

Verwant hieraan is de in supranationale kringen veelvuldig voorgestelde optie van verbetering van de coördinatie tussen verschillende wetgevende of rechtsvormende organen.¹²⁰ Ofschoon coördinatie evident steun verdient, moet men daar niet al te hoge verwachtingen van koesteren, nu wetgeving ook voor een belangrijk deel politiek is, mede beïnvloed door specifieke tijds- en plaatsgebonden overwegingen, onder druk van tijd, waardoor een perfect afgestemd regelkader niet haalbaar is in de praktijk. Daarbij komt in een supranationale rechtsorde dat de uiteenlopende nationale rechtsstelsels zodanig verschillen dat volledige coherentie niet mogelijk is. Hetzelfde geldt voor pleidooien voor betere opleiding en *education permanente*. De ontwikkelingen gaan zo snel en zijn zo groot in aantal dat opleiding alleen geen soelaas biedt.

47. (iii) Ten slotte is het interessant om te bezien of er nieuwe alternatieven zijn. Voor de hand liggend is om te kijken naar ICT-oplossingen. Daarbij denkt men natuurlijk als eerste aan gebruik van zoekmachines. Dit zou kunnen helpen, maar dan zou eerst een degelijke analyse moeten worden gemaakt van wat werkelijk nodig is. Op dit moment staart men zich blind op de door Google gebruikte werkwijze van zoeken en presentatie van resultaten. Voor juridisch onderzoek is dit echter niet zo geschikt. Een nadruk bij zoekmachines ligt nu op full-text zoeken, maar dat is niet wat we nodig hebben.

119 Wij noemen geen voorbeelden; het volstaat om bij de verschillende juridische faculteiten eens na te lopen welke medewerkers daar welk soort publicaties schrijven.

120 Vgl. Ferreri 2010, par. 6, alsmede in Europa de discussie die leidde tot de uiteindelijke oprichting van een European Law Institute.

1. Nodig zou zijn een betere ordening van zoekresultaten, op basis van daadwerkelijke kwaliteit/autoriteit/relevantie. Google werkt hierbij grotendeels automatisch op basis van aantallen links e.d. Dit is slechts een benadering van werkelijke inhoudelijke kwaliteit, autoriteit of relevantie. Kluwer Navigator of Legal Intelligence scoren niet veel beter: zij geven rijp en groen door elkaar en geven er geen blijk van enige notie van autoriteit of relevantie te laten meewegen.
2. Daarnaast zou het een grote hulp zijn als er bij het zoeken ook automatisch zou worden gezocht naar relevante 'synoniemen' of herkomstbepalingen (dat wil zeggen de bepaling in EU-regelgeving waar de Nederlandse regel op gebaseerd is): dan zou dus automatisch de relevante rechtspraak van het HvJ EU bij een Nederlandse wetsbepaling komen te staan. Op dit moment is men hiervoor afhankelijk van doctrinair handwerk (zoals de Groene Serie).
3. Hieraan verbonden: het zou zinvol zijn als er een zoekmachine is die bij een wetsbepaling of geschematiseerde casus automatisch alle verwante of mogelijk relevante regelgeving geeft.¹²¹ Dit zou bijvoorbeeld kunnen door een 'cloud' van wetsbepalingen (vgl. de 'clouds' van steekwoorden (cloud tags)¹²²).
4. Een ander hulpmiddel zou zijn om bij zoeken en in presentatie van teksten (wet, rechtspraak, en doctrine) oude artikelnummers automatisch naar nieuwe nummers te laten omzetten.¹²³

Er zijn dus met enig denkwerk wel ICT-hulpmiddelen te verzinnen die het werk van een jurist aanzienlijk zouden vergemakkelijken. Dergelijke middelen zijn echter thans niet beschikbaar. Dit komt vermoedelijk doordat ICT-ers niet weten wat juristen echt nodig hebben, terwijl ervaren juristen niet altijd in staat zijn om goed aan te geven welke zinvolle en haalbare ICT-tools wenselijk zouden zijn.

48. Een mogelijkheid zou daarnaast kunnen zijn te zoeken naar andere manieren van ordening van regels. Het geijkte systeem van codificeren van regels is ontstaan in een tijd waarin het analyseren van informatie handmatig moest gebeuren. De ICT-ontwikkelingen bieden nieuwe mogelijkheden. Een voorbeeld is dat bij een hoofdregel vanzelf alle uitzonderingsmogelijkheden of mogelijkheden voor samenloop worden gepresenteerd, dat men bij de hoofdregel de subregels kan 'uitvouwen' (zodat zij pas zichtbaar worden als je dat wil, en zij anders de hoofdlijn niet in de weg staan), dat naast de regels zelf korte stukken commentaar zichtbaar worden (zoals bij source code van software).

49. Tot slot zou wellicht een mogelijkheid zijn dat de juridische methode zelf moet wijzigen. Deze is thans geënt op nationaal recht en niet goed toegesneden om

¹²¹ Vgl. Ramberg 2012, p. 92, die suggereert dat een computer bij een casus de relevante bepalingen zou kunnen zoeken. Dit is overigens aanmerkelijk lastiger dan men denkt: het 'relevant' veronderstelt begrip, inzicht in wat de casus inhoudt en relevant is, wat een zeker niveau van (al dan niet kunstmatige) intelligentie vereist dat niet eenvoudig te realiseren is.

¹²² Voor wie dit niet kent: zie http://nl.wikipedia.org/wiki/Tag_cloud en bijvoorbeeld www.wordle.net.

¹²³ In computertermen: *dynamic linking* in plaats van *static linking*.

vanzelf supranationale ontwikkelingen mee te nemen. Vooralsnog zijn hier geen concrete werkbare alternatieven voor voorgesteld.

5 Rechtsdwaling revisited

50. Het leerstuk van rechtsdwaling verschilt naar gelang men dit vanuit strafrechtelijk of privaatrechtelijk perspectief benadert. In het strafrecht heerst het beginsel *nulla poena sine previa lege*, het legaliteitsbeginsel, waardoor vanzelfsprekend transparantie van het strafrecht wordt verwacht, maar daartegenover staat dat men zich niet aan de werking van voldoende duidelijk kenbaar gemaakte strafrechtelijke normen kan onttrekken.¹²⁴ Het privaatrecht daarentegen kent niet een zó strikt legaliteitsbeginsel. Dat betekent dat privaatrechtelijke normen niet altijd duidelijk en tevoren kenbaar zijn. Dat wordt onvermijdelijk geacht omdat privaatrechtelijke normen veelal ongeschreven zijn, en niet op voorhand kunnen worden gecodificeerd. Het wordt tevens aanvaardbaar geacht omdat enerzijds de gevolgen anders zijn (geen straf, maar hooguit herstel door schadevergoeding), en anderzijds de burger zijn gedrag veelal niet op rechtsnormen afstemt, maar op sociale normen, morele overtuigingen of economische calculaties. Die afweging resulteert dan in gedrag waarvan de rechter achteraf oordeelt of het door de beugel kan. In die situaties is er geen voorafgegeven norm waaraan het gedrag van de rechtzoekende wordt getoetst; veeleer is het omgekeerde het geval en wordt de norm geformuleerd naar aanleiding van het gedrag dat wordt getoetst ('*ius in causa positum*'). Het gedrag gaat aan de norm vooraf; de burger weet hoe hij zich in de gegeven context heeft te gedragen, doordat hij kennis heeft van die context, van de gebruikelijke handelwijzen, en zijn gedrag daarop afstemt.

51. Het leerstuk van de rechtsdwaling, zo merkten wij in het begin op (par. 1), is het sluitstuk van een drietrapsraket: de complexiteit van het recht, het vertrouwen en de zekerheid omtrent het toepasselijke recht, en – eventueel – een beroep op rechtsdwaling. Gegeven de toegenomen complexiteit van het recht, zoals hiervoor in par. 2 geanalyseerd, en gegeven het vertrouwen dat rechtzoekenden op het recht moeten kunnen stellen, kunnen zich problemen voordoen met betrekking tot hun kennis van toepasselijke normen, of met de kenbaarheid van die normen. Dergelijke problemen dienen zich lang niet altijd aan via het leerstuk van de rechtsdwaling, maar komen veelal op andere wijzen aan de orde en worden langs andere weg opgelost. Wij noemen enkele voorbeelden.

- De ambtshalve toepassing door de rechter van recht (op grond van '*ius curia novit*'), in het bijzonder van EU-recht, hetgeen helpt bij onbekendheid van de consument met dat EU-recht.¹²⁵ De rechter kan dan de desbetreffende partij op

124 Zoals de in art. 68 lid 1 aanhef en sub c Reglement verkeersregels en verkeerstekens 1990 neergelegde regel: 'Bij driekleurige verkeerslichten betekent (...) rood licht: stop.'

125 HvJ EG 27 juni 2000, C-240/98-C-244/98, NJ 2000/730 (Océano); HvJ EG 26 oktober 2006, C-168/05, NJ 2007/201 (Mostaza Claro) en HvJ EG 4 oktober 2007, C-429/05, NJ 2008/37 (Rampion), zie Asser/Hartkamp 3-1* 2010/175 en 187-188.

- de mogelijkheid van een bepaalde regel wijzen.¹²⁶ Het voorleggen aan partijen zorgt ervoor dat verrassingsbeslissingen worden vermeden.
- De adviesplicht of informatieplicht¹²⁷ van een deskundige partij. Dit komt er in feite op neer dat een partij die uit hoofde van zijn rol of hoedanigheid geacht mag worden zekere juridische informatie te hebben, deze aan de andere partij moet meedelen. Dit komt in verschillende varianten voor. Men kan een analogie trekken met het bewijsrecht, waar is verdedigd dat de partij die over zekere bewijsmiddelen beschikt, verplicht is deze aan te dragen en om die reden de bewijslast voor de feiten waarop die middelen betrekking hebben, zou moeten dragen.¹²⁸ Bij analogie zou men kunnen spreken van een ‘rechtsaandraagplicht’. Tegenwoordig spreken we veelal over een informatieplicht die is gegrond op een zorgplicht. Voorbeelden zijn de zorgplicht van professionele kredietverstrekkers ten aanzien van particuliere borgtocht,¹²⁹ de mededelingsplicht van een bank over voor haar ongunstige jurisprudentie.¹³⁰ Dit kan uitwerken in het honoreren van een beroep op dwaling, maar ook op andere wijze, zoals door het aannemen van rechtsverwerking of de aanvaarding dat een beroep op een bepaalde regel onaanvaardbaar is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid.¹³¹ Dit kan sommige gevallen van rechtsdwaling verklaren.¹³² In het bijzonder geldt dat men in de verhouding tot de deskundige opdrachtnemer moet kunnen vertrouwen op diens uitlatingen (dus óók omtrent de stand van het recht, voor zover dit in diens expertise ligt), zodat er bij de ondeskundige opdrachtgever geen ruimte is voor eigen schuld.¹³³
 - De beroepsaansprakelijkheid van de advocaat en andere (juridisch) deskundige opdrachtnemers: het risico van onbekendheid met het recht bij de burger komt financieel gezien bij advocaat te liggen, hetgeen evenwel onverlet laat dat feitelijke gevolgen wel bij de burger blijven (nr. 24). Wel is het zo dat het laatste restje onduidelijkheid of onbekendheid niet voor risico van advocaat wordt gelaten.¹³⁴ Het gaat met andere woorden niet om een risicoaansprakelijkheid voor de advo-

126 HvJ EU 30 mei 2013, C-488/11 (Asbeek Brusse), HvJ EG 4 juni 2009, C-243/08 (Pannon), en HR 13 september 2013, NJ 2014/274. Zie naar Nederlands recht voor een dergelijke figuur het bekende arrest HR 26 september 2003, NJ 2004/460 (Regiopolitie/Hovax) en HR 14 maart 2008, NJ 2008/466 (Lammers/mr. Aerts q.q.)

127 Vgl. uitvoerig K.J.O. Jansen, *Informatieplichten*, diss. Leiden 2012.

128 Zie de discussies behandeld in W.A.J.P. van den Reek, *Mededelingsplichten in het burgerlijk procesrecht*, diss. Tilburg 1997 en I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid*, diss. Tilburg 2001, en vergelijk de exhibitieplicht van art. 843a Rv.

129 HR 1 juni 1990, NJ 1991/759 (Van Lanschot/Bink) en HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:679. Interessant is in dit verband dat J.W.H. Blomkwist, *Borgtocht*, Mon. BW B78, Deventer: Kluwer 2012, nr. 23, betoogt dat de particuliere borg eenvoudigweg moet weten wat de juridische gevolgen zijn van borgtocht: hij betoogt derhalve dat deze borg geen beroep op dwaling kan doen omdat hij het recht hoort te kennen. De Hoge Raad honoreert derhalve in feite een beroep op rechtsdwaling, doch doet dit over de band van schending van een informatieplicht.

130 HR 29 september 1995, NJ 1998/81 (ABN AMRO/Hendriks).

131 Vgl. Verheij 2012.

132 Zie bijvoorbeeld het hierna te bespreken arrest HR 20 april 2001, NJ 2002/384.

133 HR 6 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA1725, NJ 2014/176 (zorgplicht advies).

134 Zie de onder nr. 24 genoemde arresten HR 27 april 2007, NJ 2008/121, HR 7 maart 2003, NJ 2003/302.

caat. Vanuit het aansprakelijkheidsrecht bezien is dit juist. Maar waarom mag dit dan wel bij burger liggen? Strikt juridisch bezien is dit zo omdat de oorzaak (complexiteit of onduidelijkheid) niet aan de advocaat toerekenbaar is, waardoor deze vanzelf voor risico van de burger komt. Dit kan alleen anders zijn als de burger dit risico op een ander kan afwentelen, maar dat is niet in alle gevallen mogelijk omdat er bijvoorbeeld nog minder grond is om dit risico bij de wederpartij neer te leggen. De rechtvaardiging van dit stelsel is dan simpelweg dat er geen maatschappij denkbaar is waarbij dit risico in het geheel ontbreekt: we hebben hiermee te leven. Niet alle risico's zijn geheel weg te nemen.

- Verjaring/goede trouw/vertrouwensbeginsel. Juridische fouten kunnen later gecorrigeerd worden, met name wanneer daardoor de juridische situatie afwijkt van de sociale perceptie. Bijvoorbeeld bij een onjuiste wijze van overdracht van goederen, of de vestiging van goederenrechtelijke beperkingen (erfdienstbaarheden, onoverdraagbaarheidsbedingen), of bij gedrag dat van regels afwijkt (vgl. gedrag in afwijking van de huwelijkse voorwaarden). Dit kan veel gebreken helen. In dergelijke gevallen heeft de feitelijke rechtsdwaling uiteindelijk geen juridisch nadeel tot gevolg.
- Bij onrechtmatige daden is er in het algemeen geen reden om het risico van rechtsdwaling verschoonbaar te achten, in het bijzonder niet bij onduidelijkheid. Wie ervoor kiest de grens op te zoeken, loopt daarmee een risico; het is maatschappelijk wenselijk dat partijen proberen riskante gedragingen te vermijden en niet de grens van het toelaatbare opzoeken.¹³⁵ Ook wijzigingen in een eerdere stand van zaken zijn in het algemeen niet verschoonbaar, aangezien deze veelal een voorafschaduwning vinden in maatschappelijke opvattingen, en dus besloten liggen in ongeschreven recht. Bij uitzondering kan dit anders zijn, met name indien de toenmalige maatschappelijke opvattingen niet stroken met latere opvattingen.¹³⁶ Een voorbeeld is HR 24 april 1992, NJ 1993/643 (Van Wijngaarden/Staat) inzake de mogelijkheid van kostenverhaal door de overheid voor de kosten van het opruimen van milieuvervuiling: de Hoge Raad legt daar de grens voor wanneer men moest weten dat de overheid zich het belang van milieu zou gaan aantrekken op 1 januari 1975 (ten behoeve van hanteerbaarheid).
- Dan is er het risico van verkeerde rechtstoepassing door rechters. Dit wordt veelal, maar niet altijd, gecorrigeerd via het systeem van rechtsmiddelen. De kenbaarheid van de norm blijft in dat geval problematisch. Dat is evenzeer het geval indien de Staat aansprakelijk wordt gesteld voor rechtspraak door de rechter. De jurisprudentie van de Hoge Raad is hier zeer terughoudend, maar staat onder druk van de Köbler-jurisprudentie van het HvJ EU.¹³⁷ Rechtstoepassing door de rechter die een schending van het EU-recht oplevert, resulteert in aan-

135 Dit betekent dat wij in zoverre afstand nemen van een rechtseconomische benadering waarin het nodig is dat partijen deze grens wel exact kunnen bepalen omdat zij anders voorzichtiger handelen dan nodig is, wat in de rechtseconomie als inefficiënt – en daarom onwenselijk – wordt beschouwd.

136 Hierover W.H. van Boom en J.M. Barendrecht, 'Gedrag van toen, normen van nu?', in: *BW-krant jaarboek 16* (2000), Deventer: Gouda Quint 2000, p. 45-59.

137 HvJ EU 30 september 2003, zaak C-224/01, ECR I-10239 (Köbler v. Oostenrijk).

sprakelijkheid van de Staat. Onlangs heeft het EHRM die rechtspraak versterkt door te oordelen dat de beslissing om in afwijking van hetgeen door (een van de) partijen is bepleit geen prejudiciële vragen aan het HvJ EU te stellen gemotiveerd dient te zijn, op straffe van schending van artikel 6 EVRM.¹³⁸ De traditionele terughoudendheid van de Hoge Raad waar het onrechtmatige rechtspraak betreft, komt hierdoor in toenemende mate onder druk te staan. Voor zover hier van belang betekent dit dat het risico van verkeerde rechtstoepassing verschuift van de burger naar de gemeenschap (de Staat).

- Ten slotte is er het risico van overheidsaansprakelijkheid. Volgens vaste rechtspraak draagt de overheid het risico van een achteraf door de bestuursrechter vernietigd besluit, hetgeen meebrengt dat de daaraan ten grondslag liggende onjuiste wetsuitleg in beginsel voor haar risico komt. Het wordt in het algemeen redelijker geacht dat de overheid de gevolgen van onduidelijke wetgeving draagt dan de toevallige burger die daarvan de dupe wordt. De overheid draagt het risico van haar eigen rechtsdwaling, zou men kunnen zeggen. Dat lijkt het complementaire tegendeel van de burger op wie het risico van zijn rechtsdwaling rust. Netzomin als er reden is het eerstgenoemde risico van de overheid op de burger af te wentelen, is er reden om het laatstgenoemde risico van de burger over te hevelen naar de overheid. Het beginsel dat eenieder wordt geacht de wet te kennen, staat daar aan in de weg.

Terugkerend naar het beroep op rechtsdwaling; voor het honoreren daarvan lijkt weinig reden te bestaan waar het gaat om het geen aanspraak maken op een niet gezien voordeel. Als iemand ervoor kiest om zich niet nader te verdiepen in het objectieve recht en daardoor een voordeel misloopt, is dat zijn eigen keuze. Er is geen plicht tot rechtsoptimalisatie; als iemand de moeite en kosten niet wil nemen om zijn positie te verhelderen, hoeft hij daarvan ook niet te profiteren. Ook is de honorering van een beroep op rechtsdwaling bezwaarlijk ingeval er rechten van derden in het geding zijn: deze behoren geen nadeel te ondervinden van de laksheid van een andere partij. Zoals hierboven aangegeven is een zeker restrisico onontkoombaar.

52. Dit alles neemt niet weg dat het leerstuk rechtsdwaling het sluitstuk vormt van de bovenstaande gedachtegang. Biedt rechtsdwaling een uitkomst aan degene die is verdwaald in de jungle van het recht, zoals Bouckaert prikkelend vraagt?¹³⁹ De spanning tussen de handhaving van publieke orde en de billijkheid komt in iedere samenleving voor, zo betoogt de schrijver: 'De juridische traditie blijkt enerzijds bezorgd te zijn omtrent de handhaving van de juridische orde en goochelt daarom met een onwettelijk vermoeden van algemene wetskennis; anderzijds blijft zij niet ongevoelig voor de roep der billijkheid in de vele gevallen waar dit vermoeden kennelijk

138 EHRM 8 april 2014, nr. 17120/09 (Dhahbi v. Italië).

139 B. Bouckaert, 'Verdwaald in de jungle van de wet. Biedt rechtsdwaling uitkomst?', TPR 1993, p. 1347-1403.

onjuist is, en laat zij beroep op rechtsdwaling toe.¹⁴⁰ Ondanks de complexiteit van het recht is de kans op verdwalen in de jungle van het recht misschien niet heel groot. Er zijn vele kenbronnen voor het relevante recht, wegwijzers, informatieplichten, die de rechtzoekende op zijn pad kan tegenkomen en die de juiste richting wijzen. Ook kan de rechtzoekende deskundigen op zijn weg vinden die hem hierin bijstaan: zijn advocaat, inhoudsdeskundigen, de rechter zelf, waar het het toepasselijke recht betreft. Zij hebben allemaal een rol te spelen, de rechtzoekende is niet alleen in de jungle. Ten slotte geldt voor vele rechtzoekenden dat het een jungle is waarin zij bekend zijn, soms al meer ervaring hebben dan hun advocaten, en in zoverre het probleem niet dient te worden overtrokken.

53. Dit gezegd zijnde, blijft (ver)dwalen natuurlijk mogelijk. In dat geval brengt het uitgangspunt dat eenieder wordt geacht de wet te kennen, mee dat niet snel wordt aangenomen dat die dwaling verschoonbaar is, of dat verschoonbare dwaling niet voor diens risico komt. Dat volgt ook uit de analyse van De Jong,¹⁴¹ die zich heeft gebaseerd op de goede trouw bij rechtsverkrijging (artikel 3:11 BW), dwaling en de overeenkomst (artikel 6:228 BW), bij de toerekening van de onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW), alsook dwaling en de aanvang van de korte verjaringstermijn van artikel 3:310 lid 1 BW. Uit die analyse kan, kort samengevat, het volgende worden afgeleid:

- (i) ‘Wie twijfelt, dwaalt niet; wie behoorde te twijfelen, dwaalt niet verschoonbaar’, schreef Drion.¹⁴² Bij de verkoop van een woning zonder toestemming als bedoeld in artikel 1:88 BW verwierp de Hoge Raad een beroep van de koper op de goede trouw van artikel 1:89 BW. Gezien de beschermende strekking van artikel 1:88 BW (en gezien lid 2 van die bepaling, dat een voorziening behelst voor het geval de vereiste toestemming niet wordt verkregen), ontbreekt de goede trouw van artikel 1:89 BW in ieder geval indien de onjuiste uitleg niet door vaste rechtspraak en eenstemmige literatuur wordt aanvaard (HR 15 december 1978, NJ 1979/427).
- (ii) Onbekendheid met de juridische betekenis van op zichzelf bekende feiten, komt in het algemeen voor risico van de dwalende. Dat volgt uit het uitgangspunt dat een beroep op rechtsdwaling in het algemeen niet kan worden aanvaard, zoals dat wordt gerechtvaardigd door een behoorlijk verloop van het rechtsverkeer, de rechtszekerheid, en de billijkheid. Dat brengt mee dat feitelijke bekendheid met de schade en de aansprakelijke persoon voldoende is voor de aanvang van de korte verjaringstermijn van artikel 3:310 BW, ook zonder bekendheid met de juridische betekenis daarvan (HR 26 november 2004, NJ 2006/1115).
- (iii) In weerwil van dit uitgangspunt wordt in bijzondere gevallen soms anders geoordeeld. In een geval waarin A en B zich tot een advocaat hadden gewend, en deze voor A met succes had geprocedeerd, maar voor B geen procedure was begonnen, sprak B de advocaat aan tot ontbinding van de overeenkomst en

140 Bouckaert, a.w., p. 1372.

141 WPNR 2011, 6874.

142 Drion, preadvies B.C.N. 1972, p. 65.

schadevergoeding. Het hof oordeelde dat de vordering was verjaard, omdat B vanaf het moment waarop hij de afloop van de procedure van A vernam, bekend was met de schade en de aansprakelijke partij. De Hoge Raad casseerde wegens een motiveringsgebrek; uit het één kan het ander niet zonder meer worden afgeleid, zeker nu B 'iedere kennis van het recht ontbeerde' (HR 20 april 2001, NJ 2002/384). Hier speelt waarschijnlijk mee dat B door zijn advocaat op het verkeerde been was gezet.

- (iv) Dwaling van een werknemer omtrent de geoorloofdheid van een collectieve actie waartoe een vakbond heeft opgeroepen, mag in het algemeen niet leiden tot disciplinaire maatregelen van de werkgever jegens die werknemer (HR 22 april 1988, NJ 1988/952). Hier speelt waarschijnlijk de aard van de rechtsverhouding een rol;¹⁴³ omdat de geoorloofdheid van een actie voor een werknemer niet goed te voorzien is, zou dat risico een sterk remmend effect kunnen hebben op de actiebereidheid.

De hiervoor besproken arresten betreffen gevallen waarin het recht aanvankelijk onduidelijk was, maar later verduidelijkt werd (probleem II met betrekking tot de kenbaarheid, namelijk de onduidelijkheid van het recht). Dergelijke gevallen zijn in het algemeen voor rekening van de dwalende, behoudens bijzondere omstandigheden (zie hiervoor onder (iii) en (iv)). De Jong bepleit meer ruimte voor uitzonderingen. Zij noemt het geval van een (achteraf gebleken) onterechte vervolging wegens valsheid in geschrifte van twee accountmanagers bij een bank. De Hoge Raad sauveert het oordeel van het hof dat de verjaringstermijn voor de schadevordering jegens de Staat de dag na de aanhouding begint te lopen, omdat de betrokkenen van meet af aan hebben kunnen beoordelen of de verdenking terecht was (HR 9 april 2010, NJ 2010/215). Noopt ook hier de aard van de rechtsverhouding niet tot een andere afweging?

54. Van de hierboven besproken gevallen zijn te onderscheiden de gevallen waarin het recht op zichzelf duidelijk lijkt, maar niettemin later anders blijkt te zijn (probleem III met betrekking tot de kenbaarheid van het recht, namelijk zijn veranderlijkheid, vergelijk het voorbeeld van de naaktdanseres die pas na haar veroordeling wegens 'immoral performance' vernam dat de rechter in hoogste instantie had geoordeeld dat naaktdansen niet een 'immoral performance' is). Een ander voorbeeld is de door De Jong besproken casus over verjaring ten aanzien van een Van de Hurk-claim (HR 24 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9600, NJ 2003/268). Nadat beroep van Van Hout tegen een beslissing van de Staat door het CBB op 28 maart 1989 is verworpen, heeft het EHRM bij uitspraak van 19 april 1994 beslist dat dit college niet is te beschouwen als 'an independent tribunal' in de zin van artikel 6 EVRM (NJ 1995/462). Van Hout stelt op 2 september 1996 de Staat aansprakelijk, en deze beroept zich onder meer op verjaring. De Hoge Raad oordeelt dat de verjaringstermijn is gaan lopen daags na

¹⁴³ Bij arbeidsrecht lijkt de werkgever ook verplicht om meer moeite te doen de werknemer tegen onbekendheid met het recht te beschermen, vgl. 'Je bekijkt het maar' (HR 12 september 1986, NJ 1987/267 (Westhoff/Spronsen)).

de beslissing van het CBB, en dus op 29 maart 1994 is voltooid. De omstandigheden dat de Staat zich op het standpunt stelde dat het CBB wel een ‘independent tribunal’ is en dat het EHRM pas op 19 april 1994 anders oordeelde, brengen volgens de Hoge Raad niet mee dat Van Hout niet eerder zijn vordering geldend had kunnen maken. Van Hout had zich al na de beslissing van het CBB tot de burgerlijke rechter kunnen wenden, of de verjaring kunnen stuiten in afwachting van de uitspraak van het EHRM. Voor zover al zou moeten worden aangenomen dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de Staat zich beroept op voltooiing van de verjaringstermijn voor de uitspraak van het EHRM, oordeelt de Hoge Raad dat dit Van Hout niet kan baten omdat hij pas meer dan een jaar na die uitspraak de Staat aansprakelijk heeft gesteld.

De annotator Koopmans is kritisch. Van Hout heeft zich keurig gehouden aan een wet die achteraf ongeldig blijkt te zijn. Mag men van hem verwachten dat hij, nadat hij bij het CBB in het ongelijk was gesteld, de rechtsontwikkelingen blijft volgen? Komen die ontwikkelingen voor zijn risico? Het is waar dat deze uitspraak past bij het uitgangspunt dat rechterlijke uitspraken, ook die van het EHRM, een declaratoir karakter hebben. Koopmans noemt dit uitgangspunt evenwel ‘hopeloos abstract’:

‘De wet is altijd al geweest zoals hij krachtens deze (nieuwe) jurisprudentie zou moeten zijn, en daarom worden de veeboeren geacht deze oplossing te kennen, dat wil zeggen altijd al gekend te hebben (...) Het lijkt mij echter dat het recht zich dan wel erg ver verwijderd van de voorstellingswereld van de justitiabelen. De veehouders hebben zich in goed vertrouwen gewend tot het CBB, en dat vertrouwen was gewekt door de Staat. Daarom mogen zij er mijns inziens niet de dupe van worden. Door de grenzen gesteld aan de civiele cassatie meende de HR, denk ik, daar niets over te kunnen zeggen. Het zou niet onaardig zijn geweest als het toch was gebeurd.’

55. De kritiek van De Jong en Koopmans laat zien dat het beginsel dat eenieder wordt geacht de wet te kennen, zijn grenzen kent. De complexiteit van het recht staat op zichzelf niet aan dat beginsel in de weg, zo zagen wij hiervoor, maar de rechtzoekende moet wel in goed vertrouwen op het recht kunnen afgaan. Anders gezegd, hij moet daaraan voldoende zekerheid kunnen ontleen om zijn gedrag erop te kunnen afstemmen. Indien dat niet mogelijk is, is niet alleen de rechtsdwaling verschoonbaar, maar is het evenmin gerechtvaardigd die voor zijn risico te laten komen. Wat betekenen deze uitgangspunten voor de hier besproken gevallen?

De door De Jong bekritiseerde uitspraak HR 9 april 2010, NJ 2010/215 betreft een geval waarin het vertrouwen van de betrokkenen weliswaar is gebaseerd op vaststaande feiten die zij kennen, maar de juridische betekenis daarvan is van zoveel andere factoren afhankelijk, dat de rechtzoekende aan die feiten op zichzelf nauwelijks zekerheid omtrent zijn schuld of onschuld kan ontleen. Daarbij komt dat die andere factoren, zoals het verloop van de strafzaak, voor een belangrijk deel afhankelijk zijn van het handelen van de Staat, de wederpartij in de civiele procedure. Dat lijken ons voldoende goede redenen om de verjaring pas te laten beginnen ná de uitspraak in de strafzaak, die pas echt het vertrouwen van de betrokkenen rechtvaardigt dat zij strafrechtelijk onschuldig zijn.

Voor de door Koopmans bekritiseerde uitspraak geldt dit a fortiori. Dat de rechtsdwaling van Van Hout te verontschuldigen is, zal niemand betwisten. De vraag is of

het gerechtvaardigd is die dwaling voor zijn risico te laten komen. Wij zijn geneigd die vraag ontkennend te beantwoorden. Wanneer het recht op zichzelf duidelijk is en de rechtzoekende, bijgestaan door rechtsgeleerde raadslieden in goed vertrouwen daarop afgaat, en bovendien een in hoogste instantie gewezen uitspraak tegen zich heeft te laten gelden, dient dat vertrouwen te worden beschermd. Ook volgens deskundigen bood het recht voldoende vertrouwen om daarop af te mogen gaan. Annotator Koopmans wijst er, niet zonder humor, op dat weliswaar Hirsch Ballin in zijn annotatie onder het Benthem-arrest op dit risico had gewezen, maar dat van veeboeren misschien wel verwacht mag worden dat zij het recht kennen, maar niet dat zij de publicaties van Hirsch Ballin kennen.¹⁴⁴ Wat daar verder ook van zij, wanneer het risico van wat de facto als een rechtsontwikkeling mag worden beschouwd bij de rechtzoekende wordt gelegd, schendt dat het gerechtvaardigd vertrouwen dat die rechtzoekende in het recht moet kunnen stellen. De onverkorte handhaving van het uitgangspunt dat de rechterlijke uitspraak een declaratoir is, weegt daar ons inziens niet tegen op. In gevallen als deze, die voldoende duidelijk te identificeren zijn, zou het dan ook aanbeveling verdienen om de verjaringstermijn eerst na de duidelijkheid verschaffende uitspraak een aanvang te laten nemen.

56. Voor alle duidelijkheid: het gaat om slechts twee welomschreven gevallen, beide betrekking hebbende op het verlengen van de verjaringstermijn.

Ten eerste het geval van een aanspraak jegens een bij een procedure betrokken partij (wederpartij, Openbaar Ministerie, maar ook een getuige ten gunste van de partij zelf als deze de aansprakelijkheid mogelijk heeft veroorzaakt¹⁴⁵): in een dergelijk geval is het voor alle betrokkenen duidelijk dat er een discussie en onderzoek plaatsvindt dat kan leiden tot mogelijke aansprakelijkheid. De stuitende werking van een rechtsvordering (artikel 3:316 BW) zou men kunnen uitbreiden ten aanzien van de andere betrokkenen, om allerlei nodeloze en conflictverhogende stuitingshandelingen te vermijden. De ratio van verjaring doet zich in een dergelijk geval ook niet voor, aangezien de betrokkenen juist vanwege de lopende procedure al alert zijn op het belang van het bewaren van bewijsmateriaal omtrent het geschil. Betrokkenen lijden dus geen nadeel van een 'oprekken' van de verjaringstermijn in dergelijke gevallen.

Ten tweede gaat het om het geval dat een geschil dat naar nationaal recht tot in hoogste instantie is uitgeprocedeerd, toch wegens een uitspraak van het EHRM wordt 'opengebrouwen'. Het is in het belang van eenieder dat burgers niet worden aangemoedigd het EHRM als vierde instantie te gaan gebruiken, en het kan niet verwacht worden van burgers dat zij nauwgezet alle EHRM-rechtspraak bijhouden in de hoop dat toevallig ooit in een vergelijkbaar geschil een gunstige uitspraak wordt gedaan. In een dergelijk geval dient een burger een wat langere periode te worden gegend om desgewenst een aanspraak geldend te maken.

¹⁴⁴ AB 1986, I.

¹⁴⁵ Vergelijk de casus in HR 9 oktober 2009, NJ 2012/193 en HR 9 juli 2010, NJ 2012/194.

57. Ieder beginsel moet worden uitgelegd in het licht van de daaraan ten grondslag liggende waarden en eventuele andere in het geding zijnde belangen. Dat geldt ook voor het beginsel dat eenieder wordt geacht de wet te kennen. Daarom zijn met deze begrenzing niet alleen het vertrouwen op het recht en de billijkheid gediend, maar uiteindelijk ook de legitimiteit van dat beginsel.

6 Slotbeschouwing

58. In dit preadvies hebben wij geprobeerd het beginsel dat eenieder geacht wordt de wet te kennen, in perspectief te plaatsen. Het gebruikelijke perspectief is dat van de toenemende complexiteit van het recht. Die tendens is onmiskenbaar aanwezig, zo is andermaal gebleken, met name door de doorwerking van supranationaal recht in het nationale recht. Niettemin is de relevantie van dit perspectief beperkt; het besproken rechtsbeginsel legt immers juist het risico van deze ontwikkeling bij de rechtzoekende. Hooguit kan men zich afvragen of dat in alle omstandigheden gerechtvaardigd is, met andere woorden, of de spanning tussen beginsel en werkelijkheid niet te groot wordt. In twee situaties hebben wij geconcludeerd dat dit inderdaad het geval is; beide hebben betrekking op de verlenging van de verjaringstermijn. Voor het overige leidt ons onderzoek tot de slotsom dat dit stokoude rechtsbeginsel onverminderd actueel is.

Die misschien niet onverwachte conclusie is het resultaat van een aanvullend perspectief dat wij in de beschouwingen hebben betrokken. Dat is het perspectief van het vertrouwen dat de verschillende soorten gebruikers in het recht moeten kunnen stellen, dat wil zeggen, de verwachtingen die zij te dien aanzien van het recht mogen koesteren. Dit gebruiksperspectief relateert dat van de toenemende complexiteit van het recht in niet geringe mate. Weliswaar is die complexiteit toegenomen, maar tegelijkertijd gebiedt de werkelijkheid te erkennen dat er voor de meeste gebruikers van het recht doorgaans ruim voldoende mogelijkheden zijn om de inhoud van het recht te kennen, dan wel te kunnen vaststellen. Daarbij speelt een rol dat de kenbronnen van het recht steeds minder samenvallen met de rechtsbronnen zelf; de mogelijkheden om langs indirecte weg op de hoogte te raken van het geldende recht, zijn talloos en nemen alleen maar toe (het internet). Paradoxaal genoeg doen zich hier juist voor de deskundigen nog de meeste problemen voor omdat zij, als het ware in de frontlinie van de rechtsontwikkeling, weinig steun aan die kenbronnen kunnen ontleen. Voor de rechtzoekende, waarvan het gemiddelde opleidingsniveau is gestegen, zijn er legio mogelijkheden bijgekomen.

Concluderend zouden wij misschien kunnen zeggen dat ieder rechtssysteem berust op twee gedachten. In de eerste plaats de noodzakelijke veronderstelling dat iedereen geacht wordt de wet te kennen. Zonder die grondgedachte zou het immers onmogelijk zijn om rechtzoekenden verantwoordelijk te houden voor gedrag dat in strijd is met het recht, of om hen in dit opzicht gelijk te behandelen. Zonder het hier besproken beginsel zou onbekendheid met het recht een al te gemakkelijk verweer zijn, dat iedere keer dat het wordt gevoerd op zijn juistheid zou moeten worden onderzocht. Maar tegelijkertijd berust ieder rechtssysteem tevens op de gedachte dat dit beginsel zijn grenzen kent en dat er omstandigheden zijn waarin een beroep

op rechtsdwaling dient te slagen. Beslissend daarvoor is niet wat de burgers van het recht mogen verwachten, maar omgekeerd, wat het recht van zijn burgers mag verwachten. Het recht moet voor de burgers uiteindelijk wél kenbaar zijn, zodat zij er hun gedrag op kunnen afstemmen. Dat uitgangspunt is van alle tijden, ook al variëren de mogelijkheden daartoe naar tijd en plaats.