

Roel Schutgens

Prof. mr. R.J.B. Schutgens is hoogleraar Algemene rechtswetenschap aan de Radboud Universiteit in Nijmegen.

Lindenbaum/Cohen als staatsrechtelijk nulpunt

Dit artikel is een bewerking van een toespraak op het verjaardagssymposium dat op 31 januari 2019 bij de Hoge Raad werd georganiseerd ter gelegenheid van het eeuwfeest van het arrest Lindenbaum/Cohen.

Dames en heren, voor dit verjaardagssymposium was aan mij de vraag, om het jubilerende civiele arrest met een feestelijke staatsrechtelijke blik te bekijken en in te schatten of de Hoge Raad de komende jaren nog eens een arrest met een vergelijkbare impact kan wijzen.

Het eerste deel van die vraag was voor mij echt een feestje. Ik ben namelijk al jaren van mening dat Lindenbaum/Cohen eigenlijk helemaal niet tot het privaatrecht behoort. Lindenbaum/Cohen is staatsrecht. Het tweede deel van die vraag, althans mijn antwoord daarop, is hopelijk geen al te grote domper op de feestvreugde. Kan de Hoge Raad de komende jaren nog een arrest wijzen met een vergelijkbare constitutionele impact? Mijn antwoord is eenduidig: neen. Met Lindenbaum/Cohen bereikte de Hoge Raad – althans rechtsdogmatisch bezien – reeds het volstrekke nulpunt. Een Brit zou zeggen: *in 1919, this Court hit absolute rock bottom*. En zoals bekend: beland je eenmaal op *absolute rock bottom*, dan kun je niet meer dieper. Hierover gaat het eerste gedeelte van dit verhaal.

De Hoge Raad kan volgens mij de komende jaren niet nog een arrest wijzen met een vergelijkbare constitutionele impact.

Ik spreek wel van een rotsbodem, maar er is uitdrukkelijk geen sprake van een dieptepunt. In tegendeel zelfs. Lindenbaum is vooral een stabiele basis gebleken. Daarop heeft de rechter de afgelopen eeuw een indrukwekkend bouwwerk van uiteenlopende bijzondere zorgplichten opgetrokken, waaraan hij kan blijven werken. Wel schiep Lindenbaum voor de rechter volgens mij twee bijzondere staatsrechtelijke verantwoordelijkheden. Die vormen het tweede, wat serieuze, gedeelte van mijn verhaal. Ter feestelijke afsluiting van deze verjaardagsrede licht ik, ten derde, toe waarom Lindenbaum/Cohen een cadeautje was van de Hoge Raad.

I. Absolute Rock Bottom

In het allereerste hoorcollege Inleiding recht dat ik jaarlijks mag geven, nodig ik onze eerstejaars uit voor een gedachtenexperiment: Hoe zou er recht worden gesproken in een fictieve, vredige, maar primitieve

dorpsgemeenschap op een plaats en in een tijd waar een modern rechtssysteem ontbreekt? Hoe lossen zulke dorpsbewoners hun conflicten op?

Waarschijnlijk zetten zij simpelweg de oudste, en dus de wijste, vrouw van het dorp onder een dikke eik op het dorpsplein. Daar neemt zij kennis van de conflicten die ook in een vredig dorpje nu eenmaal soms ontstaan. Zonder wetboek of meestertitel, maar met haar levenservaring zal zij een heel eind komen. Gelukkig zijn dan ook deze dorpsbewoners – nooit hoorden zij spreken van 'helaas, een maas in de wet', 'lex dura sed lex' of 'de grenzen van de rechtsvormende taak'. De wijze oude dame zal zich door haar geweten laten inspireren en van geval tot geval tot een rechtvaardige uitkomst proberen te komen. Deze geschiloplossing werkt snel en efficiënt. Waarschijnlijk levert zij meestal oplossingen op die het rechtvaardigheidsgevoel aanspreken.

Dat roept de vraag op waarom *wij* überhaupt ons moderne wettensysteem hebben. In ieder geval eerstejaars laten zich gemakkelijk van mijn antwoord overtuigen: een modern wettensysteem dient twee belangrijke staatsrechtelijke doelen. Ten eerste: een modern rechtssysteem – vooral wetten en verdragen – biedt voorspelbaarheid en gelijkheid. Ten tweede biedt de wet via haar totstandkomingsprocedure in ieder geval enige waarborg dat de gedragsnormen die zij bevat meer zijn dan de persoonlijke moraal van degene die toevallig onder een dikke eik recht zit te spreken. Een modern wettensysteem biedt dus (1) rechtszekerheid en (2) een (poging tot) democratische legitimatie van zijn gedragsnormen.

Wetgeving kan beide waarden echter uitsluitend dienen, als zij concreet gestelde gedragsnormen bevat, die voldoende substantie hebben.

Nu komen wij op het fascinerende arrest Lindenbaum/Cohen, dat 100 jaar geleden werd gewezen. Gedurende grofweg de eeuw voor Lindenbaum was er in heel Europa – de Britten hoorden daar overigens ook toen al niet bij – nijver gewerkt aan de grote codificaties. Deze bevorderden de rechtssystematiek, de rechtszekerheid, de rechtsgelijkheid en versterkten de invloed van de wetgever op de inhoud van het recht.

Op 31 januari 1919, als het codificatiewerk eigenlijk nog helemaal niet zo lang voltooid is, worden de doelen van het codificatiestreven in één klap vergaand gerelativeerd via een revolutionair, aanvullend onrechtmatigheidscriterium. De Hoge Raad postuleert: het doen en laten van burgers mag niet indruisen tegen de zorgvuldigheid die in onze maatschappij ten aanzien van andermans persoon of goed betaamt. Stel dat je duizenden jaren geleden een onder een dikke eik gezeten wijze oude vrouw had gevraagd hoe zij zonder wetboek of meestertitel conflicten oplost, dan had je waarschijnlijk ongeveer de volgende samenvatting van Lindenbaum ten antwoord gekregen:

"Ik kijk gewoon of mensen zich een beetje netjes tegenover elkaar gedragen."

De vraag dringt zich op of het mogelijk is, de tienduizenden regels die ons recht kent, nóg verder tot hun kern terug te brengen dan in het zorgvuldigheidspostulaat uit Lindenbaum is gebeurd. Basaler, fundamenteeler wordt het in ons vak geloof ik niet – al geef ik toe: ook de 'redelijkheid en billijkheid' en de publiekrechtelijke 'evenredigheid' gooien qua inhoudelijke nikserigheid hoge ogen. Bovendien geldt ook hier: hoe algemener het rechtsbeginsel, des te groter de open deur. Welbeschouwd heeft Lindenbaum/Cohen een normerende kracht van nul. Het stuurt geen gedrag, en het helpt ook niet om rechterlijke uitspraken te voorspellen. Daarmee bevat het Lindenbaum-criterium – let wel: ik heb het over dat criterium zélf, niet over de concrete toepassingen daarvan – in wezen geen materieel privaatrecht.

De inhoudelijke leegheid van het Lindenbaum-criterium is des te fascinerender als je je realiseert welke ingrijpende bevoegdheden er aan de constatering van onzorgvuldigheid verbonden zijn. De rechter kan de overtreder verplichten reeds aangedaan onrecht door schadevergoeding te herstellen. Bovendien kan hij gebieden om onzorgvuldig handelen voortaan achterwege te laten en soms zelfs, om een positieve handeling te verrichten. Het lijkt erop dat de burgerlijke rechter zichzelf in Lindenbaum de bevoegdheid verleende, om in de meest uiteenlopende situaties dwingend te bepalen hoe zijn medeburgers zich volgens die rechter – althans volgens diens opvatting van het vage begrip 'zorgvuldigheid' – hebben te gedragen. Daarom is het arrest in wezen van staatsrechtelijke aard. Lindenbaum bevrijdde het probleemoplossend vermogen van de rechter uit de knellende kaders van wetboek en rechtsdogmatiek. De Hoge Raad keerde

terug naar een staatsrechtelijk nulpunt en schiep voor zichzelf uit het niets de open bevoegdheid om op uiteenlopende terreinen van het maatschappelijk leven afdwingbare gedragsnormen te formuleren.

Dan komen wij bij de kernvraag; gaat de Hoge Raad de komende jaren een vergelijkbare komeetinslag veroorzaken? Nou, staatsrechtelijk gezien lijkt Lindenbaum moeilijk te overtreffen. Maar te betwijfelen ook of dat wel nodig is. De rechter is, door Lindenbaum, al wetgever-plaatsvervanger. Hij is reeds bevoegd om de lege huls van de zorgvuldigheidsnorm steeds zo in te vullen als daar op dat moment – volgens hem – in de maatschappij behoefte aan is.

Dat neemt natuurlijk niet weg dat nog talloze arresten mogelijk zijn met een enorme privaatrechtelijke of maatschappelijke impact – maar die grote impact wordt dan, denk ik, veroorzaakt door de wijze waarop de zorgvuldigheidsnorm in concreto op een groot maatschappelijk probleem wordt toegesneden – en daarmee zal die impact van zulke toekomstige arresten bij wijze van spreken altijd een nagalm zijn van de dreun van Lindenbaum zelf.

II. Bijzondere verantwoordelijkheden

Voor impactvolle rechtspraak komt het dus aan op de invulling van de zorgvuldigheidsnorm in concrete gevallen. Ook daarover valt staatsrechtelijk het nodige te zeggen, en dat is het tweede gedeelte van deze verjaardagstoespraak. Ik wil betogen dat er bij dat concrete invullen twee bijzondere verantwoordelijkheden op de rechter rusten.

Door de introductie van de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm kwamen billijke maatwerkoplossingen in zicht. Op deze basis heeft de civiele rechter de afgelopen eeuw een fijnmazig net van honderden bijzondere zorgplichten over het maatschappelijk leven gelegd; een netwerk dat de gerechtvaardigde belangen van burgers op de meest uiteenlopende terreinen beschermt. Ware deze rechtsontwikkeling aan de wetgever overgelaten, dan had ons recht voortdurend achter de maatschappelijke feiten aangehobbeld – en dat, naar het voorkomt, vaak ten detrimente van de ‘zwakkere partij’: de nietsvermoedende consument, particulier, patiënt of passant die het slachtoffer wordt van activiteiten die worden ontplooid zonder dat er met zijn gerechtvaardigde belangen voldoende omzichtig wordt omgesprongen.

Lindenbaum maakte flexibele rechtsontwikkeling mogelijk. Tegelijkertijd kan het Lindenbaum-criterium de twee genoemde rechtsstatelijke waarden onder spanning zetten. De zorgvuldigheidsnorm als zodanig biedt (1) nauwelijks rechtszekerheid en rechtsgelijkheid; en (2) de gedragsnormen die de rechter op die basis formuleert, komen tot stand buiten de geijkte democratische procedures om. Met de bevoegdheidsverschuiving die Lindenbaum bewerkstelligde, verschoof er dus ook een verantwoordelijkheid om die beide waarden in het oog te houden, van de wetgever naar de rechter. Over beide verantwoordelijkheden enkele opmerkingen.

1. Verantwoordelijkheid voor rechtszekerheid en rechtsgelijkheid

De concrete gedragsnormen die de rechter op basis van Lindenbaum formuleert, zijn niet ‘opgeschreven’. Partijen konden ze vooraf niet opzoeken en nalezen – althans niet in de wet. Het betreft ‘concrete normstelling achteraf’. Wellicht waren er juristen die op 1 februari 1919 vreesden dat het voortaan met de rechtszekerheid gedaan zou zijn. Gelukkig kunnen wij op het eeuwfeest van het arrest wel concluderen dat die rechtsonzekerheid de afgelopen eeuw behoorlijk lijkt te zijn meegevallen.

Om te beginnen moet de bijdrage van concrete, wettelijke normen aan de rechtszekerheid niet worden overschat. Veel burgers lezen zelden wetteksten. Als zij dat al doen, is maar de vraag of zij die – zonder de nodige juridische achtergrondkennis – adequaat kunnen interpreteren. Geschreven normen lijken aan burgers en ondernemers vooral rechtszekerheid te bieden doordat juridische deskundigen daarover de nodige voorlichting geven. Voor zorgvuldigheidsplichten geformuleerd door de Hoge Raad, geldt natuurlijk hetzelfde. Ook over jurisprudentie kunnen die deskundigen uitleg geven en daarmee rechtszekerheid bieden – althans zolang die jurisprudentie voldoende consistent is.

Consistentie is er. Die hebben wij te danken aan ons systeem van hoger beroep en cassatie, maar daarnaast ook aan het feit dat ons land is gezegend met professionele en consciëntieuze rechters die er alles aan doen om te voorkomen dat zij er maar een slag naar slaan. Naar mijn indruk proberen rechters hun zorgvuldigheidsbeslissingen steeds zo goed mogelijk in te passen in het bestaande netwerk van jurisprudentiële gedragsnormen. Daarmee nemen rechters hun verantwoordelijkheid voor de rechtszekerheid.

Soms is er voor een probleem natuurlijk geen duidelijk 'precedent' beschikbaar. Zelfs dan is de toepassing van de zorgvuldigheidsnorm geen daad van willekeur. Die toepassing beantwoordt aan een eigen rationaliteit; zij berust op een waardenordering die en een afwegingskader dat iedere goede jurist zich op den duur eigen maakt. Ook dat verleent de nodige voorspelbaarheid aan de vraag hoe de zorgvuldigheidstoetsing zal uitvallen.

Dit alles neemt niet weg dat de rechter via de zorgvuldigheidsnorm soms wel degelijk echt het recht verder ontwikkelt, dus: voor een nieuw maatschappelijk probleem een werkelijk nieuwe gedragsnorm formuleert. Zulke rechtsontwikkeling biedt onmiskenbaar minder rechtszekerheid dan een wetswijziging. Van een wetswijziging zijn zowel de inhoud als het inwerkingtredingstijdstip glashelder. Rechterlijke normstelling kan daar niet tegenop. Gelukkig staat daar iets waardevols tegenover. Een incidenteel geval van rechtsonzekerheid is de prijs die wij als samenleving betalen voor een rechtssysteem dat op ieder moment veel meer *up to date* is dan een rechtssysteem dat vernieuwing aan de wetgever overlaat.

Tegelijkertijd vraagt deze vorm van rechtsontwikkeling het nodige van de rechter. Op hem (m/v) rust een bijzondere verantwoordelijkheid om te zorgen dat zijn jurisprudentie evolueert in plaats van zich schoksgewijs te ontwikkelen. Hij moet nieuwe jurisprudentie zoveel mogelijk laten aansluiten bij oude, en hij moet naar mijn indruk niet schromen om met middelen als rechterlijk overgangsrecht, *prospective overruling*, overwegingen ten overvloede, matiging van aansprakelijkheid of niet-toerekening buiten schuld de rechtsonzekerheid te verzachten die de individuele aansprakelijkgestelde betaalt als de prijs van rechterlijke rechtsontwikkeling ten bate van ons allen.

Juist als de rechter juridisch *terra incognita* betreedt, is zijn persoonlijke morele kompas bij uitstek een instrument dat richting kan geven.

2. Verantwoordelijkheid voor de maatschappelijke aanvaardbaarheid van door de rechter geformuleerde gedragsnormen

Soms formuleert de rechter werkelijk nieuwe gedragsnormen. Ook op het punt van de maatschappelijke aanvaardbaarheid van die normen schept dat verantwoordelijkheid. Bij echte rechtsvorming zullen de persoonlijke overtuigingen en de morele intuïtie van de rechter onvermijdelijk meespelen. Juist als de rechter juridisch *terra incognita* betreedt, is zijn persoonlijke morele kompas bij uitstek een instrument dat richting kan geven. Toch rust er dan een verantwoordelijkheid op hem om voeling te houden met de rechtsovertuigingen die leven binnen de bevolking als geheel – een verantwoordelijkheid die de term 'maatschappelijke' zorgvuldigheid natuurlijk ook reflecteert.

Persoonlijk meen ik dat de rechter vooral dan moet oppassen, als hem sterk ideëel gekleurde en op algemene belangen gerichte kwesties worden voorgelegd. Dan dreigt de belangenafweging zich ver te verwijderen van de afweging van tastbare, zichtbare en voor de rechter overzienbare belangen van concrete individuen waarvoor de zorgvuldigheidsnorm in ieder geval oorspronkelijk bedoeld lijkt te zijn.

Zo zijn er vast de nodige Nederlanders te porren voor de uitspraak dat het maatschappelijk onzorgvuldig is om kankerverwekkende sigaretten op de markt te brengen. Of dat de Staat maatschappelijk onzorgvuldig handelt door jarenlange onderinvestering in ons defensieapparaat; dat een gemeente onzorgvuldig handelt door Zwarte Pieten ongehinderd te laten rondlopen; dat het onzorgvuldig is om met carnaval het spel gawstrèkke te organiseren waarbij de deelnemers vanaf een paard de kop van een dode gans moeten

trekken, of dat een burgemeester onzorgvuldig optreedt als hij op 4 mei ook de Duitse oorlogsgraven groet. Die laatste twee zijn overigens echte voorbeelden waarin de burgerlijke rechter een daartoe strekkende vordering heeft afgewezen, en dat lijkt wijs. Ook al zullen de nodige Nederlanders voor dergelijke zorgvuldigheidsoordelen te porren zijn, een substantieel aantal zal het er juist fel mee oneens zijn.

Het mooie van rechterlijke onafhankelijkheid is nu juist, dat de rechter dat kan: onbevreesd de wet toepassen.

Nu moet de rechter in maatschappelijk omstrede kwesties geen moment aarzelen om het recht, voor zover dat duidelijk is, onbevreesd toe te passen. Het mooie van rechterlijke onafhankelijkheid is nu juist, dat de rechter dat kan: onbevreesd de wet toepassen.

Maar het wordt, denk ik, anders als de rechter een prangende, nieuwe, maatschappelijke kwestie krijgt voorgelegd die het publiek ernstig verdeelt, terwijl hij inhoudelijk over weinig meer beschikt dan Lindenbaum/Cohen. Dan is terughoudendheid geboden, en dat geldt naar mijn oordeel nog meer bij kwesties die niet alleen het publiek ideologisch verdelen, maar die door hun brede *scope* ook een moeilijk overzienbare feitelijke impact zullen hebben.

De rechter moet bij zijn invulling van open normen vooral in maatschappelijk omstrede kwesties volgens mij niet te ver voor de troepen uitstormen, omdat hij daarmee zijn gezag in de waagschaal kan stellen. Ik geef grif toe dat een rechter die te gemakkelijk met een schouderophalend '*lex dura sed lex*' voorbij gaat aan gevallen van schreeuwend onrecht, zijn gezag evenzeer verliest. Aan de rechter de verantwoordelijkheid – maar toch ook wel de boeiende taak om voldoende maatschappelijke sensitiviteit te ontwikkelen om behendig tussen Skylla en Charybdis door te laveren.

Juristen kunnen zich gelukkig prijzen met de *leap of faith* die de Hoge Raad in Lindenbaum waagde.

III. Een juridisch hoogtepunt

Laten wij, na deze wellicht wat Calvinistische woorden over plichtsbef en verantwoordelijkheid, deze verjaardagsrede Bourgondisch afsluiten. De 100^e verjaardag van Lindenbaum/Cohen is namelijk echt feest. Wij juristen kunnen ons gelukkig prijzen met de *leap of faith* die de Hoge Raad in Lindenbaum waagde: hij durfde de burgerlijke rechter de bevoegdheid toe te kennen om op basis van het gezond verstand in steeds nieuwe maatschappelijke omstandigheden concrete gedragsnormen te formuleren. Voor ons, juristen, is dat heel goed nieuws. Door de openheid van ons rechtssysteem – in belangrijke mate mede aan Lindenbaum te danken – is het niet uitsluitend de wetgever, zelfs niet uitsluitend de rechter, maar de hele juridische beroepsgroep, die bijdraagt aan de ontwikkeling van ons recht. Mede door Lindenbaum kan de hedendaagse jurist meedenken over de oplossing van een veel grotere hoeveelheid maatschappelijke problemen dan zijn 19^e-eeuwse collega had durven dromen. Zelfs als je, zoals ik, op staatsrechtelijk geïnspireerde gronden meent dat de rechter daarbij met enige terughoudendheid te werk moet gaan, dan geldt nog steeds het volgende. Complexe problemen van uiteenlopende aard kunnen en zullen hun weg naar de rechter vinden – omdat hij sinds Lindenbaum op veel van die problemen een antwoord kan formuleren.

Laten wij een eeuw later dan ook vooral vieren hoezeer de volstreekte inhoudelijke leegheid van Lindenbaum/Cohen ons toch al boeiende vak nog interessanter heeft gemaakt.