

Het harmonisatiewetarrest (HR 14 april 1989, NJ 1989, 469)

De Harmonisatiewet beoogde met ingang van het studiejaar 1988-1989 de rechtspositie van studenten die al aan een tweede studie waren begonnen, te reguleren. Eén van de effecten van de wet was dat de betreffende studenten geen studiefinanciering meer zouden ontvangen en 700 gulden meer collegegeld zouden moeten betalen dan in het studiejaar 1987-1988. Een aantal studenten eiste in kort geding dat de betreffende regeling niet op hen zou worden toegepast, zodat ze wel studiefinanciering zouden krijgen. De President van de Haagse rechtbank wees de vordering toe, na toetsing van de Harmonisatiewet aan het Statuut van het Koninkrijk. De Staat ging tegen deze uitspraak in cassatie en als incidenteel cassatiemiddel werd door de studenten ondermeer aangevoerd dat de President ten onrechte niet de vraag had beantwoord of toepassing van de wet zich verdraagt met het rechtszekerheidsbeginsel. Ten aanzien van dit cassatiemiddel overwoog de Hoge Raad ondermeer het volgende:

‘Dit betoog (dat strikte toepassing van een formele wet zozeer in strijd kan komen met fundamentele rechtsbeginselen, dat zij achterwege moet blijven - JH) miskent het wezenlijke verschil tussen enerzijds: het in bepaalde (groepen van) gevallen buiten toepassing laten van een wetsbepaling op grond dat toepassing van die bepaling in verband met daarin niet verdisconteerde omstandigheden in strijd zou komen met een fundamenteel rechtsbeginsel, en anderzijds: het wegens zulk een strijd buiten toepassing laten van een wetsbepaling op grond van omstandigheden welke bij haar tot stand komen in de afweging zijn betrokken, dus in gevallen waarvoor zij nu juist is geschreven. Het eerste raakt niet aan de verbindende kracht van de betrokken bepaling en staat de rechter ingevolge voormelde jurisprudentie vrij; het tweede ontnemt echter aan die bepaling haar verbindende kracht en is de rechter ingevolge art. 120 Gr.w. verboden....’

Mede op grond hiervan kon het incidentele middel niet tot cassatie leiden. Omdat ook toetsing aan het statuut niet werd aanvaard door de Hoge Raad, trok de Staat uiteindelijk aan het langste eind.

1. Het leerstuk dat in het harmonisatiewetarrest centraal staat is dat van de rechterlijke toetsing. Dit leerstuk wordt gewoonlijk behandeld in het kader van het staatsrecht en dan in verband gebracht met vragen rond machtenscheiding:

- Is het mogelijk en/of wenselijk dat een rechter uitspraak doet over het verbindende karakter van wettelijke bepalingen?

Maar het roept ook vragen met betrekking tot de algemene theorie over normatieve systemen en de logica van rechtsregels en -beginselen, zoals:

- Welke logische relaties bestaan er tussen rechtsregels, rechtsbeginselen en (andere) door het recht nagestreefde doeleinden?
- Hoe verhouden zich strijd van een wettelijke bepaling met een ander onderdeel van het recht en het onverbindend verklaren van deze bepaling?
- Hoe verhouden zich de gelding en het verbindende karakter van een regeling?

Ik zal hier op deze laatste vragen ingaan.

2. Bij rechterlijke toetsing van een regel doet zich de vraag voor of de regel, die in een concreet geval toepasselijk is, desalniettemin buiten toepassing moet worden gelaten, omdat toepassing op enigerlei wijze in strijd zou zijn met het recht. Een rechtsregel bevat voorwaarden die aangeven in welke gevallen de regel toepasselijk is en noemt een rechtsgevolg dat intreedt als de regel wordt toegepast. Normaal gesproken wordt een geldende rechtsregel toegepast op precies die gevallen waarin de regel toepasselijk is, maar er zijn uitzonderingen. Onder omstandigheden kan een regel analoog worden toegepast, dus op

gevallen die niet aan de regelvoorwaarden voldoen. En soms wordt een regel niet toegepast, hoewel aan de voorwaarden is voldaan. In deze laatste gevallen is de regel getoetst en pakte de toetsing negatief uit voor de regel.

Er kunnen verschillende redenen zijn om een toepasselijke regel toch niet toe te passen. Eén daarvan is dat toepassing in strijd zou zijn met de *strekking* van de regel zelf. Een tweede is dat de regel in strijd komt met een andere geldende *regel*. Een derde reden is dat toepassing van de regel in strijd zou zijn met een *rechtsbeginsel*.

3. De vraag of een toepasselijke regel dient te worden toegepast moet worden onderscheiden van de vraag of een regel geldt, of hij deel uitmaakt van het rechtssysteem. Gelding is de bestaanswijze van regels (H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2^e editie, Wenen: Franz Deuticke 1960, blz. 9) en de vraag of een regel dient te worden toegepast doet zich pas voor nadat is vastgesteld dat de regel geldt.

De vraag of een regel geldt, moet worden onderscheiden van de vraag of deze regel te herleiden is tot een wettelijke bepaling. Normaal gesproken maken regels die in de wet staan, deel uit van het rechtssysteem, maar in uitzonderlijke gevallen is dat niet zo. Te denken valt bijvoorbeeld aan de situatie dat een regelgever zijn bevoegdheden te buiten is gegaan. Dan heeft hij wel een wettelijke bepaling gemaakt, maar geen geldende regel.

Het is gebruikelijk om ook nog de vraag te onderscheiden of een regel verbindend is. Het is mogelijk de noties gelding en verbindende kracht te identificeren. Geldende regels zijn in deze visie verbindend en omgekeerd. We zullen evenwel zien dat het zinvol is om deze begrippen te onderscheiden.

4. Als een regel de strekking heeft om een bepaalde groep gevallen te regelen, terwijl een concreet geval wel voldoet aan de regelvoorwaarden, maar niet behoort tot die gevallen, is toepassing in strijd met de strekking van de regel. Schauer (F. Schauer, *Playing by the rules*, Oxford: Clarendon Press 1991, blz. 32) heeft het in dit verband over de zogenaamde 'overinclusiveness' van regels. Hij noemt zelf het voorbeeld van een bordje bij een restaurant dat toegang voor honden verbiedt. Gegeven de strekking van het verbod - handhaving van de rust in het restaurant - is het bordje ten onrechte ook van toepassing op rustige honden die nooit de rust zouden verstoren.

Als toepassing van een regel in strijd zou komen met de strekking van de regel, is dit een reden om de regel niet toe te passen. Deze reden moet worden afgewogen tegen de toepasselijkheid van de regel als reden om de regel (mede in het belang van de rechtszekerheid) toch toe te passen. De uitkomst van deze afweging is bepalend voor de vraag of de regel moet worden toegepast en het rechtsgevolg intreedt (J.C. Hage, *Reasoning with Rules*, Dordrecht: Kluwer 1997, blz. 114). Deze stijl van redeneren met regels, waarin de regel niet per se het laatste woord heeft, maar wel een belangrijke rol speelt, is door Schauer (*a.w.* 97) 'rule-sensitive particularism' genoemd.

5. Als toepassing van twee geldende rechtsregels in een concreet geval tot strijdige rechtsgevolgen zou leiden, moet tenminste één van de regels buiten toepassing worden gelaten. Het onwenselijke alternatief zou namelijk zijn dat het rechtssysteem inconsistent wordt. Het recht kent in verband met botsende regels een aantal geschreven en ongeschreven richtlijnen om te bepalen welke van de regels de overhand heeft, zoals de *lex specialis*.

Meestal zal een conflict van rechtsregels incidenteel zijn in de zin dat beide regels gewoonlijk kunnen worden toegepast zonder dat er een conflict ontstaat. Zo zullen de vrijheid van vereniging en het verbod van discriminatie normaliter niet met elkaar in strijd zijn en zal een incidentele strijd zich slechts voordoen bij discriminerende verenigingen. Maar soms is het conflict structureel. Zo zullen de speciale regels over consumentenkoop, zoals die van art.

7:11 BW, structureel in strijd zijn met de regels over koop, want ze zijn juist bedoeld om voor de consumentenkoop af te wijken van de algemene regels betreffende de koopovereenkomst.

Een conflict tussen twee regels is structureel als het steeds zo is dat als één van beide regels van toepassing is, de andere regel ook van toepassing is. Als we de regels A en B noemen zijn er drie mogelijkheden van structureel conflict:

1. Steeds als A toepasselijk is, is B dat ook, maar niet omgekeerd.
2. Steeds als B toepasselijk is, is A dat ook, maar niet omgekeerd.
3. Steeds als A toepasselijk is, is B dat ook en omgekeerd.

Situatie 3 is steeds problematisch, want één van beide regels kan dan systematisch niet worden toegepast en heeft dan weinig zin. (Het is denkbaar dat het van de omstandigheden afhangt welke regel voorrang heeft, maar die mogelijkheid laat ik eenvoudigheidshalve buiten beschouwing.) Situatie 1 is om dezelfde reden ook problematisch als regel B voorgaat op regel A. Situatie 2 is problematisch als regel A voorgaat op B. In deze drie gevallen telt de systematisch niet-toepasselijke regel effectief niet meer mee. Dit is de situatie die we goed kunnen omschrijven door te zeggen dat de systematisch niet-toepasselijke regel *onverbindend* is.

Onverbindendheid in de zojuist aangegeven zin moet worden onderscheiden van ongeldigheid. Een regel die niet geldt, bestaat in het geheel niet (binnen het rechtssysteem). Een onverbindende regel bestaat wel, maar hij is ineffectief. Deze ineffectiviteit kan tijdelijk zijn. Het kan namelijk gebeuren dat de regel waarmee de onverbindende regel systematisch in strijd is, wordt afgeschaft. Dan verdwijnt het conflict en de onverbindende regel herleeft weer; dat wil zeggen: hij wordt weer verbindend. Als een regel ongeldig is, bijvoorbeeld omdat hij is gemaakt door een instantie die daartoe niet bevoegd was, maakt hij in het geheel geen deel uit van het rechtssysteem en kan dus ook niet herleven. (Als een onbevoegd gemaakte 'regel', bijvoorbeeld een contract dat is gesloten door een onbevoegde vertegenwoordiger, wordt bekrachtigd door een bevoegde instantie, is het niet zo dat die 'regel' herleeft, maar dat de aanvankelijk ongeldige rechtshandeling waarmee deze regel werd gemaakt alsnog geldig wordt, zodat de regel alsnog ontstaat, eventueel met terugwerkende kracht.)

6. Het ingewikkeldst is de situatie als een regel in strijd is met een rechtsbeginsel, al was het maar omdat de notie van een rechtsbeginsel niet zo scherp omlind is.

Als de wetgever een regel maakt, zal hij daar redenen voor hebben. Soms is het eenvoudig en is er maar één doel dat wordt nagestreefd, of één belang dat behartigd dient te worden. Vaak zal het ingewikkelder zijn er moeten er verschillende beginselen, waarden, beleidsdoeleinden en/of belangen tegen elkaar worden afgewogen en is de uiteindelijke regel het resultaat van zo een afweging. Eén van de gedachten achter de theorie van de machtscheiding is dat de wetgever in dit verband een zeker gezag heeft, bijvoorbeeld omdat hij democratisch gelegitimeerd is. De regel wordt gemaakt door de wetgever en het is de keuze van de wetgever om te bepalen welke waarden, beleidsdoeleinden en/of belangen hierbij mee mogen spelen en hoe deze tegen elkaar dienen te worden afgewogen.

Het is, vanuit dit perspectief, niet de bedoeling dat de rechter die de regel moet toepassen de keuzes van de wetgever nog eens over gaat doen. De regel komt in de plaats van de daaraan ten grondslag liggen factoren. De rechter moet de regel, als deze toepasselijk is, toepassen en toetsing aan één van de factoren die normaal gesproken door de wetgever in zijn regelgeving worden betrokken, is niet aan de orde. Kortom, wettelijke bepalingen, of die nu uit wetten in formele zin komen of niet, worden normaal gesproken niet getoetst aan rechtsbeginselen e.d. Om het in de terminologie van Raz (*Practical Reason and Norms*, Londen: Hutchinson 1970, 73 e.v.) te zeggen: het feit dat de wetgever heeft gekozen voor een bepaalde regelformulering is een uitsluitende reden (*exclusionary reason*) voor wat betreft de

andere factoren die normaal gesproken juridisch relevant zijn voor de oplossing van de casus. Schauer (*a.w.* 38 e.v.) spreekt in dit verband van een ‘entrenched decision making’. Zelf heb ik in dit verband geschreven over ‘replacing reasons’ (Hage *a.w.* 111), omdat de reden van de regel komt in plaats van de redenen in de vorm van de aan de regel ten grondslag liggende waarden, beleidsdoeleinden en belangen.

Het is echter denkbaar dat een bepaalde factor die juridisch relevant is, niet door de wetgever in zijn besluitvormingsproces is betrokken. De wetgever heeft er bijvoorbeeld in het geheel niet aan gedacht dat deze factor in casu relevant kon zijn. Dan heeft de wetgever, zo valt tenminste te verdedigen, in het geheel geen besluit genomen over de relevantie van deze factor. De regel is dan ook niet in de plaats gekomen van deze factor en er is dan ook weinig reden om te hechten aan het gezag van de wetgever hieromtrent. Het valt te verdedigen dat een geschreven rechtsregel wel getoetst mag worden aan een dergelijke factor - bijvoorbeeld een rechtsbeginsel - die niet in de besluitvorming van de wetgever is meegenomen.

De toetsing bestaat dan uit het overdoen van de afweging die de wetgever heeft gemaakt, waarbij rekening moet worden gehouden met:

1. de afweging van de wetgever voor zover deze betrekking heeft op factoren die wel zijn meegenomen;
2. het belang van de rechtszekerheid, dat er mee is gediend als een door de wetgever gemaakte toepasselijke regel niet buiten toepassing wordt gelaten en
3. eventueel de bron waaruit de te toetsen rechtsregel voortvloeit; het valt te verdedigen dat een regel uit een formele wet minder gemakkelijk buiten toepassing dient te worden gelaten dan een regel uit een niet-formele wet.

Er zijn bij toetsing in beginsel weer twee mogelijkheden. Mogelijkheid 1 is dat de regel in alle gevallen waarin aan de voorwaarden is voldaan buiten toepassing dient te blijven. Dan is de regel onverbindend. Mogelijkheid 2 is dat de regel slechts incidenteel buiten toepassing dient te blijven. Hij is dan ‘gewoon’ verbindend, maar wordt bij wijze van uitzondering buiten toepassing gelaten.

7. Wat valt, in het licht van het bovenstaande, te zeggen over de uitspraak van de Hoge Raad en met name over de centrale overweging daarin over de toetsing van de formele wet aan rechtsbeginselen? Ten eerste dat de Hoge Raad de opvatting aanvaardt dat verschil moeten worden gemaakt tussen toetsing aan beginselen die al in de wettelijke regeling zijn verdisconteerd en toetsing aan niet verdisconteerde beginselen. Enkel de laatste vorm van toetsing is eventueel mogelijk. Dit sluit goed aan bij Raz’ opvatting over het gezag van de wetgever en het respect dat de rechter moet hebben voor de door de wetgever gemaakte keuzes.

Het tweede dat opmerking verdient is dat de Hoge Raad stelt dat toetsing aan een beginsel dat in de wettelijke bepaling is verdisconteerd, aan de verbindende kracht van deze bepaling raakt. Ook dit standpunt lijkt me goed te verdedigen, want als een wettelijke bepaling in strijd is met een daarin verdisconteerd beginsel, zal deze strijd zich voordoen in de meeste gevallen waarin de wettelijke bepaling van toepassing is. Dan zal de wettelijke bepaling, als hij wegens strijd met het onderliggende rechtsbeginsel buiten toepassing wordt gelaten, onverbindend zijn in de zin dat hij systematisch niet toegepast dient te worden.

Ten derde dient te worden opgemerkt dat de Hoge Raad het feit dat toetsing aan een verdisconteerd rechtsbeginsel leidt tot onverbindendheid van de getoetste bepaling, ziet als *reden* waarom dergelijke toetsing niet is toegestaan. Hierin heeft de Hoge Raad naar mijn mening ongelijk. De reden waarom een regel niet getoetst dient te worden aan een daarin verdisconteerd beginsel is, in de visie van Raz, dat een dergelijke toetsing treedt in de rol van de wetgever. De wetgever moet bepalen welke factoren een rol dienen te spelen bij de

regeling van bepaalde onderwerpen en hoe die factoren dienen te worden afgewogen. Toetsing aan een verdisconteerd rechtsbeginsel impliceert verwerping van het werk van de wetgever. Dat is niet de taak van de rechter en daarom mag hij niet toetsen aan verdisconteerde rechtsbeginselen. Het is niet meer dan een bijkomstigheid dat de niet toegestane vorm van toetsing zou leiden tot systematische niet-toepassing en daarmee tot onverbindendheid.

J.H.