

Ius in causa positum: in de feiten ligt het recht

De oorsprong van de spreuk *ius in causa positum* ligt in een tekst van de Romeinse jurist Alfenus Varus, opgenomen in de *Digesten* (D. 9.2.52.2). Daarin beschrijft hij het geval van de eigenaar van een verongelukte slaaf die Varus om advies vroeg tegen wie hij moest procederen: tegen de voermannen van de kar die over de slaaf was gereden, of tegen de eigenaar van de ezels die de kar trokken. Varus begint zijn antwoord met de zinsnede: *Respondi in causa ius esse positum*. In een bijdrage in *Ars Aequi* be- toogt rechtshistoricus Laurens Winkel dat dit aldus vertaald zou moeten worden: ‘Ik heb geantwoord dat de juridische beoordeling afhankelijk is van de oorzakelijkheid’, dat wil zeggen, van de *oorzaak* van het ongeluk.⁵ Deze lezing wordt volgens Winkel ondersteund door het gegeven dat Varus vervolgens aan de hand van verschillende mogelijke oorzaken van het ongeluk aangeeft welke rechtsregel op het geval van toepassing is.

De huidige lezing van de spreuk is een heel andere: *in de feiten ligt het recht*. We danken deze onder anderen aan Paul Scholten, die de spreuk opvat als de uitdrukking van de complexe verhouding tussen

de rechtsregel, de feiten van het geval en de rechtsbeslissing. In zijn invloedrijke *Algemeen Deel* (1931) keert Scholten zich tegen het legisme, de leer die 'recht' gelijkstelt met 'wet'.⁶ Zijn meest principiële argument tegen het legisme betreft zijn analyse van de totstandkoming van de rechtsregel die de rechter als grondslag van de rechtsbeslissing neemt. Het is, aldus Scholten, in de meeste gevallen mogelijk om de rechtsbeslissing te presenteren als een deductieve redenering, waarbij op basis van de regel (als p dan q) en de feiten van het geval (p) de beslissing (q) logisch noodzakelijk volgt. Dat is echter een reconstructie *achteraf*. Het betekent niet dat de rechter lineair te werk gaat, door eerst regel en geval vast te stellen, en vervolgens, volgens de regels van de logica, de conclusie (beslissing) af te leiden. Dat de rechter zo niet te werk gaat, is goed te zien bij de toepassing van open normen, zoals de onrechtmatige daad. Scholtens voorbeeld: twee auto's botsen en beide automobilisten verwijten de ander een normschending. De ene automobilist verwijt de ander te hard gereden te hebben zodat deze tegen de achterkant van zijn auto is gereden, de ander repliceert dat dit komt doordat zijn voorganger plots op zijn remmen is gaan staan, waarop de eerste antwoordt dat de ander te dicht op zijn auto reed, enzovoort. Dit voorbeeld laat zien dat we de onzorgvuldigheid van het rijgedrag niet vaststellen door subsumptie van de feiten onder de regel, maar door betekenis en gewicht toe te kennen aan de feiten en omstan-

digheden van het geval in het licht van de regeling. We beslissen in deze gevallen, aldus Scholten, niet *naar* de regel, maar constitueren de betekenis van de regel door te verklaren dat *in de gegeven omstandigheden* de handeling onzorgvuldig is. In deze gevallen is er geen andere regel dan het feitencomplex – *ius in causa positum*. In methodologisch opzicht is de verhouding tussen regel, feiten en beslissing volgens Scholten dan ook veel complexer dan op het eerste gezicht lijkt. *Iedere* beslissing is tegelijk toepassing én schepping. Logisch dwingend is de beslissing bij een gegeven rechtsregel pas als de feiten zijn gegeven, en deze feiten geeft de rechter:

De minor: A heeft gekocht, die de rechter gebruikt als hij tot betaling van een koopprijs veroordeelt, stelt hij zelf op. Het is zijn beslissing, dat hier koop is en in die beslissing ligt al het oordeel over de regel van koop.⁷

Mede daarom spreekt Scholten van het recht als een *open systeem*, ‘dat naar zijn aard niet af is en niet af zijn kan, omdat het grondslag is van beslissingen, die aan het systeem zelf iets nieuws toevoegen’. Het is dus een systeem van normen dat om toepassing vraagt, en dat op zijn beurt weer van die toepassing afhangt. Met deze benadering kent Scholten aan de rechter een rechtsvormende rol toe.

Varus zou ongetwijfeld hebben opgekeken van de betekenisverschuiving die zijn zinsnede *ius in causa positum* heeft ondergaan, maar hij zou vermoedelijk minder opkijken van Scholtens dynamische rol-opvatting van de rechter, die sterke verwantschap vertoont met die van de Romeinse *praetor*, door Marcianus de ‘levende stem van het recht’ genoemd (D. 1.1.8).

Gelijke gevallen gelijk, naar de mate van gelijkheid

Het gelijkheidsbeginsel is een belangrijk fundament van de democratische rechtsstaat. Volgens Aristoteles' vroege formulering van het gelijkheidsbeginsel moeten gelijke gevallen gelijk worden behandeld naar de mate van gelijkheid. Dat is een mooi adagium, maar het is een *formeel* adagium: het is 'leeg' als je niet weet onder welk normatief gezichtspunt gevallen gelijk of vergelijkbaar zijn. Die onzekerheid leidt vaak tot discussies die terug te voeren zijn tot twee vragen: welk gezichtspunt hanteren we om twee gevallen te vergelijken en zijn die gevallen op grond van dat gezichtspunt vergelijkbaar?

Onenigheid over het antwoord op deze vragen resulteert regelmatig in boeiende en soms ook wel humoristische discussies. Een aardig voorbeeld van zo'n discussie over vergelijkbaarheid van gevallen vinden we in een uitspraak van de Commissie gelijke behandeling (tegenwoordig College voor de Rechten van de Mens) in een zaak waarbij een man zich gediscrimineerd voelde, omdat hij niet welkom was op de wekelijkse vrouwendag in de plaatselijke sauna. Vrouwen konden door die speciale vrouwendag zeven dagen per week met hun