

‘Mos Maiorum’

“Een onderzoek naar de betekenis van het gewoonterecht in de huidige rechtspraak”

Ramona Xenia Dragic

26 mei 2014, Tilburg

‘Mos Maiorum’

“een onderzoek naar de betekenis van het gewoonterecht in de huidige rechtspraak”

Auteur:	Ramona Xenia Dragić
Studentnummer:	2037926
Afstudeerorganisatie:	Juridische Hogeschool Avans-Fontys
Locatie:	Tilburg
Afstudeermentor:	Tamara Wielders
Opleidingsinstelling:	Juridische Hogeschool Avans-Fontys
Locatie:	Tilburg
Opleiding:	HBO-Rechten
Afstudeerperiode:	februari 2014 t/m juni 2014
Afstudeerdocenten:	Nicolle Sommers Marloes Strooper

Voorwoord

Eindelijk! Op dit moment bent u mijn scriptie aan het lezen waar ik de laatste maanden al mijn energie in heb gestoken. Ik heb niet de kans mogen krijgen mijn afstudeerperiode bij een bedrijf te verrichten, waardoor ik erg op mijzelf aangewezen was en eenzame momenten heb meegemaakt. Ik ben blij dat ik van mevrouw Wielders de kans heb gekregen mijn scriptie te mogen schrijven in een onderwerp waar ik in geïnteresseerd in ben. Hiervoor wil ik mevrouw Wielders bedanken.

Daarnaast wil ik mijn eerste afstudeerdocent, mevrouw Sommers, bedanken. Hoewel ik niet altijd blij was met de vele opmerkingen bij mijn ingestuurde hoofdstukken, is door haar feedback het eindresultaat beter geworden. Haar opmerkingen hebben mij aan het denken gezet en hebben mij geholpen bij het schrijven van mijn scriptie. Ik wil mevrouw Sommers ook bedanken voor de keer dat ze mij met mij gezeten heeft toen ik het even niet meer zag zitten. Zij had mij een flinke oppepper gegeven, waardoor ik de moed weer had om door te gaan.

Ook ben ik mijn tweede afstudeerdocent dankbaar. In het gesprek dat ik met haar heb gehad, was het duidelijker wat van mij in het onderzoek werd verwacht. Mijn dank gaat ook uit naar alle vakcoördinatoren die hun medewerking hebben verleend aan het invullen van de enquête.

Ten slotte wil ik een speciaal dankwoord uiten naar mijn man, Anđelko Višić. Hij heeft mijn scriptie een aantal keren aandachtig gelezen. Zijn opmerkingen hebben mij de goede kant op geholpen. Daarnaast was het prettig dat hij naar mijn frustraties wilde luisteren en mij moed kon inpraten.

Tot slot wens ik u veel leesplezier!

Ramona Xenia Dragić, mei 2014

Inhoudsopgave

Samenvatting		
1 Inleiding		1
1.1	Juridische Hogeschool Avans-Fontys	1
1.2	Het vak ‘burger en recht’	1
1.3	Probleembeschrijving	1
1.4	Centrale vraag	2
1.5	Deelvragen	2
1.6	Belanghebbenden	2
1.7	Doelstelling	3
1.8	Methoden van onderzoek	3
1.9	Leeswijzer	3
2 Het gewoonterecht		4
2.1	Inleiding	4
2.2	Het gewoonterecht ten opzichte van de andere rechtsbronnen	4
2.2.1	Het gewoonterecht ten opzichte van de rechtsbron de wet	4
2.2.2	Het gewoonterecht ten opzichte van de rechtsbron jurisprudentie	5
2.3	Vereisten gewoonterecht	6
2.4	Wie is gebonden aan gewoonterechtelijke normen?	7
2.5	Verhouding burgers en rechters ten opzichte van het gewoonterecht	7
3 De geschiedenis van het gewoonterecht		10
3.1	Inleiding	10
3.2	De ontwikkeling van het gewoonterecht	10
4 Het gewoonterecht in de publiekrechtelijke samenleving		15
4.1	Inleiding	15
4.2	Gewoonterecht in het staatsrecht	15
4.3	Gewoonterecht in het bestuursrecht	16
4.4	Gewoonterecht in het strafrecht	18
4.5	Internationaal publiekrecht	18
5 Het gewoonterecht in de privaatrechtelijke samenleving		20
5.1	Inleiding	20
5.2	Gewoonterecht in het burgerlijk procesrecht	20
5.3	Gewoonterecht in het personen- en familierecht	21
5.4	Gewoonterecht in het rechtspersonenrecht	22
5.5	Gewoonterecht in het vermogensrecht	22
5.5.1	Gewoonterechtelijke normen in bepaalde kringen van personen	22
5.5.2	Gewoonterechtelijke normen in het goederenrecht	23
5.5.3	Gewoonterechtelijke normen in het verbintenissenrecht	24
5.5.4	Gewoonterechtelijke normen in het erfrecht	26
5.6	Gewoonterecht in het Internationaal privaatrecht	27

6 Het gewoonterecht in relatie tot het lesmateriaal op de Juridische Hogeschool

Avans-Fontys	28
6.1 Inleiding.....	28
6.2 Het huidige aanbod met betrekking tot het gewoonterecht in de juridische inhoudelijke vakken.....	28
6.3 De enquête	30
6.4 De resultaten van de enquête	30

7 Conclusies en aanbevelingen.....**33**

7.1 Inleiding.....	33
7.2 Conclusies uit literatuur en jurisprudentie	33
7.3 Conclusies uit de enquête en uit het huidige lesmateriaal	34
7.4 Aanbevelingen	35

8 Evaluatie**36**

Literatuurlijst**37**

Jurisprudentielijst**39**

Bijlagen.....

De bijlagen zijn opgenomen in de bijgeleverde bijlagenbundel.

Samenvatting

De Juridische Hogeschool Avans-Fontys is een stichting in het zuiden van Nederland die de opleiding HBO-Rechten aan biedt. In het eerste leerjaar wordt momenteel het vak burger en recht aangeboden. Een van de onderwerpen die in dit vak wordt besproken is het gewoonterecht. Het gewoonterecht is één van de Nederlandse rechtsbronnen. De aanleiding voor dit onderzoek is de onbekendheid van de vakcoördinator van het vak burger en recht op de Juridische Hogeschool Avans-Fontys, met de status en de voorbeelden van het gewoonterecht in de huidige rechtspraktijk. Nadat de betekenis van het gewoonterecht in het huidige rechtssysteem is verduidelijkt, is het van belang te bezien of dit onderwerp ook in andere juridisch inhoudelijke vakken op de Juridische Hogeschool Avans-Fontys gegeven besproken dient te worden. De vraag die in dit rapport centraal staat, luidt:

“Welke aanbevelingen kunnen er worden gedaan over de plaats van het nationale gewoonterecht binnen de juridisch inhoudelijke vakken op de Juridische Hogeschool Avans-Fontys, na toetsing van de uitkomsten van een enquête, gehouden onder de vakcoördinatoren van de Juridische Hogeschool Avans-Fontys en na een inhoudelijke studie uit literatuur, artikelen en jurisprudentie naar de betekenis van het nationale gewoonterecht”.

Beantwoording van de deelvragen hebben tot beantwoording van de centrale vraag geleid. Gebleken is dat gewoonterechtelijke normen in vrijwel elk rechtsgebied kunnen ontstaan. Tijdens het onderzoek is tevens gebleken dat het gewoonterecht een grotere betekenis had in het verleden. Omdat het gewoonterecht ongeschreven normen bevat, is het lastig te achterhalen wat het gewoonterecht inhoudt. De normen komen vaak pas aan het licht indien een conflict hierover is ontstaan en een beroep op het gewoonterecht bij de rechter wordt gedaan. Gebleken is dat een beroep op het bestaan van een gewoonterechtelijke norm niet snel door de rechter wordt aanvaard.

Uit het curriculum van de hogeschool blijkt dat het gewoonterecht alleen in het vak burger en recht wordt besproken. Middels een enquête onder de vakcoördinatoren van de Juridische Hogeschool Avans-Fontys is onderzocht hoe de vakcoördinatoren tegenover het invoeren van het gewoonterecht in het toekomstige lesmateriaal staan. De vakcoördinatoren geven in meerderheid aan het gewoonterecht in het toekomstige lesmateriaal voor hun lessen niet te willen bespreken.

Vanwege de geringe betekenis van het gewoonterecht in de huidige rechtspraktijk, is aanbevolen het gewoonterecht in het eerste leerjaar te behandelen. Aanbevolen wordt het gewoonterecht summier te blijven bespreken in het vak burger en recht en om geen aandacht te besteden aan het gewoonterecht in andere juridisch inhoudelijke vakken in het toekomstige lesmateriaal op de Juridische Hogeschool Avans-Fontys.

1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt de onderzoeksofzet van dit rapport weergegeven. In paragraaf 1.1 wordt een beschrijving gegeven over de organisatie en de opdrachtgeefster. In paragraaf 1.2 wordt een beschrijving gegeven van het vak burger en recht op de Juridische Hogeschool Avans-Fontys. In paragraaf 1.3 wordt de probleembeschrijving uiteengezet. In paragraaf 1.4 volgt de centrale vraag van dit rapport. In paragraaf 1.5 worden de deelvragen uiteengezet. In paragraaf 1.6 wordt weergegeven wie de belanghebbenden in dit onderzoek zijn. In paragraaf 1.7 wordt de doelstelling van dit rapport weergegeven. In paragraaf 1.8 wordt uiteengezet welke methoden van onderzoek zijn gebruikt, om tot beantwoording van de centrale vraag te komen. Tot slot wordt de leeswijzer voor het verdere rapport weergegeven in paragraaf 1.9

1.1 Juridische Hogeschool Avans-Fontys

Dit onderzoek is ingesteld naar aanleiding van een opdracht van mevrouw Wielders. Mevrouw Wielders is docente op de Juridische Hogeschool Avans-Fontys. De Juridische Hogeschool Avans-Fontys is een stichting in het zuiden van Nederland die in 2002 als eerste in Nederland is gestart met het aanbieden van de opleiding HBO-Rechten. Inmiddels strekt de hogeschool zich uit over twee locaties: de locatie in Tilburg en de locatie in 's-Hertogenbosch. De stichting is ontstaan uit een samenwerkingsverband tussen twee hogescholen, te weten: de Avans Hogeschool en de Fontys Hogescholen. Sinds de oprichting van de Juridische Hogeschool Avans-Fontys, is de school telkens verkozen tot de beste HBO-rechten opleiding van Nederland. De hogeschool streeft ernaar deze plaats te behouden. In het nastreven van het kwaliteitsbehoud wordt op continue basis het lesmateriaal verbeterd. Momenteel telt de stichting ruim 100 medewerkers en ruim 1600 studenten.¹

1.2 Het vak ‘burger en recht’

De opleiding HBO-Rechten aan de Juridische Hogeschool Avans-Fontys beslaat een periode van vier jaar.² In het eerste jaar van de opleiding, ook wel de propedeusefase genoemd, wordt onder andere het vak ‘burger en recht’³ aangeboden. Mevrouw Wielders verzorgt de lessen hiervoor op de locatie in Tilburg. Een van de onderwerpen die in het vak burger en recht wordt besproken, is het gewoonterecht. Binnen het vak burger en recht is het de bedoeling dat de studenten aan het einde van het blok⁴ onder andere weten wat het gewoonterecht inhoudt, dat zij hier voorbeelden van kunnen geven en dat zij kunnen uitleggen wat het verband is tussen de burger en het gewoonterecht aan de hand van een casus.

1.3 Probleembeschrijving

In Nederland bestaat de term ‘positief recht’. Het positief recht is het geheel van de in Nederland geldende rechtsregels.⁵ Deze rechtsregels vindt men terug in rechtsbronnen.⁶ Het Nederlandse recht kent de volgende rechtsbronnen: de wet, de jurisprudentie (de rechtspraak), de gewoonte en verdragen (en sommige besluiten van volkenrechtelijke organisaties).⁷ In Nederland is vrijwel al het nationale recht gecodificeerd in wetten. Het gecodificeerde recht wordt ook wel het geschreven recht genoemd. Naast het geschreven recht is er ook het ongeschreven recht. Welke rechtsbronnen tot het ongeschreven recht

¹ Juridische Hogeschool, jhs.nl/overjhs/historie, meerdere keren geraadpleegd.

² Juridische Hogeschool, jhs.nl/opleiding/voltijd/programma, meerdere keren geraadpleegd.

³ Appel e.a. 2014, p. 100.

⁴ Op de Juridische Hogeschool Avans-Fontys beslaat een blok een periode van 10 weken.

⁵ Verheugt 2013, p. 3; Rinkes e.a. 2009, p. 107; Triebert 1997, p. 14; Soeteman 2010, p. 16; Cliteur 2005, p. 6; Cliteur 2005, p. 16; Taekema, Gaakeer & Loth 2009, p. 57.

⁶ Soeteman 2010, p. 31; Janssen 2013, p. 29.

⁷ Verheugt 2013, p. 5; Algra 1992, p. 8; Soeteman 2010, p. 33; Slager & Meijer 2008, p. 56; Janssen 2013, p. 29; Cliteur 2005, p. 16; Taekema, Gaakeer & Loth 2009, p. 60.

behoren, is niet eenvoudig vast te stellen. Sommige auteurs menen dat het gewoonterecht en de jurisprudentie tot het ongeschreven recht behoren, terwijl andere auteurs alleen het gewoonterecht tot het ongeschreven recht rekenen. Dat het gewoonterecht tot het ongeschreven recht behoort staat vast, de meningen zijn hier niet over verdeeld. Het gaat er met name om of de jurisprudentie, naast het gewoonterecht, ook tot het ongeschreven recht behoort. De onderzoekster heeft zich aangesloten bij de interpretatie dat de jurisprudentie geen deel uitmaakt van het ongeschreven recht. De reden hiervoor is dat alle uitspraken van rechters op schrift worden gesteld.

De aanleiding voor dit onderzoek is de onbekendheid onder de docenten van de Juridische Hogeschool Avans-Fontys met de status en de voorbeelden van het gewoonterecht in de huidige rechtspraktijk. Doordat het nationale gewoonterecht niet is gecodificeerd, is het lastig te bepalen wat het gewoonterecht inhoudt, welke eisen eraan worden gesteld, welke voorbeelden er van het gewoonterecht gegeven kunnen worden en welke rol de geschiedenis van het gewoonterecht speelt in het huidige rechtssysteem.

Het gewoonterecht beperkt zich niet tot een enkele rechtsgebied. Hierdoor is het van belang te bezien of het gewoonterecht ook buiten het vak burger en recht, in andere vakken op de Juridische Hogeschool Avans-Fontys besproken dient te worden.

1.4 Centrale vraag

Naar aanleiding van de probleembeschrijving is de volgende centrale vraag tot stand gekomen:

“Welke aanbevelingen kunnen er worden gedaan over de plaats van het nationale gewoonterecht binnen de juridisch inhoudelijke vakken op de Juridische Hogeschool Avans-Fontys, na toetsing van de uitkomsten van een enquête, gehouden onder de vakcoördinatoren van de Juridische Hogeschool Avans-Fontys en na een inhoudelijke studie uit literatuur, artikelen en jurisprudentie naar de betekenis van het nationale gewoonterecht”.

1.5 Deelvragen

Om tot een toereikend antwoord te komen op de centrale vraag zal allereerst antwoord worden gegeven op de hieronder genoemde deelvragen:

- Deelvraag 1: wat houdt het gewoonterecht in, worden er eisen gesteld voordat een gewoonte als gewoonterecht aangemerkt kan worden en welke rechten en plichten kunnen burgers ontleenen aan het gewoonterecht?
- Deelvraag 2: welke geschiedenis heeft het huidige gewoonterecht gevormd?
- Deelvraag 3: welke betekenis heeft het gewoonterecht in het publiekrecht en kunnen hier voorbeelden van worden gegeven?
- Deelvraag 4: welke betekenis heeft het gewoonterecht in het privaatrecht en kunnen hier voorbeelden van worden gegeven?
- Deelvraag 5: op welke manier wordt er invulling gegeven aan het gewoonterecht binnen de juridisch inhoudelijke vakken binnen het huidige lesmateriaal op de Juridische Hogeschool Avans-Fontys?

1.6 Belanghebbenden

De eerste belanghebbende binnen dit onderzoek is mevrouw Wielders. Mevrouw Wielders geeft immers les over het gewoonterecht en zij heeft dan ook meer informatie over dit onderwerp. Mevrouw Wielders heeft het gevoel dat haar huidige kennis met betrekking tot het gewoonterecht niet toereikend is om de lesstof voor haar studenten te verduidelijken. De tweede belanghebbenden zijn de overige vakdocenten van de Juridische Hogeschool Avans-Fontys. Alvorens andere docenten uitleg over het gewoonterecht aan de studenten kunnen of willen geven, dienen zij allereerst zelf de nodige kennis van het gewoonterecht te bezitten. Door enige kennis van het gewoonterecht aan de docenten te verstrekken, kan het

onderwerp wellicht beter door hen worden uitgelegd aan de studenten. Dit laatste maakt de studenten van de Juridische Hogeschool Avans-Fontys derde belanghebbenden.

1.7 Doelstelling

Op 26 mei 2014 zal de onderzoekster aan mevrouw Wielders – docente op de Juridische Hogeschool Avans-Fontys – een rapport overhandigen. In dit rapport wordt beschreven wat het gewoonterecht inhoudt, welke eisen eraan worden gesteld, of en welke voorbeelden er van het gewoonterecht op verschillende rechtsgebieden gegeven kunnen worden. Daarnaast zal ook de geschiedenis van het gewoonterecht worden weergegeven. Mevrouw Wielders heeft de mogelijkheid eventuele voorbeelden uit dit rapport, in haar toekomstige lesmateriaal voor het vak burger en recht te gebruiken, ter verduidelijking van de lesstof aan haar studenten. Tevens zullen in dit rapport conclusies en aanbevelingen worden gedaan over het gewoonterecht in de juridisch inhoudelijke vakken, voor het toekomstige lesmateriaal op de Juridische Hogeschool Avans-Fontys.

1.8 Methoden van onderzoek

Voor dit onderzoek worden verschillende onderzoeksmethoden aangewend om uiteindelijk tot een toereikend antwoord te komen op de centrale vraag. De methode van onderzoek zal zich voor deelvragen 1 t/m 4 richten op een inhoudsanalyse, omdat gebruik zal worden gemaakt van bestaand materiaal, te weten: jurisprudentie, literatuur, documenten en databanken. De verkregen informatie wordt geanalyseerd en geselecteerd op bruikbaarheid. De geselecteerde informatie voor gebruik wordt vervolgens uiteengerafeld en geordend in nieuwe groepen. Hiervoor is het nodig de geselecteerde gegevens te vergelijken om te bezien of er verschillen of overeenkomsten zijn in de eerder genoemde bronnen. Op deze wijze zal antwoord kunnen worden gegeven op de reeds eerder genoemde deelvragen.

Voor deelvraag 5 wordt een andere methode aangewend, de enquête. Van tevoren wordt bedacht welke vragen in de enquête terug dienen te komen, om een zo volledig mogelijk antwoord op de deelvragen te verwerven. De vragen zijn voornamelijk gesloten. De reden voor de keuze van gesloten vragen is omdat met open vragen het risico bestaat uiteenlopende antwoorden te krijgen, die vervolgens niet meer in groepen zijn onder te brengen en dus ook niet meer zijn te toetsen.

De gebruikte bronnen en methoden binnen dit onderzoek zijn effectief, omdat de deelvragen alsook de centrale vraag op vakkundige wijze beantwoord kunnen worden. Hierdoor zijn de gegevens betrouwbaar.

1.9 Leeswijzer

Deze scriptie bestaat uit 7 hoofdstukken. In dit eerste hoofdstuk is de onderzoeksopzet van de scriptie uiteengezet. In hoofdstuk 2 wordt antwoord gegeven op de eerste deelvraag. In hoofdstuk 3 wordt antwoord gegeven op de tweede deelvraag. In hoofdstuk 4 wordt antwoord gegeven op de derde deelvraag. In hoofdstuk 5 wordt antwoord gegeven op de vierde deelvraag. In hoofdstuk 6 wordt antwoord gegeven op de vijfde deelvraag. In hoofdstuk 7 wordt antwoord gegeven op de centrale vraag en worden er conclusies en aanbevelingen geformuleerd. Tot slot volgt een evaluatie in hoofdstuk 8.

2 Het gewoonterecht

2.1 Inleiding

Dit hoofdstuk gaat in op de eerste deelvraag van dit onderzoek. De eerste deelvraag luidt: *“wat houdt het gewoonterecht in, worden er eisen gesteld voordat een gewoonte als gewoonterecht aangemerkt kan worden en welke rechten en plichten kunnen burgers ontlelen aan het gewoonterecht?”*

In paragraaf 2.1 wordt het gewoonterecht ten opzichte van de andere rechtsbronnen besproken. In paragraaf 2.2 wordt besproken aan welke vereisten een gewoonte dient te voldoen, voordat de gewoonte een gewoonterechtelijke norm van het gewoonterecht kan worden. In paragraaf 2.3 wordt besproken welke personen aan gewoonterechtelijke normen zijn gebonden. Tot slot wordt in paragraaf 2.4 besproken wat de verhoudingen tussen rechters en de burgers ten opzichte van het gewoonterecht zijn.

2.2 Het gewoonterecht ten opzichte van de andere rechtsbronnen

Eerder in dit rapport is vermeld dat het gewoonterecht één van de vier Nederlandse rechtsbronnen is. Het gewoonterecht is een op zichzelf staande rechtsbron. Hierdoor vertoont het gewoonterecht verschillen ten opzichte van de andere rechtsbronnen. In deze paragraaf wordt het gewoonterecht vergeleken met de wet en met de jurisprudentie. Aangezien dit rapport zich alleen richt op het nationale recht, wordt het verdrag in dit rapport niet besproken.

2.2.1 Het gewoonterecht ten opzichte van de rechtsbron de wet

Het gewoonterecht en de wet zijn twee van elkaar onafhankelijke, gelijkwaardige rechtsbronnen¹, waardoor het gewoonterecht niet lager in rangorde staat dan de wet.² Het gewoonterecht wijkt af van de andere rechtsbronnen als het gaat om de onderverdeling in geschreven en ongeschreven recht. De Nederlandse wet is onder andere in het wetboek te raadplegen, hierdoor behoort de wet tot het geschreven recht.³ Het gewoonterecht daarentegen behoort tot het ongeschreven recht, omdat het zich onder de gemeenschap heeft ontwikkeld en in beginsel niet is opgetekend.⁴ Het gevolg van deze onderverdeling is dat bij het geschreven recht, de wet, de rechtsnormen zijn geformuleerd. De formulering van rechtsnormen ontbreekt bij het gewoonterecht.⁵ Het ontbreken van formuleringen bij het gewoonterecht vormt volgens Cliteur voor sommigen een bezwaar, omdat het volgens hen een obstakel vormt bij het onderzoeken van de gewoonterechtelijke norm. Zij menen dat het bij normen uit het gewoonterecht niet mogelijk is om uit te gaan van de feiten, omdat de normen doorgaans ongeschreven zijn en hierdoor niet te toetsen zijn. Bij geschreven normen ligt dit volgens hen anders.⁶ De onderzoekster meent dat het ontbreken van formuleringen bij het gewoonterecht een obstakel vormt bij onderzoek naar de inhoud van het gewoonterecht, omdat het ongeschreven normen bevat, maar dat het geen obstakel vormt bij het onderzoeken van de feiten in het gewoonterecht. Bij het gewoonterecht vindt een gemeenschap dat een gewoonte een recht is, deze gewoonte is bij iedereen van die gemeenschap hetzelfde. Iedereen in de gemeenschap zal dan ook dezelfde feiten aangeven.

De wet wordt door de overheid aan de samenleving opgelegd, dit vormt een ander onderscheid met het gewoonterecht. Het gewoonterecht bevat normen die door de samenleving zelf worden gecreëerd. Normen die dus niet door de overheid aan de

¹ Kamphuisen 1935, p. 79, p. 91 en p. 118; Kramer 1943, p. 28.

² Triebert 1997, p. 16.

³ Taekema, Gaakeer & Loth 2009, p. 66.

⁴ Van den Bergh 1982, p.5; Cliteur 2005, p. 25.

⁵ Kamphuisen 1935, p. 101; Hage & Hage 2010, p. 33.

⁶ Aldus Cliteur 2005, p. 25.

samenleving zijn opgelegd.¹ Hierdoor kan worden gesteld dat de wet een bewuste schepping is en dat het gewoonterecht onbewust en geleidelijk ontstaat.² Ook de inwerkingtreding van een wettelijke norm en van een gewoonterechtelijke norm is anders. Een wettelijke norm treedt in werking op het moment dat de norm door de wetgever is vastgesteld en nadat de norm bekend is gemaakt.³ De inwerkingtreding van een gewoonterechtelijke norm is niet eenvoudig vast te stellen, omdat gewoonterechtelijke normen ongeschreven zijn en dus vaak niet bepaald kan worden wanneer de norm is ontstaan. Bij wettelijke normen staat het vast dat deze bestaan, omdat de normen geschreven zijn. Het bestaan van gewoonterechtelijke normen staat het niet meteen vast dat de normen bestaan, omdat de normen ongeschreven zijn. Hierdoor kan het voorkomen dat er een gerechtelijke procedure wordt gevolgd om het bestaan van een gewoonterechtelijke norm vast te kunnen stellen. Het bestaan van een gewoonterechtelijke norm kan worden aangetoond middels getuigen of bewijzen.⁴ Hierbij kan worden gedacht aan een conflict tussen twee burens, waar middels foto's is getracht de gewoonte aan te tonen. Hiervan volgt een voorbeeld in hoofdstuk 5.

Tevens verschaft de wet rechtszekerheid en duidelijkheid aan de burgers.⁵ Indien een norm in de wet is vastgelegd, kan iedereen daar in beginsel kennis van nemen. De burgers weten bij het raadplegen van de wet wat de overheid van hen verwacht.⁶ Bij het gewoonterecht is het niet mogelijk een norm te raadplegen, omdat de normen ongeschreven zijn. Hierdoor kunnen burgers niet bekend raken met het gewoonterecht.⁷ Dit geeft burgers rechtsonzekerheid.⁸ De rechtszekerheid bij de wet geeft niet alleen duidelijkheid over de overheidswil, maar het geeft burgers ook het vertrouwen dat bestaande normen zullen worden gerespecteerd en zo nodig zullen worden afgedwongen. Bij het gewoonterecht ontbreekt dit vertrouwen.⁹ Een laatste onderscheid tussen de wet en het gewoonterecht is de periode waaruit ze stammen. De geschiedenis laat zien dat het gewoonterecht als rechtsbron ouder is dan de wet.¹⁰ In hoofdstuk 3 wordt de geschiedenis van het gewoonterecht besproken. Gesteld kan worden dat het gewoonterecht als niet-gegeven, niet-geschreven, niet-statelijk of niet-gecodificeerd recht geldt. Voor de wet geldt het tegenovergestelde.¹¹

2.2.2 Het gewoonterecht ten opzichte van de rechtsbron jurisprudentie

De jurisprudentie wordt, net zoals de wet, door de overheid gecreëerd. Zoals eerder vermeld, is dit bij het gewoonterecht niet het geval. De onderverdeling in geschreven en ongeschreven recht speelt bij alle nationale rechtsbronnen een rol, zo ook bij de jurisprudentie. In hoofdstuk 1 is vermeld dat het niet duidelijk is of de jurisprudentie bij het ongeschreven recht of bij het geschreven recht hoort. Er zijn verschillende auteurs die zich over dit dilemma hebben uitgesproken.¹² Bijlage 1 van dit rapport vermeldt van enkele auteurs hun interpretatie over de jurisprudentie en haar onderverdeling in het geschreven dan wel het ongeschreven recht. De onderzoekster heeft zich aangesloten bij de interpretatie dat de jurisprudentie geen deel uitmaakt van het ongeschreven recht, maar bij het geschreven recht hoort. De reden hiervoor is, omdat alle uitspraken van rechters op schrift worden gesteld en door de precedentwerking die op jurisprudentie van toepassing is.

¹ Rinkes e.a. 2009, p. 131; Van den Bergh 1982, p. 45 en p. 53; De Blois 2012, p. 53; Cliteur 2005, p. 25; Algra 1992, p. 10; Taekema, Gaakeer & Loth 2009, p. 61.

² Aldus ook Cliteur 2005, p. 25.

³ Taekema, Gaakeer & Loth 2009, p. 66.

⁴ Cliteur 2005, p. 25.

⁵ Kramer 1943, p. 25.

⁶ Cliteur 2005, p. 19 en p. 20.

⁷ Hage & Hage 2010, p. 33.

⁸ Aldus ook Kamphuisen 1935, p. 44.

⁹ Hage & Hage 2010, p. 33.

¹⁰ Cliteur 2005, p. 24; Taekema, Gaakeer & Loth 2009, p. 115.

¹¹ Aldus ook Van den Bergh 1982, p.1.

¹² Verheugt 2013; Triebert 1997; Hage & Hage 2010; Rinkes e.a. 2009; Slager & Meijer 2006; Janssen 2013; De Blois 2012; Cliteur 2005; Taekema, Gaakeer & Loth 2009.

Precedentwerking houdt in dat rechters zich bij hun uitspraak richten naar eerdere rechterlijke uitspraken in soortgelijke gevallen. Jurisprudentie ontstaat op het moment dat de rechter zich heeft uitgesproken over een rechtsnorm. Een gewoonterechtelijke norm ontstaat op het moment dat aan de vereisten *usus* en *opinio necessitatis* wordt voldaan. De vereisten worden in de volgende paragraaf besproken.¹ Wel is belangrijk op te merken, dat jurisprudentie met betrekking tot een gewoonterechtelijke norm, tot stand kan komen door een beroep te doen op het gewoonterecht bij de rechter.

Een ander onderscheid tussen het gewoonterecht en de jurisprudentie is dat het gewoonterecht normen bevat waar een bepaalde kring van personen zich aan dient te houden. De jurisprudentie bevat deze normen niet, maar komt pas in beeld wanneer de reeds bestaande normen worden geschonden.² Belangrijk te benoemen is de misvatting dat de jurisprudentie de schepper is van het gewoonterecht. Dit is echter niet juist.³ De jurisprudentie schept geen gewoonterecht, maar constateert en formuleert de normen slechts, indien zoals reeds was opgemerkt, er een beroep op het gewoonterecht wordt gedaan.⁴

2.3 Vereisten gewoonterecht

Niet alle handelingen die ontstaan naar aanleiding van een gewoonte, behoren tot het gewoonterecht.⁵ Wil een gewoonte zich ontwikkelen tot een recht, dan dient aan twee vereisten te worden voldaan.⁶ De eerste vereiste is de *usus*. Dit wil zeggen dat er sprake dient te zijn van een regelmatig en langdurig gebruik binnen een bepaalde kring van personen. Daarnaast dient er sprake te zijn van een feitelijke herhaling van hetzelfde gedrag in soortgelijke omstandigheden.⁷ Het gaat bij het gewoonterecht niet alleen om een gebruik om bepaalde handelingen te verrichten. Ook een gebruik om bepaalde handelingen na te laten kan zich tot gewoonterecht ontwikkelen.⁸ Te denken valt aan het niet opnemen van een beding in een contract, omdat dit in een bepaalde branche gebruikelijk is door bijvoorbeeld de trouwensband die in een langlopende periode is ontstaan.

De tweede vereiste is de *opinio necessitatis*. Dit wil zeggen dat de kring van personen de algemene opvatting en overtuiging dient te hebben, dat het gebruik in de betreffende omstandigheden ook op die wijze behoort te gebeuren. De handeling dient dus door de gemeenschap als een rechtsregel te worden opgevat en aanvaard.⁹

Indien een gewoonte aan de bovenstaande twee vereisten voldoet, ontstaat een gewoonterechtelijke norm. De gewoonterechtelijke norm houdt op met recht te zijn, indien de norm niet meer voortdurend door de gemeenschap wordt gevolgd.¹⁰

Om de bovenstaande vereisten te verduidelijken volgt hier een voorbeeld van een gewoonte die zich tot een recht heeft ontwikkeld. Bij het verkopen van een stuk vee op de veemarkt is van oudsher de gewoonte ontstaan dat de koper en de verkoper elkaar op de hand slaan, als een bewijs dat een overeenkomst tot stand is gekomen. Dit gebruik wordt nergens voorgeschreven, maar wordt bij de veehandelaren wel gezien als een vereiste voor het sluiten van de koopovereenkomst. Uit het voorbeeld blijkt dat het handgeklap een gebruik binnen een bepaalde kring van personen is, de veehandelaren. De veehandelaren herhalen

¹ Hage & Hage 2010, p. 50.

² Cliteur 2005, p. 26.

³ Aldus ook Scholten 1974; Kramer 1943, p. 11 en 37.

⁴ Kamphuisen 1935, p. 8.

⁵ Cliteur 2005, p. 24.

⁶ Algra 1992, p. 11; Verheugt 2013, p. 143; Triebert 1997, p. 15; Soeteman 2010, p. 39; de Blois 2012, p. 54; Cliteur 2005, p. 24; Hage & Hage 2010, p. 50; Taekema, Gaakeer & Loth 2009, p. 115; Kramer 1943, p. 4.

⁷ Scholten 1974, p. 106; Kamphuisen 1935, p. 76.

⁸ Soeteman 2010, p. 39.

⁹ Algra 1992, p. 14.

¹⁰ Taekema, Gaakeer & Loth 2009, p. 114.

dit gebruik telkens bij het kopen van een stuk vee. Uit het voorstaande komt de eerste vereiste naar voren, de *usus*. Ook is te lezen dat de veehandelaren dit gebruik zien als een vereiste voor het sluiten van de koopovereenkomst. Dit wil zeggen dat zij het desbetreffende gebruik, het handgeklap, zien als een rechtsregel. De veehandelaren menen dan ook dat er geen koop tot stand komt zonder het handgeklap. Hieruit komt de tweede vereiste naar voren, de *opinio necessitatis*. Mocht achteraf onenigheid over dit gebruik ontstaan, dan kan de rechter zich uitspreken over de vraag of dit gebruik voor de totstandkoming van een koopovereenkomst, als gewoonterechtelijke norm geldt.¹ Meer voorbeelden van gewoonterechtelijke normen volgen in hoofdstuk 4 en in hoofdstuk 5.

Zoals in de inleiding is vermeld, worden niet alle handelingen die voortvloeien uit een gewoonte een recht. Algemene gebruiken, zoals elkaar groeten en het aanbieden van koffie zijn geen gebruiken die zich tot een recht kunnen ontwikkelen. Op juridisch gebied brengen deze gebruiken dan ook geen verplichtingen met zich mee. Algemene gebruiken zijn wel regels die voortvloeien uit een gewoonte. Het gaat dan om gewoontes die voortvloeien uit fatsoen, moraal of religie.² Veel voorkomende praktijken die tegen alle redelijke normen indruisen kunnen ook nooit een recht worden, ook al voldoen de handelingen wel aan de reeds eerder genoemde vereisten. Te denken valt aan het koppensnellen in Borneo³, de bloedwraak in Sicilië⁴ en de smokkel aan de grens.⁵

2.4 Wie is gebonden aan gewoonterechtelijke normen?

Een gewoonterechtelijke norm hoeft niet voor de gehele Nederlandse gemeenschap te gelden. Het is mogelijk dat een gewoonterechtelijke norm zich in een bepaalde plaats, bij de personen van een bepaalde plaats of bij de personen van een specifieke branche heeft ontwikkeld. Personen binnen een bepaalde gemeenschap of binnen een bepaalde plaats zijn gebonden aan de gewoonterechtelijke normen.⁶ Te denken valt aan een plaatselijke gewoonte die in Amsterdam is ontstaan. Wanneer de gewoonte in Amsterdam onder de gemeenschap als norm is gaan gelden, hoeft zij niet te gelden voor de gemeenschap in Nijmegen. Ook valt te denken aan de kaasboeren in Arnhem, waar de gewoonte is ontstaan om op afbetaling kaas te kopen. De gewoonte aldaar hoeft niet tot gevolg te hebben dat de norm in Groningen geldt. In Amsterdam bijvoorbeeld, was het gebruik ontstaan dat de huisbaas de huur van woningen liet ophalen.⁷ Dit gebruik hoeft de gemeenschap in Breda niet als een algemene opvatting en bestendig gebruik te ervaren. Indien een gewoonterechtelijke norm een minister dwingt tot aftreding, dan hoeft uit deze norm niet te volgen dat deze norm ook voor andere organen geldt, bijvoorbeeld voor de Gedeputeerde Staten. Ook een gewoonte die binnen bankwezen is ontstaan, hoeft niet voor verzekeringsmaatschappijen te gelden. Deze voorbeelden laten zien dat het niet eenvoudig is vast te stellen welke kring van personen gebonden is aan een gewoonterechtelijke norm, in tegenstelling tot wettelijke normen, waar de gehele Nederlandse gemeenschap in beginsel aan is gebonden.

2.5 Verhouding burgers en rechters ten opzichte van het gewoonterecht

In 1919 heeft de rechter een vonnis gewezen in een conflict tussen Lindenbaum en Cohen.⁸ De partijen waren concurrenten van elkaar. Lindenbaum had destijds een bediende onder zich. Cohen had deze bediende middels giften en beloften overgehaald om hem inlichtingen te geven over wat er in het bedrijf van Lindenbaum gebeurde. Cohen kreeg van de bediende een overzicht van de klanten van Lindenbaum. Daarnaast kreeg Cohen van de bediende de

¹ Verheugt 2013, p. 143-144; Janssen 2013, p. 36 -37.

² De Blois 2012, p. 54; Taekema, Gaakeer & Loth 2009, p. 115.

³ Het afsnijden en meenemen van iemands hoofd na die persoon te hebben gedood.

⁴ Kamphuisen 1935, p. 84 en p. 89.

⁵ Cliteur 2005, p. 24.

⁶ Kamphuisen 1935, p. 106-107.

⁷ Kamphuisen 1935, p. 108.

⁸ HR 31 januari 1919, W 10365 (*Lindenbaum/Cohen*).

door Lindenbaum opgemaakte offertes. Met deze handeling had Cohen schade veroorzaakt bij Lindenbaum. Lindenbaum eiste schadevergoeding voor zijn geleden schade. Echter, Cohen was van mening dat zijn gedrag niet verboden was. De Hoge Raad oordeelde dat een handeling ook onrechtmatig is als deze indruist tegen de goede zeden of de zorgvuldigheid, die deze in het maatschappelijk verkeer betaamt ten aanzien van een ander persoon of goed. Dit criterium verwees naar het ongeschreven recht. De Hoge Raad oordeelde dat het gedrag van Cohen onrechtmatig was. De uitspraak van de Hoge Raad had tot gevolg dat vanaf dat moment onomstreden was dat een beroep op ongeschreven recht kon worden gedaan. Het arrest van de Hoge Raad is sinds 1992 ‘overbodig’. Vanaf dat jaar is, naar aanleiding van deze uitspraak, in artikel 162 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek beschreven dat een gedraging onrechtmatig kan zijn wegens strijd met het ongeschreven recht. De letterlijke bewoording van de wet: “als onrechtmatige daad worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt (...)”¹ Het laatste criterium wordt omschreven als het zorgvuldigheidsbeginsel, verwezen wordt dus naar het ongeschreven recht.²

Uit het arrest valt af te leiden dat men een beroep kan doen op het gewoonterecht. Indien iemand zich op het gewoonterecht beroept, dient de rechter de geldigheid van de gewoonterechtelijke norm uit het gewoonterecht te beoordelen. De rechter is daarbij aan de inhoud en aan de strekking van de bestaande gewoonte gebonden. De partij die zich op het gewoonterecht beroept dient aannemelijk te maken, dat de betrokken kring van personen feitelijk overeenkomstig die rechtsovertuiging handelt in soortgelijke omstandigheden en dat deze kring van personen de handeling als rechtsregel opvatten.³ Uit het voorstaande blijkt dat de eerder genoemde vereisten aannemelijk dienen te worden gemaakt, alvorens de rechter de handeling als gewoonterechtelijke norm aanvaardt.⁴ De inhoud en de strekking van de gewoonte kunnen door getuigen en andere wettelijke bewijsmiddelen worden aangetoond.⁵ Op het moment dat een gewoonte vaker en langer wordt geaccepteerd als een norm voor de handeling, wordt het bewijs van het bestaan van de gewoonterechtelijke norm verlicht.⁶ Als de rechter tot de conclusie komt dat de gewoonterechtelijke norm van toepassing is, kan hij die in zijn vonnis onder woorden brengen en het vervolgens toepassen in het geschil.⁷ Er zijn gevallen bekend waar de rechter gewoonterechtelijke normen heeft erkend. Erkenning van gewoonterechtelijke normen door de rechter zijn terug te vinden in jurisprudentie.⁸ Een voorbeeld van een gewoonterechtelijke norm dat door de rechter is aanvaard, is het beding in verzekeringsovereenkomsten dat bij wanbetaling van de premie het recht op uitkering vervalt. Indien dit voorbeeld wordt getoetst aan de vereisten, zal blijken dat deze gewoonte in de verzekeringsbranche algemeen voorkomt en dat dit gebruik binnen de branche als recht wordt aanvaard.⁹ Meer voorbeelden gewoonterechtelijke normen die door de rechter zijn aanvaard, worden in hoofdstuk 5 weergegeven.

Eerder was te zien dat het gewoonterecht rechtsonzekerheid aan de burgers oplevert, omdat het ongeschreven normen bevat. Op het moment dat de rechter het bestaan van een gewoonterechtelijke norm vaststelt, ontstaat er meer rechtszekerheid bij de burgers, omdat de rechter vastlegt wat de inhoud van de gewoonterechtelijke norm is. Het is mogelijk dat een lagere rechter het bestaan van een gewoonterechtelijke norm aanvaardt, maar dat een hogere rechter in hoger beroep, het bestaan van de gewoonterechtelijke norm verwerpt.

¹ Artikel 6:162 Burgerlijk Wetboek

² Verheugt 2013, p. ; Rinkes e.a. 2009, p. 133; Hage & Hage 2010, p. 89; Taekema, Gaakeer & Loth 2009, p. 238; Cliteur 2005, p. 140.

³ Rinkes e.a. 2009, p. 134; Kramer 1943, p. 14.

⁴ Kramer 1943, p. 12-13.

⁵ Kramer 1943, p. 12-13.

⁶ Algra 1992, p. 12.

⁷ Verheugt 2013, p. 5-6.

⁸ Kamphuisen 1935, p. 123; Scholten 1974 p. 150.

⁹ Rb. 's-Gravenhage 7 januari 1976, NJ 1977, nr. 14.

Omgekeerd kan het ook zijn dat een lagere rechter het bestaan van een gewoonterechtelijke norm verwerpt, terwijl in een hogere rechter in hoger beroep het bestaan van een gewoonterechtelijke norm wel aanvaardt. De oorzaak hiervan kan zijn dat een verandering in de vereiste usus en of in de vereiste opinio necessitatis heeft plaatsgevonden.¹

Indien een gewoonterechtelijke norm in een bepaalde kring van personen zo algemeen is, dat zij zonder tegenspraak door deze gemeenschap wordt gevolgd en wordt aanvaard, zal een rechterlijke uitspraak niet benodigd zijn om het bestaan van een gewoonterechtelijke norm vast te stellen.²

¹ Kramer 1943, p. 18.

² Anders: Kamphuisen 1935, p. 124; Scholten 1974 p, 153.

3 De geschiedenis van het gewoonterecht

3.1 Inleiding

Dit hoofdstuk gaat in op de tweede deelvraag van dit onderzoek. De tweede deelvraag luidt: “welke geschiedenis heeft het huidige gewoonterecht gevormd?”.

In paragraaf 3.2 wordt de ontwikkeling van het gewoonterecht vanaf de zevende eeuw v.C. tot op heden beschreven. Kennis van de geschiedenis van het gewoonterecht is belangrijk om de betekenis van het gewoonterecht in het huidige Nederlandse rechtssysteem te kunnen begrijpen. Met behulp van de literatuur van de volgende auteurs is het onderstaande stuk tot stand gebracht: Heirbaut,¹ Soeteman,² van den Bergh,³ Rinkes,⁴ Verheugt⁵, Kramer⁶ en Triebert.⁷

3.2 De ontwikkeling van het gewoonterecht

Het gewoonterecht is, voor zover bekend, in de zevende eeuw v.C. bij de Romeinen ontstaan. De Romeinen maakten in deze periode gebruik van de gewoonte van de voorouders, het mos maiorum genoemd. Recht kon gesproken worden door een lekenrechter. Lekenrechters waren rechters die recht spraken volgens ongeschreven normen, omdat de meeste rechters hoogstwaarschijnlijk niet konden lezen of schrijven. Doordat de gemeenschap vaak ook niet kon lezen of schrijven en het gewoonterecht ongeschreven was, sloot het goed aan bij de toenmalige gemeenschap. Dit maakte het gewoonterecht in deze periode de belangrijkste rechtsbron. Tot het jaar 0 groeide Rome uit tot een wereldrijk. Voor het gewoonterecht hield deze groei in dat het aan belang begon te verliezen, naar alle waarschijnlijkheid door de ontwikkeling van de gemeenschap in het lezen en schrijven en de daaraan verbonden opkomst van geschreven regels. De geschreven regels waren nog in ontwikkeling, dit zorgde ervoor dat het gewoonterecht niet volledig opzij werd geschoven. Het gewoonterecht bleef een van de rechtsbronnen. Na deze ontwikkeling onderging Rome wederom een nieuwe ontwikkeling. Rome veranderde tegen het einde van de eerste eeuw v.C. van staatsvorm. De geschreven regels waren inmiddels zo ver ontwikkeld dat zij de belangrijkste rechtsregels vormden. De geschreven regels werden opgetekend in het Corpus iuris civilis. Het geschreven recht was in deze periode zo belangrijk, omdat het voldeed aan de maatschappelijke behoeftes. Gevolg was dat het gewoonterecht volledig opzij werd geschoven. Het gewoonterecht maakte geen deel meer uit van de rechtsbronnen. Hoewel het gewoonterecht geen deel meer uitmaakte van de rechtsbronnen, was het niet onbelangrijk. Het Corpus iuris civilis gaf aan hoe met het bestaande gewoonterecht moest worden omgegaan. Hieronder volgens twee teksten die destijds waren opgenomen in het Corpus iuris civilis over het gewoonterecht.

C 8.52(53).2 (319) ⁸

In het Latijn: *Imperator Constantinus A. ad Proculum*. Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem.

Vertaald in het Nederlands: *Keizer Constantijn Augustus aan Proculus*. Het gezag van gewoonte en langdurig gebruik is niet gering, maar zij dient uit zichzelf niet met zoveel gewicht te gelden, dat zij het verstand zou overwinnen, of de wet.

¹ Heirbaut 2005, p. 47-174.

² Soeteman 2010, p. 39, p. 53-54.

³ Van den Bergh 1982, p. 14 en p. 57-58.

⁴ Rinkes e.a. 2009, p. 129 - 130, p. 241-242.

⁵ Verheugt 2013, p. 144.

⁶ Kramer 1943.

⁷ Triebert 1997, p. 14

⁸ Van den Bergh 1982, p. 57.

Nov. 134.1 (556)¹

In het Latijn: ...neque vero consuetudines nominare aut quaerere, quas forsitan aliqui praedecessorum in proprium lucrum iniuste adinvenrunt: male enim adinventum nec ex longa consuetudine confirmantur.

Vertaald in het Nederlands: ... en zij (de rechters) moeten ook geen gewoonten aanhalen of opzoeken, die misschien door een van hun voorgangers tot eigen voordeel ten onrechte zijn ingevoerd; want wat ten onrechte is uitgevonden, wordt ook niet door langdurige gewoonte bekrachtigd.

De eerste tekst geeft weer dat de wet belangrijker werd geacht dan het gewoonterecht, waarschijnlijk omdat de wetgever vond dat het gewoonterecht niet meer nodig was om in de maatschappelijke behoeftes te voorzien. Het blijkt dat, indien geschreven regels antwoord bieden op de maatschappelijke behoeftes, het gewoonterecht niet nodig is. Uit de eerste tekst blijkt tevens dat een beroep op het gewoonterecht mogelijk was, maar indien het gewoonterecht in strijd was met de wet, de wet altijd voorrang kreeg. Opvallend is dat het gewoonterecht ook niet in strijd mocht zijn met het verstand. In het vorige hoofdstuk is besproken dat veel voorkomende praktijken die tegen alle redelijke normen indruisen, nooit een recht kunnen worden. Waarschijnlijk doelde de wetgever in dit artikel op deze praktijken.

De tweede tekst geeft weer dat gewoonterecht waarschijnlijk vaak door rechters werd aangehaald in hun eigen voordeel, of in het voordeel van vrienden en kennissen. Door een beroep op het gewoonterecht uit te bannen en alleen volgens de wet recht te spreken voorkwam men corruptie door de rechters. Tegenwoordig voorziet de wet voldoende om corruptie tegen te gaan.

De belangrijkste periode voor het gewoonterecht was de elfde eeuw n.C., de periode waarin de Germanen Europa binnenvielen en Europa vervolgens veroverden. De Germanen hadden het geschreven recht van de Romeinen vervangen door hun eigen recht, het Germaanse gewoonterecht. De Romeinen werd in deze periode de toegang tot het Corpus iuris civilis ontnomen door de Germanen. Gevolg hiervan was dat het gewoonterecht op regionaal en lokaal vlak totaal overheerste. Een voorbeeld van een Germaanse gewoonterechtelijke norm had betrekking op schade die werd aangebracht door dieren. De Germanen hadden een primitieve kijk op delicten. Dieren werden door de Germanen als mensen behandeld. Het gevolg hiervan was dat een dier net zoals een mens schuldig kon zijn aan een delict en hiervoor ook gestraft kon worden. Deze gewoonterechtelijke norm duurde voort tot in de achttiende eeuw, toen deze vorm van aansprakelijkheid verdween.² Een ander voorbeeld van een Germaans gewoonterechtelijke norm heeft betrekking op de vrouwenroof. Van vrouwenroof was sprake wanneer een man een vrouw tegen haar wil in ontvoerde, om vervolgens met haar te trouwen. Vrouwenroof werd gezien als een misdrijf dat alleen door mannen kon worden gepleegd. De sanctie die hierop stond was onthoofding, maar in steden verkoos men vaker eeuwige verbanning met verlies van alle goederen.³ Het laatste is een voorbeeld van een plaatsgebonden gewoonterechtelijke norm.

Het oudste recht in elke maatschappij blijkt het gewoonterecht te zijn.⁴ Juridische normen ontstaan vaak uit de gewoonten en uit de opvattingen van het volk⁵, omdat de juridische normen vaak worden gevormd door de maatschappelijke behoeftes op een bepaald moment. Dit was ook het geval bij de Romeinen en de Germanen. Tevens valt op te maken dat het gewoonterecht een belangrijker rol speelt in een rechtssysteem dat nog niet ver is ontwikkeld. Dit komt omdat in een dergelijk rechtssysteem vaak nog geen regelgever is of

¹ Van den Bergh 1982, p. 57-58.

² Heirbaut 2005, p. 365.

³ Heirbaut 2005, p. 229.

⁴ Aldus ook Heirbaut 2005, p. 49.

⁵ Anders: Van den Bergh 1982, p. 44.

omdat de desbetreffende instanties nog niet in staat zijn alles geregeld te hebben. In dergelijke rechtssystemen ontstaat het gewoonterecht dan spontaan.¹

Aan het begin van de twaalfde eeuw kregen de Noordelijke Italiaanse staten weer toegang tot het Corpus iuris civilis. De toegang tot het Corpus iuris civilis ging gepaard met de komst van universiteiten. Het gewoonterecht werd aan de universiteiten genegeerd, omdat men vond dat het Romeins recht beter aansloot bij de nieuwe maatschappelijke behoeftes dan het gewoonterecht. Ook essentieel voor het negeren van het gewoonterecht was omdat het gewoonterecht ongeschreven was. De Italianen vonden het hierdoor lastig te achterhalen wat het gewoonterecht inhield. Dat maakte dat het gewoonterecht in veel gevallen geen antwoord kon bieden op de maatschappelijke behoeftes, dit in tegenstelling tot het geschreven recht. De Italianen vonden het geschreven recht praktischer dan het ongeschreven gewoonterecht. Geschreven regels waren immers in boeken te raadplegen, wat onder de gemeenschap rechtszekerheid opleverde. Nadat het gewoonterecht het aan belang had verloren werd er getracht antwoord te bieden op nieuwe maatschappelijke behoeftes, juist door middel van het gewoonterecht. Kenners van het gewoonterecht meende dat er veel lokale gewoonterechtelijke normen bestonden over zaken waar het Romeins recht niet in voorzag. Gevolg hiervan was dat bestaande gewoonterechtelijke normen werden opgetekend. Een nadeel van de optekeningen was dat het gewoonterecht niet meer zo gemakkelijk te wijzigen was en dus minder flexibel werd. De gemeenschap verloor hierdoor de controle over het eigen gecreëerde recht. Een voordeel van de optekeningen was dat er meer rechtszekerheid was, omdat het gewoonterecht nu, net zoals de wet, op schrift te raadplegen was.

In de achttiende eeuw vermeldde het Romeinse recht dat, indien een handeling niet in het Romeins recht was opgetekend en een afwijkende gewoonterechtelijke norm van kracht was, het gewoonterecht beschreven diende te worden. Deze verandering zorgde voor een verandering op de universiteiten. Het toenemende belang van het gewoonterecht maakte dat het recht niet meer in het Latijns werd beschreven, maar in de volkstaal. Het gewoonterecht begon zich vervolgens uit te breiden naar het onder andere citeren van gewoonterecht uit andere landen vanwege de behoefte aan europeanisering. Een logische reden hiervoor is dat er een toename was aan vreemdelingen binnen de bestaande gemeenschap die zich hierdoor aan het vermengen was. Het citeren van gewoonterecht uit de andere landen zou dan ook in de behoeftes van de ‘nieuwe’ gemeenschap kunnen voorzien. Het blijkt dat de wet niet op alle rechtsvragen een antwoord kan bieden,² omdat de bestaande regels de maatschappelijke behoeftes niet kunnen bevredigen. Gewoonterechtelijke normen kunnen in deze gevallen antwoord bieden op de leemtes in de wet.

Vervolgens ontstonden er veranderingen in de Europese maatschappij en in het recht door de komst van de Verlichting in de negentiende eeuw. De Verlichting was een maatschappijkritische stroming die stelde dat de mens, op basis van de rede, een ideale maatschappij kon opbouwen en zo het geluk kon bereiken. De duistere elementen uit het verleden moesten hiervoor verdwijnen, omdat ‘het oude’ verkeerd zou zijn. Het gevolg van deze denkwijze was dat het gewoonterecht volledig werd uitgeschakeld. In 1829 werd in artikel 3 van de wet Algemene Bepalingen beschreven dat het gewoonterecht afhankelijk is van de wet en dat het gewoonterecht alleen recht schept wanneer de wet daarnaar verwijst.³ De wetgever heeft met artikel 3 van de wet Algemene Bepalingen ongetwijfeld het bestaande gewoonterecht willen opheffen en de vorming van nieuw gewoonterecht willen verbieden.⁴ Nadat deze leer vrijwel bijna geen aanhangers meer had, is dit artikel in 1992 uit de wet geschrapt. Dit maakte dat het gewoonterecht en de wet beide onafhankelijke rechtsbronnen werden. Hierdoor kan de ene rechtsbron niets bepalen over de geldigheid van de andere

¹ Aldus ook Hage & Hage 2010, p. 51.

² Aldus ook Cliteur 2005, p. 23.

³ Van den Bergh 1982, p.6 en p. 44.

⁴ Kamphuisen 1935, p. 120; Scholten p. 136.

rechtsbron.¹ Gevolg was dat de overheid door het schrappen van artikel 3 van de wet Algemene Bepalingen minder invloed kreeg op het gewoonterecht. Dit was niet het geval met het bestaan van artikel 3, omdat artikel 3 van de wet Algemene Bepalingen juist beschreef dat het gewoonterecht afhankelijk was van de wet, waar het gewoonterecht nu vrij gevormd kan worden.

Wegens de grote immigratieopkomst aan het einde van de negentiende eeuw en in de twintigste eeuw, trachtte men om aan de maatschappelijke behoeftes van de immigranten te voorzien. Het grotendeels overnemen van het Amerikaanse recht was hiervoor een oplossing, omdat dit recht hoofdzakelijk uit het gewoonterecht bestond. In Amerika was de vermenging van culturen al eerder op gang waardoor het Amerikaans gewoonterecht beter kon aansluiten op de, in Nederland nog onbekende, behoeftes van de vreemdelingen. Vervolgens kreeg men de behoefte aan Europees recht, omdat alle verschillende nationale rechtsstelsels naast elkaar een barrière vormde voor het economisch verkeer. Hierdoor werd in Nederland opdracht gegeven het Nieuw burgerlijk wetboek te bewerkstelligen. Door de aanwezigheid van geschreven regels verloor het gewoonterecht weer aan belang. Te concluderen valt dat het gewoonterecht ook tegenwoordig aan belang verliest, omdat de behoefte aan wettelijke regelingen groter wordt naarmate de volksgemeenschap zich ontwikkelt. De gecompliceerdere verhoudingen die naar aanleiding van deze ontwikkelingen ontstaan, maken ingrijpen van de overheid noodzakelijk. Het is voor de overheid gemakkelijker in te grijpen indien regels geschreven zijn. Een andere reden dat het gewoonterecht aan belang verliest is de huidige Nederlandse staatsvorm. Nederland is een monarchistische staat. In een monarchistische staat wil men de rechtsproductie zoveel mogelijk onder de controle van het staatshoofd brengen. Deze regeringsvorm is ongunstig voor de ontwikkeling van het gewoonterecht. De artikelen 5 en 11 van de wet Algemene Bepalingen laten dit ook zien. Artikel 5 schrijft voor dat een wet alleen door een latere wet, voor het geheel of gedeeltelijk haar kracht kan verliezen. Het gewoonterecht valt hier dus niet onder.² Artikel 11 van de wet Algemene Bepalingen schrijft voor dat de rechter volgens de wet moet rechtspreken. Alleen als de wet het gewoonterecht als rechtsbron toelaat, wat door het schrappen van artikel 3 van de wet algemene bepalingen het geval is, is een beroep op het gewoonterecht mogelijk.³

Er is een auteur die meent dat het gewoonterecht een obstakel vormt bij de modernisering van de samenleving. Het gewoonterecht zou volgens deze auteur onveranderlijk zijn doordat het te traditioneel is en daardoor onvoldoende aanpassingsvermogen heeft.⁴ De onderzoekster sluit zich hier niet bij aan, aangezien het gewoonterecht ongeschreven recht is en verandert wanneer de samenleving aan het veranderen is. Evolutie van het gewoonterecht en de toepassing hiervan in de loop van de jaren tonen dit ook aan.⁵ Het gewoonterecht is veranderlijk.⁶ De wetgever is hierdoor niet in staat toekomstige bepalingen vast te leggen, omdat maatschappelijke behoeftes wijzigen en de wetgever dit niet altijd kan bijhouden.⁷ Daarnaast heeft het gewoonterecht het vermogen de rechtsinhoud te vergroten.⁸

Tot slot valt te concluderen dat de wetgever niet in staat is alles te regelen en ook niet voortdurend wijzigingen in de wet kan aanbrengen, die nodig zijn geworden door veranderingen in de maatschappelijke behoeftes.⁹ Het gewoonterecht zal hierdoor altijd blijven bestaan.

¹ Kamphuisen 1935, p. 79.

² Taekema, Gaakeer & Loth 2009, p. 118.

³ Taekema, Gaakeer & Loth 2009, p. 70 en p. 289.

⁴ Van den Bergh 1982, p.1, p. 15 en p. 49.

⁵ Aldus ook Kamphuisen 1935, p. 2.

⁶ Aldus ook Kramer 1943, p. 18 en p. 25.

⁷ Kramer 1943, p. 28.

⁸ Aldus ook Kramer 1943, p. 51.

⁹ Kamphuisen 1935, p. 4.

4 Het gewoonterecht in de publiekrechtelijke samenleving

4.1 Inleiding

Dit hoofdstuk gaat in op de derde deelvraag van dit onderzoek. De derde deelvraag luidt: *“welke betekenis heeft het gewoonterecht in het publiekrecht en kunnen hier voorbeelden van worden gegeven?”*.

In paragraaf 4.2 worden gewoonterechtelijke normen uit het heden en verleden in het staatsrecht weergegeven. In paragraaf 4.3 worden enkele voorbeelden weergegeven waar men zich bij een bestuursrechtelijk geschil beriep op het gewoonterecht. In paragraaf 4.4 wordt de betekenis van het gewoonterecht in het strafrecht besproken. Tot slot wordt in paragraaf 4.5 besproken hoe het internationaal publiekrecht door kan werken in het Nederlandse recht. Ter verduidelijking van de bestaande rechtsgebieden is in bijlage 2 is een overzicht van de rechtsgebieden opgenomen.

4.2 Gewoonterecht in het staatsrecht

Het staatsrecht is een onderdeel van het publiekrecht en heeft betrekking op de staatsorganen, de indeling van de staat, de bevoegdheden van de staatsorganen, de verhouding van de staatsorganen onderling en op de verhoudingen tussen staatsorganen en de burgers. In de middeleeuwen¹ berustte de samenstelling van de staten en de Staten Generaal en diens bevoegdheden, bijna zonder uitzondering op het gewoonterecht.² De rechten van de Staten Generaal waren destijds bijna niet beschreven, waardoor deze rechten door gewoontes nader werden gespecificeerd.³ De literatuur geeft geen antwoord op de inhoud van de destijds geldende gewoonterechtelijke normen over de samenstelling van de staten en de Staten Generaal en diens bevoegdheden.

In 1848 plaatste de grondwet de Koning en de Staten-Generaal als twee machten naast elkaar. De grondwet verplichtte hen samen te werken voor het algemeen belang en voor het welzijn van het volk. In Bij een conflict tussen de Koning en de Staten-Generaal, diende een partij te wijken voor de andere partij. Gezien de Nederlandse staatsinrichting destijds over de verhoudingen van de staatsorganen, kon het niet anders dan dat de regering zou moeten wijken. Het wijken van de regering werd een plicht en werd gaandeweg een regel van het gewoonterecht. In dezelfde periode was de gewoonterechtelijke norm ontstaan dat, in geval er een conflict was tussen de minister en het ministerie, de minister of het ministerie behoorde af te treden, tenzij het kabinet door Kamerontbinding een beroep op het volk wenste te doen. Een beroep op het volk werd gedaan door middel van verkiezingen.⁴

Tussen 1866 en 1868 ontstond de gewoonterechtelijke norm dat de ministeriele verantwoordelijkheid van toepassing was op alle daden van de koning. Deze norm is inmiddels verdwenen⁵, waarschijnlijk omdat de staatsinrichting in de loop van de jaren is veranderd. In dezelfde periode ontstond de vertrouwensregel. De vertrouwensregel houdt in dat, indien een minister of een geheel kabinet⁶ geen vertrouwen meer heeft van het parlement⁷, deze minister of dat gehele kabinet dient af te treden.⁸ Deze gewoonterechtelijke norm wordt in het staatsrecht nog steeds toegepast.

¹ Ca. 500 n.C. tot ca. 1500 n.C.

² Kamphuisen 1935, p. 28 en p. 30.

³ Kamphuisen 1935, p. 36.

⁴ Kamphuisen 1935, p. 145-146; Kramer 1943, p. 89-90.

⁵ Cliteur 2005, p. 71; Kramer 1943, p. 87.

⁶ Het kabinet bestaat uit de ministers en de staatssecretarissen.

⁷ Het parlement (ook wel de Staten-Generaal genoemd) bestaat uit de Eerste Kamer en de Tweede Kamer.

⁸ Cliteur 2005, p. 50; Verheugt 2013, p. 145; Taekema, Gaakeer & Loth 2009, p. 116; Soeteman 2010, p. 39; Hage & Hage 2010, p. 134; Cliteur 2005, p. 50; De Blois 2012, p. 54.

In 1868 ontstond de gewoonterechtelijke norm dat, indien een conflict al tot ontbinding van de Tweede Kamer had geleid, men die Kamer niet voor een tweede keer mocht ontbinden.¹ Deze gewoonterechtelijke norm is nog steeds van toepassing in het staatsrecht.

Van 1908 tot 1909 was het gebruikelijk dat de Koning overleg pleegde met de leiders van de Tweede Kamer voordat hij tot de benoeming van de kabinetsformateur over ging.² Dit gebruik leidde vervolgens tot een gewoonterechtelijke norm. Het is bij de onderzoekster niet bekend of deze gewoonterechtelijke norm nog steeds wordt toegepast.

Tegenwoordig kan men in het staatsrecht nog vele gewoonterechtelijke normen terug vinden. Zoals eerder te zien was, is de vertrouwensregel nog steeds van toepassing binnen het staatsrecht. Tegenwoordig is de vertrouwensregel een van de belangrijkste staatsrechtelijke regels. De vertrouwensregel gaat tegenwoordig verder dan alleen het ontslag van de minister of het kabinet. Bij de benoeming van de ministers speelt de vertrouwensregel ook een rol. De Tweede Kamer heeft het recht ministers tot ontslag te dwingen. Het gevolg hiervan is dat de politieke partijen er op voorhand voor zorgen dat er geen ministers worden benoemd tegen wie direct een motie van wantrouwen³ wordt aangenomen. De enige manier om dit te bewerkstelligen is om ervoor te zorgen dat ministers op voorhand kunnen rekenen op de steun van een meerderheid van de Kamer.⁴ Ook bij de verhoudingen tussen de regering en de Staten-Generaal waar de wet niets over bepaalt, is men aangewezen op het gewoonterecht.⁵ Te denken valt aan de kabinetsformatie. De gang van zaken bij de kabinetsformatie wordt veelal door gewoonterechtelijke normen gevormd.⁶ Een voorbeeld van een gewoonterechtelijke norm in de kabinetsformatie, is de benoeming van de formateur. De benoeming van de formateur geschiedt volgens de gewoonte door de Koning. Meestal is de formateur zelf de nieuwe minister-president. Nergens in de wet is dit proces van kabinetsformatie geregeld. De wet komt pas in beeld als de formateur zijn werkzaamheden heeft afgerond.⁷ Een andere huidige gewoonterechtelijke norm betreft de verhouding tussen de ministers en de staatssecretarissen. De staatssecretarissen zijn ondergeschikt aan hun ministers. Indien de minister ontslagen wordt of indien de minister zijn ontslag indient, bepaalt het gewoonterecht dat de staatssecretarissen ook hun ontslag moeten indienen.⁸

4.3 Gewoonterecht in het bestuursrecht

Een ander onderdeel van het publiekrecht is het bestuursrecht. Het bestuursrecht geeft regels waar de overheid zich aan moet houden bij het nemen van besluiten. In het bestuursrecht kan men bij de rechter een beroep doen op het gewoonterecht. Een voorbeeld van een dergelijk beroep op het gewoonterecht geeft de zaak van 4 augustus 2009. In deze zaak stonden een winkelier en een gemeente tegenover elkaar in het geding.⁹ De winkelier had een voorlopige voorziening aangevraagd bij de voorzieningenrechter. De winkelier stelde zijn winkel in de zomermaanden open op zondagen, terwijl dit volgens de Winkeltijdenwet niet geoorloofd was. Artikel 2 van de Winkeltijdenwet geeft weer dat het verboden is een winkel op zondag open te stellen voor publiek. Artikel 3 van de Winkeltijdenwet geeft weer dat de gemeenteraad voor ten hoogste twaalf zondagen per jaar

¹ Algra 1992, p. 13; Soeteman 2010, p. 39-40.

² Kramer 1943, p. 88.

³ Een motie van wantrouwen tegen één of meer bestuursleden (of het gehele bestuur) is een motie die wordt ingediend om het vertrouwen in betreffende bestuursleden op te zeggen. Een motie is een formeel middel waarmee een lid van een vergadering een discussiepunt voor kan leggen aan een vergadering. Hiertoe dient de motie in stemming gebracht te worden op een vergadering. Alle leden van een vergadering kunnen een motie indienen.

⁴ Hage & Hage 2010, p. 135-136.

⁵ Verheugt 2013, p. 145.

⁶ Verheugt 2013, p. 145.

⁷ Hage & Hage 2010, p. 136.

⁸ Hage & Hage 2010, p. 139.

⁹ CBb 4 augustus 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BJ4649.

vrijstelling kan verlenen van het verbod in artikel 2. De desbetreffende gemeente had ervoor gekozen geen vrijstellingen te verlenen voor de openstelling van winkels op zondagen in haar gemeente. De winkelier gaf aan dat hij zijn winkel vanaf 1988, elke zondag voor publiek open had gesteld, dit zou neerkomen op 422 keer in totaal. Verder gaf de winkelier aan dat de gemeente tot dan toe, nog nooit op de openstelling van zijn winkel had gehandhaafd. Volgens de winkelier zou er sprake zijn van gewoonterecht, waardoor de gemeente de openstelling van zijn winkel dient te handhaven. De gemeente stelde dat geen beroep kon worden gedaan op het gewoonterecht. In dit geval zou geen sprake zijn van ongeschreven recht, omdat er duidelijke wettelijke normen over de openingstijden van winkels gelden. De voorzieningenrechter meende dat het jarenlang gedogen van de openstelling van de winkel op zondagen, onvoldoende is om te spreken van gewoonterecht. De voorzieningenrechter wees het verzoek om voorlopige voorziening af.

Een ander voorbeeld van een beroep op het gewoonterecht geeft de zaak bij de sector bestuursrecht van de rechtbank te Leeuwarden, tussen eiseres en de Raad voor de Rechtsbijstand.¹ In deze zaak had de gemachtigde van eiseres een aanvraag ingediend voor een toevoeging. Deze toevoeging was benodigd voor het verlenen van rechtsbijstand, in verband met het bijstaan van eisers, voor het indienen van een verzoek tot voornaamswijziging. De Raad voor de Rechtsbijstand had de toevoegingsaanvraag afgewezen. De gemachtigde van eiseres stelde dat de Raad voor de Rechtsbijstand ten onrechte had geweigerd een toevoeging te verlenen. Verder voerde de gemachtigde aan dat eiseres in haar maatschappelijk functioneren hinder ondervindt van haar huidige voornaam. De voornaamswijziging had te maken met haar geloof voor de Rooms-Katholieke kerk. In het Rooms-Katholieke geloof zou het de gewoonte zijn 3 voornamen te hebben. Eiseres vindt het belangrijk haar geloof uit te kunnen oefenen in overeenstemming met deze gewoonte. Door de weigering van de toevoeging zou eiseres worden belemmerd in de uitoefening van haar recht op vrijheid van godsdienst. De Raad voor de Rechtsbijstand gaf aan het eerdere besluit te handhaven, omdat eiseres niet zodanig hinder zou ondervinden van haar huidige voornaam, dat zij ernstig in haar maatschappelijk functioneren wordt belemmerd. De rechtbank oordeelde dat het beroep van eiseres ongegrond is.

Nog een voorbeeld van een beroep op het gewoonterecht geeft de zaak bij de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.² In deze zaak ging het erom dat de gehele bebouwde kom in de gemeente Waddinxveen, was aangewezen als verboden gebied voor het parkeren van voertuigen die bestemd zijn voor recreatie. De gemeente Waddinxveen had geweigerd ontheffing van het parkeerverbod te verlenen voor de boottrailer van appellant.³ Appellant stelde dat hij ruim vijf jaar zijn boottrailer voor de deur parkeert en er ten tijde van de aanschaf van de boottrailer, nog geen parkeerverbod van kracht was. De appellant stelde dat hij, op grond van het gewoonterecht, zijn boottrailer zou mogen blijven parkeren. De Raad van State oordeelde dat geen sprake was van een gewoonterechtelijke norm.

In de vorige uitspraken had de rechter het beroep op het gewoonterecht verworpen. In het volgende voorbeeld werd ook een beroep gedaan op het gewoonterecht, waarbij de rechter de gewoonterechtelijke norm wel had erkend. In dit geschil stelde de gemeente dat het huisvuil op een nader aangegeven plaats, aan de gemeentelijke huisvuilophaaldienst diende te worden aangeboden, in een daarvoor beschikbaar gestelde mini-container. De appellant beriep zich erop dat het een gebruikelijk en reeds lang bestaand gewoonterecht voor een burger is, recht te hebben zijn huisvuil te mogen plaatsen langs de openbare weg, in een verpakking die de gemeente bepaalt. De Raad van State oordeelde dat het beroep van appellant gegrond was.⁴ Andere erkende gewoonterechtelijke normen door de rechter, zijn door de onderzoekster niet waargenomen.

¹ Rb. Leeuwarden 12 november 2009, ECLI:NL:RBL EE:2009:BK4461.

² ABRvS 23 december 1982, ECLI:NL:RVS:1982:AM6995.

³ Een appellant is de persoon die hoger beroep aantekent tegen een uitspraak van de rechter.

⁴ ABRvS 2 december 1982, ECLI:NL:RVS:1982:AM6822.

4.4 Gewoonterecht in het strafrecht

Een ander onderdeel van het publiekrecht is het strafrecht. Het strafrecht is het geheel van rechtsregels, waarin is vastgelegd welk gedrag strafbaar wordt geacht en welke sancties op het overtreden van een strafnorm staan. Artikel 1 van het wetboek van Strafvordering geeft weer dat straffordering alleen plaats heeft op de wijze bij de wet voorzien.¹ Artikel 1 lid 1 van het wetboek van Strafrecht en artikel 16 van de Grondwet geven weer dat geen feit strafbaar is dan uit kracht van een daaraan voorafgegane wettelijke strafbepaling.² Het voorgaande wordt het legaliteitsbeginsel genoemd. Vanwege het legaliteitsbeginsel heeft het gewoonterecht in het strafrecht geen betekenis.³ Gevolg van het legaliteitsbeginsel is dat het niet mogelijk is een persoon volgens het strafrecht een straf op te leggen wegens schending van het ongeschreven recht.⁴ Het ongeschreven recht kan de strafbaarheid op grond van het geschreven recht wel opheffen. Een voorbeeld is een buurman die de ruit van een brandend huis stukslaat om de kinderen die zich in het huis bevinden, te kunnen bevrijden. Ook al is dit gedrag strafbaar op grond van artikel 350 van het wetboek van Strafrecht, de verplichting van het ongeschreven recht weegt zwaarder, namelijk dat kinderen gered dienen te worden waar het mogelijk is. Het gedrag van de buurman is dus niet strafbaar, omdat het wegens het ongeschreven recht is opgeheven.⁵ Let wel op, dat het bij het opheffen van een strafrechtelijke norm geen gewoonterechtelijke normen betreft, maar daden uit fatsoen en uit moraal.

4.5 Internationaal publiekrecht

Een ander onderdeel van het publiekrecht is het internationaal publiekrecht. Het internationaal publiekrecht bevat regels voor de staten onderling, voor de internationale en regionale organen, voor de politieke lichamen en het bevat mensenrechtenbepalingen voor de individuele burgers. Artikel 38 lid 1 van het Statuut van het Internationaal Gerechtshof geeft aan dat de internationale gewoonte een bron is van het Internationaal recht. De gewoonte is in het internationale recht voornamelijk van belang om de leemtes in de verdragen op te vullen. Aan de erkenning van een internationale gewoonte worden dezelfde twee vereisten gesteld als aan de nationale gewoonte.⁶ Tevens heeft het Internationaal Gerechtshof bepaald dat een internationale gewoonte aan de vereisten *usus* en *opinio necessitatis* dient te voldoen, voordat de internationale gewoonte een internationaal recht kan worden.⁷ Een voorbeeld van een internationale gewoonterechtelijke norm, is dat bepaalde staten verdachten aan elkaar uitleveren, in het geval zij geen uitleveringsverdrag met elkaar hebben.⁸ Een ander voorbeeld van een internationale gewoonterechtelijke norm is dat dominante staten door middel van verkenningssatellieten foto's maken van rakettechnieken van andere staten, om zo vorderingen van elkaar in de gaten te houden.⁹ Artikel 27 lid 2 van het Handvest van de Verenigde Naties stelt dat alle permanente leden vóór dienen te stemmen, wil een besluit tot stand komen. Echter, een gewoonterechtelijke norm heeft zich ontplooid:¹⁰ het onthouden van stemming in de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties door een permanent lid geldt niet als veto.¹¹

Gezien het hier niet gaat om Nederlands gewoonterecht, is het toch van belang het internationale gewoonterecht te vermelden. Artikel 94 van de Nederlandse Grondwet legt de

¹ Cliteur 2005, p. 77.

² Cliteur 2005, p. 77; Kramer 1943, p. 56.

³ Taekema, Gaakeer & Loth 2009, p. 116; Kamphuisen 1935, p. 4; Janssen 2013, p. 37.

⁴ Hage & Hage 2010, p. 63.

⁵ Hage & Hage 2010, p. 65.

⁶ Hage & Hage 2010, p. 50-51 en p. 237; Cogen 2003, p. 3; Rinkes e.a. 2009, p. 397.

⁷ IGH 20 februari 1969, *North Sea Continental Shelf*; Cogen 2003, p. 3.

⁸ Cogen 2003, p. 358.

⁹ Cliteur 2005, p. 205 en p. 206.

¹⁰ Rinkes e.a. 2009, p. 397.

¹¹ Een veto is de mogelijkheid van een persoon, groep of staat, een door een meerderheid gewild besluit tegen te houden.

rechter op nationale wettelijke voorschriften niet toe te passen, indien deze voorschriften in strijd zijn met een ieder verbindende bepaling van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties.¹ De ‘eenieder verbindende bepalingen’ zijn met name neergelegd in het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) en in het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR). Op deze grondrechten kan men bij een Nederlandse rechter een beroep doen. In de zaak van Nyugat op 6 maart 1959, heeft de Hoge Raad bepaald dat, indien sprake is van strijd tussen het nationale recht en een ander Internationaal recht, waaronder het gewoonterecht, geldt de verplichting om zich te baseren op het Internationale recht niet.² Ditzelfde heeft de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State bepaald op 9 januari 2013.³

¹ Hage & Hage 2010, p. 118 en p. 156.

² Hage & Hage 2010, p. 118.

³ ABRvS 9 januari 2013, LJN BY7979.

5 Het gewoonterecht in de privaatrechtelijke samenleving

5.1 Inleiding

Dit hoofdstuk gaat in op de vierde deelvraag van dit onderzoek. De vierde deelvraag luidt: *“welke betekenis heeft het gewoonterecht in het privaatrecht en kunnen hier voorbeelden van worden gegeven?”*.

In paragraaf 5.2 wordt de betekenis van het gewoonterecht in het burgerlijk procesrecht besproken. In paragraaf 5.3 wordt de betekenis van het gewoonterecht in het personen- en familierecht besproken. In paragraaf 5.4 wordt de betekenis van het gewoonterecht in het rechtspersonenrecht besproken. Tot slot wordt in paragraaf 5.5 de betekenis van het gewoonterecht in het vermogensrecht besproken.

5.2 Gewoonterecht in het burgerlijk procesrecht

Het privaatrecht bestaat uit een formeel gedeelte en een materieel gedeelte. Het materieel privaatrecht omvat regels die betrekking hebben op de inhoud van de rechten en plichten van de burgers. Het formeel privaatrecht omvat regels over de wijze van procederen voor de rechter. Het formeel privaatrecht komt pas in beeld als er conflicten ontstaan tussen burgers onderling. Conflicten tussen partijen in het privaatrecht worden afgehandeld door het burgerlijk procesrecht. In het burgerlijk procesrecht kan men bijvoorbeeld procederen over schadevergoeding. Over de schadevergoeding bestond vroeger een gewoonterechtelijke norm. De gewoonterechtelijke norm was dat schadevergoeding verschuldigd was bij verwonding of bij doodslag van een vrij man. Het gewoonterechtelijk karakter verdween nadat in de wet regels over de schadevergoeding waren opgenomen.¹

Bekend is dat in privaatrechtelijke procedures een beroep werd gedaan op het gewoonterecht. Een voorbeeld daarvan geeft de volgende uitspraak van het Gerechtshof.² In dit conflict stonden twee burens tegenover elkaar. In de voortuin van een van de burens was op een afstand van minder dan twee meter van de erfgrans tussen de percelen van de burens een berkenboom geplaatst. Het is volgens artikel 42 lid 1 en lid 2 van Boek 5 van het Burgerlijk Wetboek niet geoorloofd binnen een afstand van twee meter van de erfgrans bomen te hebben, anders dan met toestemming van de eigenaar van dat erf of een verordening dan wel plaatselijke gewoonte die een kleinere afstand toelaat. De buurman vorderde verwijdering van de boom. De buurman die de boom had geplaatst gaf aan dat het plaatsen van de boom, binnen een afstand van twee meter van de erfgrans, toegestaan zou zijn door de plaatselijke gewoonte. De rechtbank wees de vordering tot verwijdering van de boom toe. De rechtbank concludeerde dat de buurman met de boom onvoldoende onderbouwd had dat een plaatselijke gewoonte van kracht was. De buurman die de boom had geplaatst ging tegen de uitspraak van de rechtbank in hoger beroep bij het Gerechtshof. Het Gerechtshof oordeelde dat, wil er sprake zijn van een gewoonte in de zin van artikel 42 lid 1 en lid 2 van Boek 5 van het Burgerlijk Wetboek, aan twee vereisten dient te worden voldaan. Het gaat om de vereisten *usus* en de *opinio necessitatis*. Deze vereisten zijn in hoofdstuk 2 behandeld. Het Gerechtshof haalde een eerdere uitspraak aan waarin was besloten dat er sprake dient te zijn van een flink aantal duidelijk sprekende gevallen, alvorens van een gewoonterechtelijke norm gesproken kan worden.³ De buurman voerde hierop aan dat er sprake is van een flink aantal gevallen. Hij liet foto's zien waarop te zien is dat in 72 van de 350 tuinen van woningen in de directe omgeving van zijn eigen woning, bomen op een kortere afstand dan twee meter van de erfgrans zijn geplaatst. Daarnaast stelde hij dat op minder dan 100 van de 350 percelen een boom aanwezig is. Volgens hem zouden de 72 bomen, ruim 70% van de voortuinen met een boom in een vergelijkbare situatie betreffen. De buurman die het niet eens was met de geplaatste boom, betwistte dat

¹ Heirbaut 2005, p. 368.

² Hof Arnhem-Leeuwarden 29 januari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ0357.

³ Rb. Middelburg 4 mei 1949, NJ 1949/748.

aan de vereisten *usus* en *opinio necessitatis* was voldaan. Het Gerechtshof oordeelde dat de buurman met de boom de aanwezigheid zijn van de tweede vereiste, de *opinio necessitatis*, niet voldoende had onderbouwd. Hij zou hierdoor niet hebben voldaan aan zijn stelplicht. Wat de buurman had aangevoerd kon volgens het Gerechtshof niet leiden tot erkenning van de gestelde gewoonterechtelijke norm. Verder oordeelde het Gerechtshof dat de bewijslast voor het bestaan van de gewoonterechtelijke norm op hem rust. De gestelde feitelijke toestand door de buurman geeft, zonder het geven van een nadere toelichting, geen aanwijzing voor het bestaan van de gestelde gewoonterechtelijke norm. Aangezien de buurman de gewoonterechtelijke norm niet voldoende had kunnen aantonen, heeft het hof het bewijsaanbod van hem laten passeren.

Een ander voorbeeld van een privaatrechtelijke procedure, waar men een beroep deed op het gewoonterecht, geeft het geschil tussen de boer Maring en de verzekeringsmaatschappij Assuradeuren.¹ Maring had een brandverzekering afgesloten bij Assuradeuren voor zijn boerderij. In het schadeverzekeringsrecht kent men het indemniteitsbeginsel. Dit beginsel houdt in dat niet méér vergoed mag worden dan de werkelijk geleden schade. In overeenstemming met dit beginsel, verboden de toenmalige bepalingen (artikel 288 en 289) van het Wetboek van Koophandel het afsluiten van een verzekering tegen volle herbouwwaarde. Echter, Maring had wel een verzekering afgesloten tegen de volle herbouwwaarde, op de grond dat dit gebruikelijk was. Nadat de boerderij van Maring door brand was verwoest, weigerde Assuradeuren de vergoeding van de herbouwwaarde. Assuradeuren beriep zich op de bepalingen van het Wetboek van Koophandel. De Hoge Raad oordeelde dat de bepalingen van het Wetboek van Koophandel hun kracht hadden verloren en dat voorrang moest worden verleend aan het gewoonterecht.

5.3 Gewoonterecht in het personen- en familierecht

Een onderdeel van het materieel privaatrecht is het personen- en familierecht. Het personen- en familierecht regelt zaken als huwelijk, voogdij en echtscheiding. In het personen- en familierecht kunnen gewoonterechtelijke normen uit andere landen een rol spelen. Dit was ook het geval in een zaak waar het ging om de vraag of sprake was van een wettig huwelijk tussen twee personen uit Congo.² De man en de vrouw waren in 1996 met elkaar gehuwd in Congo. Volgens de vrouw zou het huwelijk voor de wet en voor de kerk, ten overstaan van een geestelijke zijn voltrokken. De vrouw kon geen originele huwelijksakte overleggen. De man voerde aan dat het huwelijk niet rechtsgeldig is. De man stelde dat zij wel voor de kerk waren gehuwd, maar hij betwistte dat partijen ten overstaan van een ambtenaar van de burgerlijke stand een wettig huwelijk waren aangegaan. De rechtbank oordeelde dat in Congo een huwelijk gesloten kan worden ten overstaan van een ambtenaar van de burgerlijke stand, of op grond van het gewoonterecht. Volgens de gewoonte in Congo zijn een man en een vrouw gehuwd, als niet alleen zijzelf elkaar als echtgenoten beschouwen en behandelen, maar ook als de familie en de samenleving dit doen.

Een gewoonterechtelijke norm uit het verleden betreft de vaderlijke macht. De gewoonterechtelijke norm hield in dat alleen vaders, ouderlijke macht over hun kind(eren) konden hebben. Na het overlijden van de vader kwam de ouderlijke macht aan de moeder toe. In het Nederlandstalige gedeelte van het oude Vlaanderen was er een ander gewoonterechtelijke norm. Hier was het wel gewoon dat beide ouders ouderlijke macht over hun kinderen mogen uitoefenen. Zelf na het overlijden van een van de ouders kwam er geen einde aan de ouderlijke macht.³ Huidige gewoonterechtelijke normen in het personen- en familierecht is door de onderzoekster niet waargenomen.

¹ HR 3 maart 1972, NJ 1972, 339 (*Maring/Assuradeuren*).

² Rb. 's-Gravenhage 16 maart 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BI3080.

³ Heirbaut 2005, p. 208.

5.4 Gewoonterecht in het rechtspersonenrecht

Naast het personen- en familierecht, is het rechtspersonenrecht een onderdeel van het materieel privaatrecht. Het rechtspersonenrecht regelt juridische structuren die rechtspersoonlijkheid bezitten. Stichtingen, besloten vennootschappen, naamloze vennootschappen, verenigen enz. bezitten rechtspersoonlijkheid. Gewoonterechtelijke normen kunnen zich in het rechtspersonenrecht ontwikkelen. In 2012 werd de rechter de vraag gesteld of een rechter bevoegd is het bestuur van een stichting aan te vullen, in een situatie waarin het bestuur voltallig is, maar dat de verdeling van de bestuurstaken niet strookt met de statuten.¹ Tijdens de procedure concludeerde men dat, met betrekking tot deze vraag, een gewoonterechtelijke norm bestond. Volgens de gewoonterechtelijke norm kon een rechter bestuurders benoemen, indien het bestuur niet volledig was. Deze bevoegdheid is later in de wet opgenomen in artikel 12 van de Wet op stichtingen uit 1956. Tegenwoordig is deze bevoegdheid in artikel 299 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek opgenomen. Artikel 299 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek geeft weer dat de rechter in de vervulling van de lege plaats in een bestuur kan voorzien. Andere gewoonterechtelijke normen in het rechtspersonenrecht zijn door de onderzoekster niet waargenomen.

5.5 Gewoonterecht in het vermogensrecht

Een belangrijk onderdeel voor het materiele gedeelte van het privaatrecht is het vermogensrecht. Het vermogensrecht omvat als hoofdgroepen het verbintenissenrecht en het goederenrecht. Het goederenrecht regelt de verhouding tussen een persoon en een goed. Het verbintenissenrecht regelt de verhoudingen tussen personen onderling. Een kleiner onderdeel van het vermogensrecht, is het erfrecht. Het erfrecht regelt wat er met de bezittingen en de schulden van een overleden persoon gebeurt. Eerder in dit rapport is behandeld dat gewoonterechtelijke normen geografisch bepaald kunnen zijn. Daarnaast is uit dit rapport gebleken dat gewoonterechtelijke normen ook in een bepaalde branche kunnen ontstaan. In deze paragraaf worden allereerst enkele gewoonterechtelijke normen die in het rechtssysteem voorkomen en voorkwamen in bepaalde kringen van personen besproken. Vervolgens worden enkele gewoonterechtelijke normen die voorkwamen in het goederenrecht besproken. Daarna worden enkele gewoonterechtelijke normen die voorkomen en voorkwamen in het verbintenissenrecht besproken. Deze paragraaf wordt afgesloten met het bespreken van enkele gewoonterechtelijke normen die voorkwamen in het erfrecht.

5.5.1 Gewoonterechtelijke normen in bepaalde kringen van personen

In het volgende voorbeeld wordt een plaatsgebonden gewoonterechtelijke norm uit het verleden besproken. Vroeger was het in bepaalde steden gebruikelijk dat een huurschuld een haalschuld was. Dit hield in dat de verhuurder de verschuldigde huur moest komen halen bij de huurders. Dit was eveneens in Amsterdam het gebruik.² In bepaalde andere steden was het gebruikelijk dat de verschuldigde huur werd gebracht door de huurder. In het oude Burgerlijk Wetboek was opgenomen dat een huurschuld een brengschuld was. Dit hield in dat de huurder zijn huur bij de verhuurder moest komen betalen. Dit voorbeeld laat zien dat, ondanks de wet regelingen omvat over een bepaalde juridische aspect, het toch kan voorkomen dat er ook plaatselijk een afwijkende recht ontstaat, het gewoonterecht. dat het bestaan van een gewoonterechtelijke norm mogelijk is over een bepaald recht, naast het bestaan van een wettelijke regeling over hetzelfde recht. Tegenwoordig wordt dit gebruik niet meer toegepast. De reden dat dit gebruik in verval is geraakt, is omdat tegenwoordig vrijwel alle zaken via het bankwezen worden afgehandeld. Een andere plaatsgebonden gewoonterechtelijke norm van vroeger, was een gebruik in Vlissingen. De bewoners van boven en benedenhuizen in Vlissingen droegen tezamen het onderhoud van hun voortuinen.³ Dit gebruik was een langdurig en regelmatig terugkerend gebruik binnen een

¹ HR 7 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5355.

² Kamphuisen 1935, p. 108.

³ Kamphuisen 1935, p. 108.

bepaalde kring van personen. De kring van personen zijn in dit geval de bewoners van de boven en benedenhuizen in Vlissingen. Het onderhoud van de voortuinen herhaalde zich feitelijk en de bewoners hadden de algemene opvatting en overtuiging dat zij gezamenlijk verantwoordelijk waren voor het onderhoud van de voortuinen. De bewoners hadden dit gebruik dus als een rechtsregel opgevat. Aangezien het onderhouden van de voortuinen aan de vereisten voor het bestaan van een gewoonterechtelijke norm voldoet, kan worden gesproken van een recht, ontstaan uit het gewoonterecht.

Een voorbeeld van een branche gebonden gewoonterechtelijke norm is het gebruik binnen de verzekeringsbranche dat brandschade niet op de aanstichter wordt verhaald, tenzij er van opzet sprake is. Een ander voorbeeld van een branche gebonden gewoonterechtelijke norm levert het gebruik in de veehandel dat de koper binnen drie weken na de koop moet reageren als het dier een verborgen gebrek heeft.¹ De gewoonterechtelijke normen binnen deze branches zijn geldig, omdat de gebruiken zich binnen een bepaalde kring van personen in deze branches, feitelijk herhalen in soortgelijke omstandigheden. Daarnaast heeft deze kring van personen de algemene opvatting en overtuiging dat het gebruik, in de betreffende omstandigheden, op deze wijze behoort te gebeuren. Binnen een andere branche hoeft men de opvatting niet te hebben dat het gebruik op die wijze behoort te gebruiken. Het gebruik hoeft dus niet van toepassing te zijn in een andere branche. De genoemde gebruiken in de verzekeringsbranche en in de veehandel worden nog steeds toegepast.

5.5.2 Gewoonterechtelijke normen in het goederenrecht

Met betrekking tot het goederenrecht worden in de wet enkele verwijzingen naar het gewoonterecht gegeven. Een voorbeeld van een dergelijke verwijzing geeft artikel 4 lid 1 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek. Artikel 4 lid 1 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek luidt: al hetgeen volgens verkeersopvattingen onderdeel van een zaak uitmaakt, is bestanddeel van die zaak. Een zaak is een voor menselijke beheersing vatbaar stoffelijk object.² Met de term verkeersopvatting in artikel 4 lid 1 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek, wordt bedoeld op zaken die binnen een bepaalde kring van personen regelmatig en langdurig een onderdeel van een zaak uitmaakt en dat die kring van personen de algemene opvatting en overtuiging heeft dat die zaak ook daadwerkelijk onderdeel van een andere zaak uitmaakt. Een ander voorbeeld van een dergelijke verwijzing naar het gewoonterecht geeft artikel 9 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek. In dit artikel wordt tevens gesproken van de term verkeersopvatting.

Naast de verwijzingen naar het gewoonterecht in de wet, zijn er voorbeelden van enkele gewoonterechtelijke normen uit het verleden over het goederenrecht. Een van deze gewoonterechtelijke normen had betrekking op de voorganger van wat men tegenwoordig als vruchtgebruik kent. Tegenwoordig geeft het vruchtgebruik aan een bepaald persoon het recht om goederen die aan een ander toebehoren, te gebruiken en daarvan de vruchten te genieten.³ Het vruchtgebruik heeft betrekking op zowel roerende als onroerende goederen. Onroerende goederen zijn onder andere de grond, de met de grond verenigde beplantingen en de gebouwen die duurzaam met de grond zijn verenigd.⁴ Roerende goederen zijn alle zaken die niet onroerend zijn.⁵ Vroeger kende men de term vruchtgebruik niet. Men sprak van tijdelijke rechten en van permanente rechten. Tijdelijke rechten werden ook wel lijftochten genoemd. De lijftocht was vroeger alleen mogelijk bij onroerende goederen. De gewoonterechtelijke norm was dat aan het einde van een lijftocht, de houder van het permanente recht, geen exclusieve eigenaar werd. Dit in tegenstelling tot het tegenwoordige vruchtgebruik.⁶ Het gewoonterechtelijk karakter verdween op het moment dat bepalingen

¹ De Blois 2012, p. 54.

² Artikel 2 lid 1 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek.

³ Artikel 201 lid 1 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek.

⁴ Artikel 3 lid 1 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek.

⁵ Artikel 3 lid 2 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek.

⁶ Heirbaut 2005, p. 288-289.

hierover in de wet werden opgenomen en men zich naar de regels van de wet begon te gedragen. Een tweede voorbeeld van een gewoonterechtelijke norm uit het verleden, is de gewoonterechtelijke norm: ‘roerend goed heeft geen gevolg’. Dit hield in dat de eigenaar van een roerend goed, zijn goed niet terug kon vorderen bij verlies daarvan. De eigenaar kon zijn goed wel terugvorderen van een contractpartner aan wie hij het goed had overhandigt. De voorwaarden bij het laatste was wel dat de eigenaar het eigendom van zijn goed niet had overgedragen. Tevens kon de eigenaar zijn goed terugvorderen indien sprake was van diefstal. Een uitzondering op diefstal vormde de goederen die – door een andere persoon dan de eigenaar - op de markt waren gekocht. De oorspronkelijke eigenaar kon zijn goed dan pas terugvorderen, indien hij de prijs van het goed had betaald.¹ Ook bij dit voorbeeld verdween het gewoonterechtelijk karakter nadat in de wet bepalingen werden opgenomen over het terugvorderen van goederen. Huidige gewoonterechtelijke normen in het goederenrecht zijn door de onderzoekster niet waargenomen.

5.5.3 Gewoonterechtelijke normen in het verbintenissenrecht

In het verbintenissenrecht zijn ook voorbeelden van gewoonterechtelijke normen van vroeger te vinden. Een voorbeeld van een gewoonterechtelijke norm van vroeger uit het verbintenissenrecht, is dat bij het sluiten van een overeenkomst telkens een formaliteit was vereist, voordat de overeenkomst geldig was. Te denken valt aan de overhandiging van de zaak, de godspenning², de handslag, de kus en de eed.³ In hoofdstuk 2 is een voorbeeld gegeven van het handgeklap op de veemarkt, een gebruik dat vandaag de dag nog steeds wordt toegepast. Een ander voorbeeld van een gewoonterechtelijke norm van vroeger uit het verbintenissenrecht heeft betrekking op het begrip koop. Vroeger kende men een ruime opvatting van het begrip koop. Bijna elke overdracht of vestiging van een zakelijk recht tegen een prijs, werd koop genoemd.⁴ Een zakelijk recht is een recht dat op een zaak of op een ander goed rust. Tegenwoordig staat in de wet dat een koop een overeenkomst is waarbij de een zich verbindt een zaak te geven en de ander zich verbindt om daarvoor een prijs in geld te betalen.⁵ Het gewoonterechtelijk karakter van het begrip koop verdween op het moment dat men het begrip koop uit de wet ging volgen. Een ander voorbeeld van een gewoonterechtelijke norm van vroeger heeft betrekking op de huur van goederen. In de negentiende eeuw regelde de wet niets over verschillende soorten huur van goederen. Gevolg hiervan was dat gewoonterechtelijke normen invulling aan de bestaande soorten huur voor goederen gaf. Als eerste kende men huur voor niet- landbouwdoeleinden. Daarnaast kende men de huishuur. De huishuur had betrekking op onroerende goederen. Naast deze huurovereenkomsten, kende men ook pachtovereenkomsten. De pachtovereenkomsten kende men in relatie tot landbouwdoeleinden. De landpachtovereenkomsten werden onderverdeeld in landpacht voor onroerende goederen en in de veepacht voor dieren.⁶ Tevens regelde het gewoonterecht destijds de opzegvereisten en de opzegtermijn voor de huur. Niet bekend is welke vereisten en termijnen men destijds kende. Deze gewoonterechtelijke normen werden in het Burgerlijk Wetboek van 1804 gecodificeerd.⁷ Een gewoonterechtelijke norm was tevens dat huur voortging op koop. De koper diende het huurcontract te respecteren. Het gevolg hiervan was dat de huurder een vorderingsrecht tegen de koper kreeg. Het Burgerlijk Wetboek volgde het gewoonterecht grotendeels in de regel van ‘koop breekt geen huur’.⁸

Met betrekking tot het verbintenissenrecht worden tevens verwijzingen naar het gewoonterecht in de wet gegeven. Artikel 2 lid 2 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek

¹ Heirbaut 2005, p. 277.

² Godspenning is het geven van handgeld ter bevestiging van een koop- of een huurcontract.

³ Heirbaut 2005, p. 312.

⁴ Heirbaut 2005, p. 339.

⁵ Artikel 1 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek.

⁶ Heirbaut 2005, p. 347.

⁷ Heirbaut 2005, p. 351.

⁸ Heirbaut 2005, p. 351.

geeft weer dat een gedraging tussen schuldeiser en schuldenaar, krachtens wet, gewoonte of rechtshandeling geldende regel niet van toepassing is, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.¹ Artikel 162 lid 2 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek geeft weer dat een gedraging die in strijd is met het ongeschreven recht onrechtmatig kan zijn.² Met ongeschreven recht in dit artikel wordt bedoeld op het gewoonterecht. In de volgende uitspraak van de rechter werd een beroep gedaan op een gewoonte waar artikel 162 lid 2 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek naar verwijst.³ Het geschil betrof ging over de praktijkregels van curatoren. In dit geschil werd gesteld dat praktijkregels een dwingend karakter hebben en daardoor richtinggevend zijn. Verder werd gesteld dat de praktijkregels een vastlegging zijn van wat de kring van curatoren als heersende leer opvat en van de gebruikelijke normen en waarden die curatoren in hun werk toepassen. De praktijkregels van de curatoren zouden dus op de gewoonte zijn gebaseerd. Het Gerechtshof oordeelde dat de praktijkregels inderdaad een vastlegging zijn van wat de kring van curatoren als heersende leer opvat, maar dat het niet juist is dat daaraan het gevolg wordt gegeven dat de praktijkregels gezien kunnen worden als gewoonterecht en dat zij een invulling geven aan de zorgvuldigheidsnorm van artikel 162 van Boek 6 Burgerlijk Wetboek. Verder oordeelde het Gerechtshof dat de praktijkregels wel normen kunnen bevatten die als rechtens geldend dienen te worden beschouwd, maar dat de geldigheid van deze normen niet ontleend is aan de praktijkregels en aan de in de samenleving heersende rechtsopvattingen over wat de maatschappij betamelijk acht. De regels die door de curatoren als gebruikelijk zouden worden nageleefd, kunnen niet gelden als algemene rechtsregels, waar derden rechten en plichten aan kunnen ontleenen. De inhoud van de praktijkregels is niet meer dan een aanwijzing voor wat een curator heeft te doen of heeft na te laten.

Artikel 248 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek geeft tevens een verwijzing naar het gewoonterecht.⁴ Artikel 248 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek luidt: een overeenkomst heeft niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen, maar ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien. In de meeste gevallen gaat het hier om gebruiken in bepaalde branches. Ten aanzien van een gesloten arbeidsovereenkomst betekent dit, dat een werknemer bepaalde verplichtingen kan hebben die niet in de arbeidsovereenkomst staan vermeld, omdat deze in de desbetreffende branche gebruikelijk en vanzelfsprekend zijn. Zo kan het tot de plichten van een verkoopster behoren om een kwartier voor aanvang van haar officiële werktijd aanwezig te zijn wanneer dat in de detailhandel gebruikelijk is.⁵ Tevens valt te denken aan supermarkten waar het gebruikelijk is dat caissières een keer per week de kassa schoonsoppen. Een nieuwe caissière zal zich, net als de andere caissières, naar deze gewoonte moeten gedragen, ook al is deze gewoonte niet opgenomen in haar arbeidsovereenkomst.⁶ Het blijkt dus dat de inhoud van een overeenkomst in sommige gevallen bepaald kan worden door het gewoonterecht. Gedacht kan worden aan de gevallen dat in een bepaalde gemeenschap afspraken tussen contracten zo vanzelfsprekend zijn, dat zij bij het sluiten van de overeenkomst niet eens ter sprake komen, laat staan worden vastgelegd. Partijen gaan er dan van uit dat deze afspraken automatisch tot de overeenkomst behoren. In 2007 heeft het Gerechtshof uitspraak gedaan over de invulling van artikel 248 van Boek 6 Burgerlijk Wetboek.⁷ In deze zaak wilde een horecaondernemer zijn onderneming verkopen. De ondernemer werd bij de verkoop bijgestaan door een horecamakelaar. De onderneming werd twee keer bezichtigd door een mogelijke koper. Na deze bezichtigingen bereikten de partijen overeenstemming over de prijs van de

¹ Rinkes e.a. 2009, p. 130.

² Hage & Hage 2010, p. 91.

³ Hof Arnhem 11 september 2007, ECLI:NL:GHARN:2007:BB8620.

⁴ Hage & Hage 2010, p. 51; Taekema, Gaakeer & Loth 2009, p. 118; Verheugt 2013, p. ; Triebert 1997, p. 15.

⁵ Triebert 1997, p. 16; Soeteman 2010, p. 42; Cliteur 2005, p. 126.

⁶ Cliteur 2005, p. 128.

⁷ Hof 's-Hertogenbosch 11 september 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:BB6848.

onderneming. De koper belde vervolgens met de horecamakelaar, met het verzoek dat in de schriftelijke koopovereenkomst een financieringsvoorbehoud opgenomen diende te worden. De horecamakelaar liet weten dat een financieringsvoorbehoud in de overeenkomst niet geaccepteerd zou worden door de verkoper. De koper liet hierop weten dat hij in dat geval van de koop af zou willen zien. De ondernemer had de koper vervolgens op voorhand in gebreke gesteld en sommeerde dat de onderneming afgenomen moest worden. Nadat hier geen gehoor aan was gegeven, legde de ondernemer beslag op een onroerende zaak van de koper. Daarnaast stuurde hij de koper een dagvaarding. De koper voerde bij de rechter aan dat, ook al geen financieringsvoorbehoud in de overeenkomst was opgenomen, de financieringsvoorbehoud op grond van de algemene en gangbare gewoonte wel degelijk geldt. Tevens voerde de koper aan dat de partijen alleen uitdrukkelijk van de gewoonte kunnen afwijken. Het Gerechtshof oordeelde dat het vast stond dat geen financieringsvoorbehoud in de koopovereenkomst was opgenomen en dat de financieringsvoorbehoud evenmin expliciet was overeengekomen. Tevens oordeelde het Gerechtshof dat het juist is dat voor partijen bij een overeenkomst rechtsgevolgen uit een gewoonte kunnen voortvloeien. Het Gerechtshof haalt hiervoor artikel 248 lid 1 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek aan. Het Gerechtshof oordeelde verder dat de gewoonte pas verbintenissen tussen contractanten doet ontstaan, voor zover zij hun rechtsverhoudingen niet volledig in de overeenkomst hebben geregeld. In dit geval hadden de partijen hun verhoudingen wel geregeld, onder meer dat in de koopovereenkomst geen financieringsvoorbehoud zou worden opgenomen.

Ook artikel 618 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek geeft een verwijzing naar het gewoonterecht. Artikel 618 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek luidt: indien geen loon is vastgesteld, heeft de werknemer aanspraak op het loon dat ten tijde van het sluiten van de overeenkomst voor arbeid als de overeengekomen gebruikelijk was (...). Met de term gebruikelijk in dit artikel wordt bedoeld op een gewoonterechtelijke norm.

Een voorbeeld van een door de rechter aanvaardde gewoonterechtelijke norm, is het gebruik in de veehandel, dat het ziek worden van een koe ná de koop, maar nog vóór de aflevering van de koe, voor risico is van de verkoper.¹ Artikel 2a van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek geeft aan dat een dier geen zaak is, maar dat bepalingen met betrekking tot zaken ook op dieren van toepassing zijn. Tegenwoordig is een bepaling over het risico van de verkoper in het Burgerlijk Wetboek opgenomen. Artikel 10 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek geeft aan dat de zaak voor risico van de verkoper is tot de aflevering van de zaak. Een ander voorbeeld van een door de rechter aanvaardde gewoonterechtelijke norm, zijn de BOVAG-voorwaarden (van de Bond van Autohandelaren en Garagehouders). De rechter meent dat de Nederlandse automobilist geacht wordt te weten dat de bonafide autoreparatiebedrijven lid zijn van de BOVAG.²

Naast de voorbeelden van gewoonterechtelijke normen in het verbintenissenrecht, die in deze subparagraaf zijn genoemd, zijn er door de onderzoekster vrijwel geen andere voorbeelden van gewoonterechtelijke normen in de huidige rechtspraak waargenomen.

5.5.4 Gewoonterechtelijke normen in het erfrecht

Vroeger kende men veel uiteenlopende gewoonterechtelijke normen voor het erfrecht bij versterf, wegens het ontbreken van het gelijkheidsbeginsel destijds. Het gelijkheidsbeginsel houdt in dat iedere burger juridisch gezien gelijke rechten heeft en dat iedere burger recht heeft op een gelijke behandeling. Vroeger golden verschillende erfrechtelijke regels, naarmate men bijvoorbeeld een edelman of een horige³ was. Een voorbeeld van een gewoonterechtelijke norm van vroeger in het erfrecht was dat, indien een testament bij een

¹ HR 7 maart 1932, p. 1613.

² Rb. Breda 14 februari 1978, De Gerechtsdeurwaarder 1978, nr. 14.

³ Een horige was een boer die bepaalde verplichtingen had tot een heer.

overleden persoon ontbrak, of indien de erfgenamen een testament niet aanvaardden, het gewoonterecht regelde hoe de erfopvolging zou verlopen. Indien de overleden persoon wel een testament had opgemaakt, dan regelde de wet of de gewoonte de inhoud daarvan.¹ Het is bij de onderzoekster niet bekend op welke wijze het gewoonterecht de inhoud van een testament regelde. Een ander voorbeeld van een gewoonterechtelijke norm van vroeger was dat men haast geen goederen aan anderen dan de familieleden kon nalaten.² Tegenwoordig wordt in Boek 4 van het Burgerlijk Wetboek het erfrecht geregeld. Gewoonterechtelijke normen die in het huidige rechtssysteem in het erfrecht gelden, zijn door de onderzoekster niet waargenomen.

5.6 Gewoonterecht in het Internationaal privaatrecht

Een ander onderdeel van het privaatrecht is het internationaal privaatrecht. Het internationaal privaatrecht omvat de regels die binnen een nationaal rechtssysteem moeten worden toegepast, om te kunnen bepalen welk recht van toepassing is op een privaatrechtelijk geschil, waarbij personen van meerdere nationaliteiten zijn betrokken. Een voorbeeld hiervan geeft de zaak³ van een vrouw met de Joegoslavische nationaliteit, tegen de staatssecretaris van Justitie. De vrouw behoorde tot de groep zigeuners die door de Nederlandse overheid was gelegaliseerd. De vrouw was in het kader van gezinshereniging in Nederland toegelaten en zij was in het bezit gesteld van een zelfstandige vergunning tot verblijf. De geldigheidsduur van haar vergunning liep tot november 1983. In juli had de vrouw Nederland verlaten met als bestemming Joegoslavië. De vrouw had zich in september bij de politie aangemeld en opnieuw een verzoek ingediend voor een vergunning tot verblijf. De vrouw stelde dat zij tijdens haar verblijf in Joegoslavië in het huwelijk was getreden met een man uit haar zigeunergemeenschap. Dit huwelijk zou volgens de zigeunertraditie zijn voltrokken. Gelet op de cultuur van de vrouw zou het huwelijk naar de normen en maatstaven van de zigeunergemeenschap rechtsgeldig zijn. Justitie stelde dat het verzoek tot verblijf niet voor inwilliging vatbaar was, omdat niet was gebleken dat naar Nederlandse Internationaal privaatrecht een geldig huwelijk was gesloten. De vrouw stelde dat de zigeuners in de loop der eeuwen een bijzondere positie hebben ingenomen. Het kwam erop neer dat, hoewel het mogelijk is dat zij een nationaliteit bezitten, deze nationaliteit op het tweede plan staat en de zigeunerregels hun leven beheersen. Deze zigeunerregels kunnen ondergebracht worden onder het gewoonterecht voor een afgebakende groep. De rechter oordeelde dat, nu het voor leden van de zigeunergemeenschap recht dan wel gewoonte is om op een bepaalde wijze in het huwelijk te treden, het huwelijk op grond van het Nederlandse internationaal privaatrecht dient te worden erkend. Verder oordeelde de rechter dat het voorgaande niet exclusief voor zigeuners geldt, maar ook voor andere groepen, die volgens eeuwenlang bestaande gewoonterecht in het huwelijk treden. De rechtbank oordeelde tot slot dat de beslissing van verweerder vernietigd diende te worden. De onderzoekster heeft tijdens dit onderzoek meerdere gewoonterechtelijke normen in het internationaal privaatrecht waargenomen. Meer voorbeelden van internationale gewoonterechtelijke normen in het privaatrecht worden verder niet weergegeven, omdat dit onderzoek zich op het nationale gewoonterecht richt. Dit voorbeeld dient ter verduidelijking van de doorwerking van het internationaal recht in het nationaal recht.

¹ Heirbaut 2005, p. 374.

² Heirbaut 2005, p. 245.

³ ABRvS 13 februari 1987, ECLI:NL:RVS:1987:AM9662.

6 Het gewoonterecht in relatie tot het lesmateriaal op de Juridische Hogeschool Avans-Fontys

6.1 Inleiding

Dit hoofdstuk gaat in op de vijfde deelvraag van dit onderzoek. De vijfde deelvraag luidt: “op welke manier wordt er invulling gegeven aan het gewoonterecht binnen de juridisch inhoudelijke vakken binnen het huidige lesmateriaal op de Juridische Hogeschool Avans-Fontys?”.

In paragraaf 6.2 wordt het huidige aanbod met betrekking tot het gewoonterecht in de juridisch inhoudelijke vakken in het huidige lesmateriaal van de Juridische Hogeschool Avans-Fontys besproken. In paragraaf 6.3 wordt de opbouw van de enquête en het doel dat de enquête dient besproken. In paragraaf 6.4 worden de resultaten van de enquête besproken.

6.2 Het huidig aanbod met betrekking tot het gewoonterecht in de juridische inhoudelijke vakken

Op de Juridische Hogeschool Avans-Fontys beslaat elk leerjaar vier blokken, met elk blok een periode van tien weken. Elk blok heeft een naam dat het doel van het blok aanduidt. Het eerste leerjaar bestaat uit de volgende blokken: P1 de beginnende jurist, P2 de adviserende jurist, P3 de uitvoerende jurist en de P4, de organiserende jurist, waarbij de P voor propedeusefase staat. In de P1 (de beginnende jurist) komen de volgende juridisch inhoudelijke vakken aan bod: staat en recht, jurist en recht en burger en recht. In het vak burger en recht wordt het gewoonterecht behandeld. Het vak burger en recht heeft als doel de studenten bij te brengen welke rechtsbronnen er in het Nederlands rechtssysteem gelden. Daarnaast heeft dit vak als doel de studenten te leren hoe zij als aankomende juristen met deze rechtsbronnen om dienen te gaan. In de eerste lesweek wordt het gewoonterecht besproken. De studenten leren wat het nationale gewoonterecht inhoudt en zij leren wanneer burgers met het gewoonterecht te maken kunnen krijgen. De studenten wordt uitgelegd dat gewoonterechtelijke normen ter verduidelijking van onduidelijke wettelijke bepalingen kunnen dienen. Gebruiken uit het gewoonterecht zouden in bepaalde gevallen invulling kunnen geven aan de onduidelijkheid. Daarnaast wordt uitgelegd dat er twee vereisten zijn alvorens een gewoonte een recht kan worden. De twee vereisten die voor het nationale gewoonterecht worden besproken zijn:

- bestendig gebruik: een herhaling van de gewoonte over een langere tijd in een bepaalde maatschappelijke kring.
- rechtsovertuiging: de desbetreffende maatschappelijke kring dient het gebruik als ‘recht’ te ervaren.

Tevens wordt in het eerste college aan de studenten uitgelegd, dat niet alles wat men gewend is te doen, tot het gewoonterecht behoort. Ook wordt uitgelegd dat de wetgever in bepaalde situaties van een gewoonterechtelijke norm een wettelijke norm maakt.

Naast het nationale gewoonterecht wordt in de eerste lesweek ook het internationale gewoonterecht besproken. Voor het internationale gewoonterecht wordt uitgelegd dat het, net zoals bij het nationale gewoonterecht, mogelijk is dat de wetgever de gewoonterechtelijke norm vastlegt. Bij het internationale gewoonterecht worden deze normen vastgelegd in een verdrag. Zoals bij het nationale gewoonterecht de vereisten worden besproken, wordt dit bij het internationale gewoonterecht ook gedaan. De twee vereisten die voor het internationale gewoonterecht worden besproken zijn:

- aangeduid als algemene praktijk / Statenpraktijk
- opinio iuris necessitatis

Na de eerste lesweek komt het gewoonterecht niet meer aan bod, maar worden de andere rechtsbronnen besproken. In het tentamen aan het einde van het blok, kunnen vragen worden gesteld over de lesstof van het gewoonterecht. De studenten dienen in staat te zijn, uit te kunnen leggen wat het gewoonterecht is aan de hand van een voorbeeld. Tevens dienen zij de verhouding tussen burgers en het gewoonterecht, aan de hand van een casus uit te kunnen leggen.

In de P2 (de adviserende jurist) komen de volgende juridisch inhoudelijke vakken aan bod: inleiding verbintenissenrecht, burgerlijk procesrecht en inleiding goederenrecht. In de P3 (de uitvoerende jurist) komen de volgende juridisch inhoudelijke vakken aan bod: bestuurs(proces)-recht, straf (proces)recht en internationaal publiekrecht. In de P4 (de organiserende jurist) komen de volgende juridisch inhoudelijke vakken aan bod: inleiding ondernemingsrecht en arbeidsrecht. Uit de competentieboeken van de P2, P3 en P4, is niet gebleken dat het gewoonterecht in het huidige lesmateriaal wordt besproken.

In het tweede leerjaar zijn er de volgende blokken: K1 de bedrijfsjurist, K2 de gerechtssecretaris, K3 de belangenbehartiger en K4, de beleidsmedewerker. De K staat voor de Kernfase van de opleiding. In de K1 (de bedrijfsjurist) komen de volgende juridisch inhoudelijke vakken aan bod: bestuursrecht vergunningen, bestuursrecht handhaving, Verbintenissenrecht 1 en Europese interne markt. Onlangs is bekendgemaakt dat met ingang van het nieuwe studiejaar, 2014/2015, de vakken vergunningen en handhaving vervangen zullen worden door de vakken gemeenterecht en handhaving. Het competentieboek voor het nieuwe studiejaar is nog niet bekend, waardoor de inhoud van de vakken gemeenterecht en handhaving onbekend is. In de K2 (de gerechtssecretaris) komen de volgende juridisch inhoudelijke vakken aan bod: materieel strafrecht en formeel strafrecht. In de K3 (de belangenbehartiger) komen de volgende juridisch inhoudelijke vakken aan bod: verbintenissenrecht II, personen en familierecht en burgerlijk procesrecht. In de K4 (de beleidsmedewerker) komen de volgende juridisch inhoudelijke vakken aan bod: gemeenterecht, ruimtelijke ordeningsrecht en milieurecht. Uit de competentieboeken van de K1, K2, K3 en K4, is niet gebleken dat het gewoonterecht in het huidige lesmateriaal wordt besproken.

In het derde leerjaar zijn er de volgende blokken: K5 eerste stageperiode, K6 tweede stageperiode, K7 de juridisch auditor en de K8 het deurwaarderskantoor. Tijdens de stageperiode volgen de studenten geen reguliere lessen. In de K7 (de juridisch auditor) komen de volgende juridisch inhoudelijke vakken aan bod: socialezekerheidsrecht, arbeidsrecht, ondernemingsrecht en privacyrecht. In de K8 (de deurwaarder) komen de volgende juridisch inhoudelijke vakken aan bod: goederenrecht en insolventierecht. Uit de competentieboeken van de K7 en de K8, is niet gebleken dat het gewoonterecht in het huidige lesmateriaal van de K7 en K8 wordt besproken.

Het eerste halfjaar van de vierde leerjaar staat in het teken van de minors. Het minoraanbod verschilt elk half jaar. In principe kunnen de studenten uit een van de volgende vijf minors kiezen: minor recht in internationaal perspectief, minor juridisch advies, minor rechtspraak, minor recht & veiligheid en minor bedrijfsjurist. In de minor recht in internationaal perspectief komen de volgende juridisch inhoudelijke vakken aan bod: internationaal privaatrecht, internationaal strafrecht en vreemdelingenrecht. In de minor juridisch advies komen de volgende juridisch inhoudelijke vakken aan bod: arbeidsrecht, huurrecht, scheidingsrecht en koop en burennrecht. In de minor rechtspraak komen de volgende juridisch inhoudelijke vakken aan bod: strafprocesrecht, profileringsvak bestuursrecht en profileringsvak civiel recht. In de minor recht & veiligheid komen de volgende juridisch inhoudelijke vakken aan bod: bestuursrecht en strafrecht. In de minor bedrijfsjurist komen de volgende juridisch inhoudelijke vakken aan bod: privaatrecht en ondernemingsrecht. Uit de competentieboeken van de minors is niet gebleken dat het gewoonterecht in het huidige lesmateriaal wordt besproken. Het tweede halfjaar van de vierde leerjaar staat in het teken van het afstuderen. Tijdens het afstuderen volgen de studenten geen reguliere lessen.

6.3 De enquête

Onder de vakcoördinatoren van de Juridische Hogeschool Avans-Fontys is een enquête uitgegaan. Het betreft de vakcoördinatoren van de volgende vakken die op de Juridische Hogeschool Avans-Fontys worden aangeboden:

- Leerjaar 1: taal en recht, jurist en recht, staat en recht, burger en recht, goederenrecht, verbintenissenrecht, burgerlijk procesrecht, bestuursrecht, strafrecht, internationaal publiekrecht, ondernemingsrecht en arbeidsrecht.
- Leerjaar 2: verbintenissenrecht 1, Europese interne markt, bestuursrecht handhaving, bestuursrecht vergunningen, materieel strafrecht, formeel strafrecht, verbintenissenrecht 2, personen- en familierecht, burgerlijk procesrecht, ruimtelijkeordeningsrecht, milieurecht, gemeenterecht,
- Leerjaar 3: ondernemingsrecht, arbeidsrecht, socialezekerheidsrecht, goederenrecht en insolventierecht.

In totaal zijn er 39 enquêtes verzonden.

De enquête had als doel te achterhalen hoe de vakcoördinatoren van de Juridische Hogeschool Avans-Fontys tegenover het bespreken van het gewoonterecht in het lesmateriaal staan. Met de enquête kon ook worden achterhaald of de vakcoördinatoren van mening zijn dat studenten in het algemeen, dienen te weten wat het gewoonterecht inhoudt. In de introductie van de enquête is aangegeven dat het een vragenlijst betreft die ca. vijf minuten in beslag neemt om in te vullen. De reden dat gekozen is voor een korte vragenlijst is dat de kans op respons wordt vergroot, omdat meer mensen geneigd zijn vijf minuten van hun tijd vrij te maken dan bijvoorbeeld een kwartier. De vragen in de enquête betreffen, op één na, gesloten vragen. De reden dat gekozen is voor gesloten vragen is omdat op die wijze statistische verwerking van de resultaten mogelijk is, waardoor beter onderbouwde conclusies af te leiden zijn. Statistische data kan naast elkaar gelegd worden en vergeleken, in tegenstelling tot antwoorden op open vragen waarbij deze eerst omgezet dienen te worden naar statistische data. Een nadeel van gesloten vragen is echter wel dat de eventuele motivatie van de vakcoördinatoren op een vraag kan ontbreken. Echter, getracht is het doel van de Juridische Hogeschool Avans-Fontys, het op continue basis verbeteren van het lesmateriaal, voorop te stellen. De optie voor gesloten vragen sluit beter bij dit doel aan.

De enquête is opgemaakt en verstuurd via de website enquetesmaken.nl. De keuze om gebruik te maken van dit medium is wegens het grotere bereik dat te behalen is. Ook is het invullen van een online enquête laagdrempeliger en eenvoudiger voor de deelnemers, wat de kans vergroot op meer respondenten. Dit komt ook ten goede aan de betrouwbaarheid van de enquête. Een ander bijkomend voordeel van dit medium is de automatisering die aan de enquête gekoppeld is. Te denken valt aan grafieken en percentages, wat de foutmarge van de uitkomsten verkleint, in tegenstelling tot wanneer dit zelf berekend zou zijn. De vragen die in de enquête zijn opgenomen, zijn terug te vinden in bijlage 3 van dit rapport. De uitkomsten zijn met grafieken in bijlage 4 opgenomen.

De enquête is betrouwbaar omdat de antwoorden niet afhankelijk zijn van het toeval. Indien het onderzoek wordt herhaald zouden dezelfde antwoorden worden verkregen. Daarnaast is de enquête geldig omdat het een weergave vormt van datgene wat zich feitelijk in de praktijk afspeelt. Met praktijk wordt de invulling van de lessen door de docenten met betrekking tot het gewoonterecht bedoeld.

6.4 De resultaten van de enquête

Van de 39 verzonden enquêtes is er door 17 vakcoördinatoren een respons gegeven. Dit geeft een totale respons van 43,6%. De percentages die in deze paragraaf genoemd worden zijn gebaseerd op het ‘valid percent’. Dit houdt dat de berekende percentages die worden weergegeven alleen antwoorden omvat van de ingevulde enquêtes. De enquêtes van de vakcoördinatoren die de vragen niet hebben beantwoord, zijn dus niet meegenomen in de berekening.

Bij de eerste vraag konden de vakcoördinatoren aangeven in welk vak zij lesgeven. Bij de antwoorden waren alle rechtsinhoudelijke vakken van de Juridische Hogeschool Avans-Fontys weergegeven. De vakcoördinator had de mogelijkheid meerdere vakken aan te vinken. Ook was er de mogelijkheid om een rechtsinhoudelijk vak aan te geven die niet in de keuzemogelijkheden was benoemd. Aangezien op de Juridische Hogeschool Avans-Fontys bepaalde vakken meerdere malen in de opleiding worden gegeven, te denken valt aan het vak verbintenissenrecht, is het leerjaar ook toegevoegd aan de keuzemogelijkheden. Deze vraag is gesteld om de antwoorden van de overige vragen te kunnen koppelen aan het rechtsgebied(en) van de desbetreffende vakcoördinator.

De tweede vraag die is gesteld, is of het gewoonterecht voorkomt in het rechtsgebied waar de ondervraagde vakcoördinator les in geeft. Bij het antwoorden van de vraag kon de vakcoördinator kiezen uit het antwoord ja of nee. 81,3% van de vakcoördinatoren menen dat het gewoonterecht voorkomt in het rechtsgebied waar zij les in geven, tegenover 18,8% van de vakcoördinatoren die menen dat het gewoonterecht niet voorkomt in het rechtsgebied waar zij les in geven. De vakcoördinatoren die aangaven dat het gewoonterecht niet voorkomt in het rechtsgebied waar zij les in geven, geven les in de volgende vakken:

- Leerjaar 1: bestuursrecht, inleiding goederenrecht, inleiding ondernemingsrecht
- Leerjaar 2: bestuursrecht vergunningen, bestuur en beleid, ruimtelijke ordeningsrecht
- Leerjaar 3: goederenrecht, insolventierecht, sociale zekerheidsrecht
- Leerjaar 4: huurrecht, gezondheidsrecht, privaatrecht

De vakcoördinatoren die op de vorige vraag hadden geantwoord dat het gewoonterecht voorkomt in het rechtsgebied waar zij les in geven (81,3%), werd de vraag gesteld of het gewoonterecht ook in hun huidige lesmateriaal wordt besproken. Op deze vraag hebben 92,3% van de vakcoördinatoren bevestigend geantwoord. 7,7% Van de vakcoördinatoren hebben ontkennend op deze vraag geantwoord. Het betreft hier een persoon Deze vraag is gesteld om te bepalen of het gewoonterecht in de rechtspraak wel voorkomt, maar niet in de lessen van de desbetreffende vakcoördinator wordt besproken. De vakcoördinator die aangaf dat het gewoonterecht wel voorkomt in de rechtsgebied(en) waar hij/zij les in geeft, geeft les in de volgende vakken:

- Leerjaar 1: burgerlijk procesrecht
- Leerjaar 2: burgerlijk procesrecht
- Leerjaar 3: arbeidsrecht, insolventierecht
- Leerjaar 4: internationaal privaatrecht, privaatrecht

Bij het bevestigend antwoorden van de vraag of het gewoonterecht in het huidige lesmateriaal wordt besproken (92,3%), werd de vraag gesteld of de vakcoördinatoren menen dat het gewoonterecht besproken dient te blijven in het toekomstige lesmateriaal. Op deze vraag waren drie antwoordmogelijkheden. De eerste mogelijkheid was: ja, maar minder diepgaand. De tweede mogelijkheid was: ja, maar meer diepgaand. De derde mogelijkheid was: nee. De reden voor het stellen van deze vraag was om inzicht te verkrijgen in de behoefte met betrekking tot het gewoonterecht in het lesmateriaal, volgens de vakcoördinatoren. Het merendeel van de vakcoördinatoren (50%) heeft geantwoord dat zij dit wel wensen, maar dat zij dit minder diepgaand terug zouden willen zien komen in het toekomstige lesmateriaal. 41,7% van de vakcoördinatoren hebben geantwoord dat zij het wel terug zouden willen zien komen, maar meer diepgaand. 8,3% Van de vakcoördinatoren wil het gewoonterecht niet bespreken in het toekomstige lesmateriaal. Het betreft bij het laatste één vakcoördinator. Deze vakcoördinator geeft les in de volgende rechtsgebieden:

- Leerjaar 1: burgerlijk procesrecht, inleiding verbintenissenrecht, straf(proces)recht

- Leerjaar 2: burgerlijk procesrecht, formeel strafrecht, verbintenissenrecht 1
- Leerjaar 3: executie- en beslagrecht, insolventierecht
- Leerjaar 4: privaatrecht

De vakcoördinator die in de enquête had aangegeven dat het gewoonterecht in zijn/haar huidige lessen niet wordt besproken (7,7%), werd de vraag gesteld wat de reden voor het niet bespreken van het gewoonterecht in het huidige lesmateriaal is. Deze vakcoördinator gaf als reden aan dat het gewoonterecht in de huidige praktijk niet regelmatig voorkomt. Dezelfde vakcoördinator gaf op de daaropvolgende vraag aan dat hij/zij het geen goede zaak zou vinden om het gewoonterecht in te voeren in het toekomstige lesmateriaal voor zijn/haar lessen. De reden voor het stellen van deze vraag was om te bezien of de vakcoördinatoren die geen les geven in het gewoonterecht, terwijl het gewoonterecht wel voorkomt in het rechtsgebied waar zij les in geven, hier wel behoefte aan zouden hebben.

Vraag 7 van de enquête betrof de vraag of de vakcoördinatoren een voorbeeld van een gewoonterechtelijke regel konden geven. De reden van deze vraag was om te bezien wat de parate kennis van de vakcoördinatoren van het gewoonterecht in de rechtspraak is, met betrekking tot voorbeelden. De voorbeelden die genoemd werden, waren uiteenlopend. Het voorbeeld van het handgeklap op de veemarkt kwam in de voorbeelden een aantal keren terug. Verder waren er voorbeelden uit het internationale recht, de onrechtmatige daad, artikel 6:248 van het Burgerlijk Wetboek, het staatsrecht en de koopovereenkomst genoemd. Vraag 8 van de enquête betrof een stelling. De stelling was dat het niet van belang is voor de studenten om te weten wat het gewoonterecht inhoudt (indien het gewoonterecht een onderdeel vormt van het rechtsgebied). Op deze stelling konden de vakcoördinatoren een keuze maken uit twee antwoordmogelijkheden. De eerste antwoordmogelijkheid was: mee eens. De tweede antwoordmogelijkheid was: niet mee eens. De reden voor deze stelling was om te bezien welke rol de vakcoördinatoren het gewoonterecht in het rechtssysteem geven. 14,3% Van de vakcoördinatoren is het met deze stelling eens, tegenover 85,7% van de vakcoördinatoren die het met de stelling oneens zijn.

Vraag 9 van de enquête betrof ook een stelling. Deze stelling was dat het invoeren van het gewoonterecht in het toekomstige lesmateriaal een positieve invloed heeft op de kwaliteit van de lesstof. Ook op deze stelling konden de vakcoördinatoren een antwoord kiezen uit de antwoordmogelijkheden mee eens en niet mee eens. De reden voor deze stelling was om te bezien hoe de vakcoördinatoren zouden staan tegenover het invoeren van lesstof over het gewoonterecht in het toekomstige lesmateriaal. 42,9% Van de vakcoördinatoren was het met deze stelling eens, tegenover 57,1% van de vakcoördinatoren, die het met deze stelling niet eens waren.

7 Conclusies en aanbevelingen

7.1 Inleiding

Dit hoofdstuk geeft een antwoord op de centrale vraag. De centrale vraag van dit rapport luidt: *“Welke aanbevelingen kunnen er worden gedaan over de plaats van het nationale gewoonterecht binnen de juridisch inhoudelijke vakken op de Juridische Hogeschool Avans-Fontys, na toetsing van de uitkomsten van een enquête, gehouden onder de vakcoördinatoren van de Juridische Hogeschool Avans-Fontys en na een inhoudelijke studie uit literatuur, artikelen en jurisprudentie naar de betekenis van het nationale gewoonterecht”*.

In paragraaf 7.2 worden conclusies getrokken naar aanleiding van het literatuur en jurisprudentieonderzoek. In paragraaf 7.3 worden conclusies getrokken op basis van de uitkomsten van de enquête en over het gewoonterecht in het huidige lesmateriaal op de Juridische Hogeschool Avans-Fontys. Tot slot wordt in paragraaf 7.4 een aanbeveling gedaan.

7.2 Conclusies uit literatuur en jurisprudentie

Het gewoonterecht is een van de vier Nederlandse rechtsbronnen. Het gewoonterecht is ongeschreven, omdat het zich onder de gemeenschap heeft ontwikkeld en in beginsel niet is opgetekend. Omdat het gewoonterecht ongeschreven is, is het niet mogelijk een norm te raadplegen, hierdoor kunnen burgers niet bekend raken met de inhoud van het gewoonterecht. Een gewoonterechtelijke norm ontstaat op het moment een gebruik binnen een bepaalde kring van personen herhaald wordt in soortgelijke omstandigheden en als rechtsregel wordt opgevat. Indien een conflict ontstaat over een gewoonterechtelijke norm, kan men een beroep doen op het gewoonterecht bij de rechter. Diegene die zich op het gewoonterecht beroept dient het bestaan van de gewoonterechtelijke norm aan te tonen. Dit kan middels getuigen en andere wettelijke bewijsmiddelen worden aangetoond. Als de rechter het bestaan van een gewoonterechtelijke norm aanvaardt, kan hij die in zijn vonnis onder woorden brengen en vervolgens toepassen in het geschil.

Voor zover bekend, is het gewoonterecht in de zevende eeuw v.C. bij de Romeinen ontstaan. De Romeinen maakten in deze periode gebruik van de gewoonte van de voorouders, het mos maiorum genoemd. De belangrijkste periode voor het gewoonterecht was de elfde eeuw n.C. In deze periode hadden de Germanen Europa veroverd. De Germanen maakten gebruik van hun eigen recht, het Germaanse gewoonterecht. De Romeinen werd toegang tot hun eigen recht ontnomen, waardoor het gewoonterecht totaal overheerste. De geschiedenis van het gewoonterecht toont aan dat rechtsnormen vaak ontstaan, omdat een maatschappij op een bepaald moment behoefte heeft aan een bepaalde juridische verhouding. In een rechtssysteem dat niet ver is ontwikkeld blijkt het gewoonterecht meer betekenis te hebben. In een dergelijk rechtssysteem is er vaak geen regelgever of de instanties zijn nog niet in staat de juridische zaken te regelen. De behoeftes aan rechtsregels van de maatschappij laten gewoonterechtelijke normen dan spontaan ontstaan.

In het verleden heeft het gewoonterecht een belangrijke rol gespeeld in het staatsrecht, omdat veel verhoudingen en bevoegdheden van de staatsorganen niet waren beschreven. Tegenwoordig zijn er meer rechtsnormen over de verhoudingen en bevoegdheden van de staatsorganen beschreven, waardoor het gewoonterecht een geringere betekenis heeft gekregen in het staatsrecht. Bepaalde zaken worden in de kabinetsformatie tegenwoordig nog steeds door gewoonterechtelijke normen bepaald. Een van de belangrijkste staatsrechtelijke regels is de vertrouwensregel. De vertrouwensregel heeft zich na een langdurig gebruik binnen het staatsrecht gevormd tot gewoonterechtelijke norm.

In het bestuursrecht komt het voor dat een beroep wordt gedaan op het gewoonterecht. De jurisprudentie toont dit aan. Gebleken is dat de rechter een beroep op het gewoonterecht, binnen het bestuursrecht, niet snel aanvaardt. In het internationale publiekrecht is het internationale gewoonterecht een belangrijke bron. Voorbeelden van internationale gewoonterechtelijke normen zijn in de jurisprudentie veel te vinden. In het strafrecht is de vorming van gewoonterechtelijke normen, door het legaliteitsbeginsel, uitgesloten.

De betekenis van het gewoonterecht in het huidige privaatrecht, is gering. Gewoonterechtelijke normen in de huidige rechtspraak over het erfrecht en het goederenrecht zijn niet gevonden en in het personen- en familierecht heeft een beroep op het gewoonterecht meestal te maken met gewoonterechtelijke normen uit een ander land. Binnen het privaatrecht komen gewoonterechtelijke normen voornamelijk voor in het verbintenissenrecht, maar ook binnen dit rechtsgebied is de aanwezigheid van gewoonterechtelijke normen summier.

Omdat gewoonterechtelijke normen ongeschreven zijn en vaak pas bekend worden als er bij de rechter een beroep op het gewoonterecht wordt gedaan, zijn er naar alle waarschijnlijkheid meer gewoonterechtelijke normen in de rechtspraak.

Er zijn meerdere redenen denkbaar voor de geringe betekenis van het gewoonterecht in de huidige rechtspraak. Gewoonterechtelijke normen uit het verleden zijn vaak opgetekend, de wet voorziet in veel rechtsverhoudingen en deze regels worden door de samenleving aanvaardt en dat de rechter een beroep op een gewoonterechtelijke norm niet snel aanvaardt omdat het lastig is het bestaan van de norm te bewijzen.

7.3 Conclusies uit de enquête en uit het huidige lesmateriaal

Het merendeel van de vakcoördinatoren geeft aan dat zij het van belang vinden dat de studenten weten wat het gewoonterecht inhoudt. Daarnaast geeft het merendeel van de vakcoördinatoren aan dat gewoonterechtelijke normen voorkomen in het rechtsgebied waar zij les in geven en dat zij in het huidige lesmateriaal van hun lessen het gewoonterecht bespreken. Een kleine meerderheid van deze vakcoördinatoren wil het gewoonterecht blijven bespreken, maar minder diepgaand. Het lijkt erop dat de vakcoördinatoren vinden dat het gewoonterecht niet wensen te bespreken in hun eigen vakken, maar in een ander vak. Een aantal vakcoördinatoren menen dat het gewoonterecht niet voorkomt in het rechtsgebied waar zij les in geven, onder andere het privaatrecht. Uit onderzoek is gebleken dat in het privaatrecht de grootste rol voor het gewoonterecht is weggelegd. Hieruit valt op te maken dat de vakcoördinatoren onvoldoende op de hoogte zijn van de betekenis van het gewoonterecht voor hun vakgebied.

Door de vakcoördinatoren is het voorbeeld van het handgeklap op de veemarkt, als voorwaarde voor het sluiten van een koopovereenkomst, het meest gegeven. De onderzoekster had verwacht dat dit het meest genoemde voorbeeld zou zijn, omdat ook de onderzoekster tijdens dit onderzoek als eerst in aanraking kwam met dit voorbeeld.

De onderzoekster heeft binnen haar vakkenpakket op de Juridische Hogeschool Avans-Fontys, het gewoonterecht binnen haar lessen niet besproken. Met een aantal andere afstudeerders is hierover gesproken en ook zij geven aan dat zij het gewoonterecht niet besproken hebben binnen de lessen. Na onderzoek van het curriculum van de Juridische Hogeschool Avans-Fontys heeft de onderzoekster niet op kunnen maken dat het gewoonterecht, naast het vak burger en recht, onderdeel uitmaakt van het huidige lesmateriaal.

Momenteel wordt het gewoonterecht binnen het lesmateriaal van de Juridische Hogeschool Avans/Fontys, in het vak burger en recht besproken. In het huidige lesmateriaal van het vak burger en recht wordt aandacht besteed aan de rechtsbronnen die in het Nederlands

rechtssysteem gelden. Besproken wordt aan welke vereisten een nationale gewoonte en een internationale gewoonte dienen te voldoen, alvorens de gewoonte een recht kan worden. In de huidige lessen worden andere vereisten gegeven voor het internationaal gewoonterecht dan voor het nationaal gewoonterecht. Uit literatuuronderzoek is gebleken dat de vereisten *usus* en de *opinio necessitatis* zowel voor de nationale als voor de internationale gewoonte van toepassing zijn.

In het vak burger en recht wordt tevens besproken dat het gewoonterecht naar voren kan komen indien het onduidelijk is hoe wettelijke normen uitgelegd dienen te worden. Een gewoonterechtelijke norm kan in bepaalde situaties de onduidelijkheid van de wettelijke norm wegnemen. Uit literatuuronderzoek is gebleken dat gewoonterechtelijke normen tevens kunnen ontstaan bij het ontbreken van een wettelijke norm, omdat de maatschappij op een bepaald moment behoefte heeft aan de juridische kant van een handeling. Tevens is gebleken er gewoonterechtelijke normen kunnen zijn naast het bestaan van een wettelijke norm. Een bepaalde kring van personen gaat dan feitelijk voor een langere periode, afwijkend van de wettelijke norm, met de situatie om.

7.4 Aanbevelingen

Aangezien het gewoonterecht in de huidige rechtspraktijk niet vaak voorkomt is het van belang dat de aankomende jurist weet dat het gewoonterecht een van de Nederlandse rechtsbronnen is en welke plaats deze rechtsbron in het rechtssysteem inneemt. Op de Juridische Hogeschool Avans-Fontys wordt het voorgaande in het vak burger en recht toegelicht. Het niet bespreken van deze rechtsbron in enig lesmateriaal van de Juridische Hogeschool Avans-Fontys geeft de student een verkeerde indruk van de rechtsbronnen die in het Nederlands rechtssysteem gelden. In een les kan het voorstaande bij de student worden toegelicht. Het vak burger en recht behandelt momenteel de rechtsbronnen, hierdoor is het bespreken van gewoonterecht hier op zijn plaats.

Veel studenten zullen tijdens hun beroeps carrière niet te maken krijgen met het gewoonterecht, omdat het een geringe betekenis heeft in de huidige rechtspraktijk. Het gewoonterecht diepgaand bespreken in andere juridisch inhoudelijke vakken op de Juridische Hogeschool Avans-Fontys is dan ook niet benodigd.

Voor het vak burger en recht kan informatie uit dit rapport worden gebruikt, ter verduidelijking van het gewoonterecht bij de studenten. De vakcoördinator is vrij naar eigen inzicht te bepalen welke informatie hij uit de rapport hiervoor nodig acht.

Het voorbeeld van de zaak waarin wordt getracht de gewoonterechtelijke norm middels foto's aan te tonen krijgt de aanbeveling. Dit voorbeeld laat zien dat het lastig is een gewoonterechtelijke norm aan te tonen bij de rechter en dat een rechter het bestaan van een gewoonterechtelijke norm niet snel aanvaardt. De studenten kunnen dan beter begrijpen waarom het gewoonterecht een geringe betekenis in de huidige rechtspraktijk heeft.

8 Evaluatie

In deze evaluatie wordt teruggeblikt op het verloop van het onderzoek. De bruikbaarheid van dit onderzoek staat hierbij centraal.

Het doel van dit onderzoek was om op 26 mei 2014 een rapport overhandigen, waarin staat beschreven wat het gewoonterecht inhoudt, aan welke eisen een gewoonte dient te voldoen voordat het een recht kan worden, wat de geschiedenis is van het gewoonterecht en eventuele voorbeelden van gewoonterechtelijke normen op verschillende rechtsgebieden.

De centrale vraag van dit onderzoek is: *“Welke aanbevelingen kunnen er worden gedaan over de plaats van het nationale gewoonterecht binnen de juridisch inhoudelijke vakken op de Juridische Hogeschool Avans-Fontys, na toetsing van de uitkomsten van een enquête, gehouden onder de vakcoördinatoren van de Juridische Hogeschool Avans-Fontys en na een inhoudelijke studie uit literatuur, artikelen en jurisprudentie naar de betekenis van het nationale gewoonterecht”*.

Om het bovenstaande doel te verwezenlijken en een antwoord te geven op de centrale vraag, is eerst de relevante wet en literatuur over de inhoud van het gewoonterecht bestudeerd. Om voorbeelden van gewoonterechtelijke normen te achterhalen is in literatuur en in jurisprudentie gezocht. Om te achterhalen welke rol het gewoonterecht heeft binnen het huidige lesmateriaal op de Juridische Hogeschool Avans-Fontys is het curriculum van de hogeschool onderzocht. Om een aanbeveling te kunnen doen voor het toekomstige lesmateriaal op de Juridische Hogeschool is een terugkoppeling gemaakt naar de betekenis in de huidige rechtspraktijk en is een enquête uitgestuurd onder de vakcoördinatoren van de Juridische Hogeschool. In het rapport zijn zoveel mogelijk voorbeelden van gewoonterechtelijke normen gegeven, ook van gewoonterechtelijke normen die vroeger van toepassing waren, maar nu niet meer.

Doordat veel literatuur is geraadpleegd, heeft het literatuuronderzoek veel tijd in beslag genomen. Het onderzoek is hierdoor niet helemaal soepel verlopen. Uiteindelijk is de juiste informatie uit de literatuur geselecteerd en verwerkt in het rapport.

Terugkijkend naar het onderzoek, kan worden geconcludeerd dat de centrale vraag is beantwoord en dat de doelstelling van dit rapport is bereikt. Vervolgonderzoek is hierdoor niet benodigd.

Literatuurlijst

Algra 1992

N.E. Algra, *Gewoonterecht als ongeschreven recht*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1992.

Appel e.a.

Van den Bergh 1982

G.C.J.J. van den Bergh, *Wet en gewoonte: historische grondslagen van een dogmatisch geding*, Deventer: Kluwer 1982.

De Blois 2012

M. de Blois, *Grondslagen van het recht: hoofdlijnen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012.

Cliteur 2005

P.B. Cliteur, *Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2005.

Cogen 2003

M. Cogen, *Handboek Internationaal recht*, Mechelen: Kluwer 2003.

Hage & Hage 2010

J.C. Hage, J. Hage, *Recht, vaardig en zeker: een inleiding in het recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

Heirbaut 2005

D. Heirbaut, *Privaatrechtsgeschiedenis van de Romeinen tot heden*, Gent: Academia Press 2005.

Janssen 2013

L. Janssen, *Nederlands recht begrepen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

Kamphuisen 1935

P.W. Kamphuisen, *Gewoonterecht*, Den Haag: Martinus Nijhoff 1935.

Kramer 1943

H.L.M. Kramer, *Publiekrechtelijke gewoonte en publiekrechtelijk gewoonterecht in Nederland*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1943.

Rinkes e.a. 2009

J.G.J. Rinkes e.a., *Inleiding tot de studie van het Nederlandse recht*, Deventer: Kluwer 2009.

Scholten 1974

Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht: Algemeen deel (1), Deventer: Kluwer.

Slager & Meijer 2004

F. Slager & C. Meijer, *RECHT een inleiding*, Baarn: HB uitgevers 2004.

Soeteman 2010

A. Soeteman, *Over recht gesproken: een inleiding tot het recht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2010.

Taekema, Gaakeer & Loth 2009

H.S. Taekema, A.M.P. Gaakeer & M.A. Loth, *Recht in context: een inleiding tot de rechtswetenschap*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

Triebert 1997

H.C.E. Tribert, *Elementair Recht*, Zutphen: uitgeverij Thieme 1997.

Verheugt 2013

J.W.P. Verheugt, *Inleiding in het Nederlandse recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

Jurisprudentielijst

Internationaal Gerechtshof

IGH 20 februari 1969, *North Sea Continental Shelf*;

Hoge Raad

HR 31 januari 1919, *W 10365 (Lindenbaum/Cohen)*.

HR 7 maart 1932, p. 1613.

HR 3 maart 1972, *NJ 1972, 339 (Maring/Assuradeuren)*.

HR 7 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5355.

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

ABRvS 23 december 1982, ECLI:NL:RVS:1982:AM6995.

ABRvS 2 december 1982, ECLI:NL:RVS:1982:AM6822.

ABRvS 13 februari 1987, ECLI:NL:RVS:1987:AM9662.

ABRvS 9 januari 2013, *LJN BY7979*.

College van Beroep voor het bedrijfsleven

CBb 4 augustus 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BJ4649.

Gerechtshoven

Hof Arnhem 11 september 2007, ECLI:NL:GHARN:2007:BB8620.

Hof 's-Hertogenbosch 11 september 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:BB6848.

Hof Arnhem-Leeuwarden 29 januari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ0357.

Rechtbanken

Rb. Middelburg 4 mei 1949, *NJ 1949/748*.

Rb. 's-Gravenhage 7 januari 1976, *NJ 1977, nr. 14*.

Rb. Breda 14 februari 1978, *De Gerechtsdeurwaarder 1978, nr. 14*.

Rb. 's-Gravenhage 16 maart 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BI3080.

Rb. Leeuwarden 12 november 2009, ECLI:NL:RBLEE:2009:BK4461.

