

DE LOGICA VAN DE ONRECHTMATIGE DAAD

Bart Verheij, Jaap Hage en Gerrit van Maanen

Faculteit der Rechtsgeleerdheid
Universiteit Maastricht
Postbus 616
6200 MD Maastricht

043-3883048/3053.3144

bart.verheij@metajur.unimaas.nl, jaap.hage@metajur.unimaas.nl, g.vanmaanen@pr.unimaas.nl

Referentie

Verheij, B., Hage, J.C., en Maanen G.E. van (1999). De logica van de onrechtmatige daad. *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht*, Jg. 16, No. 4, blz. 95-102.

De auteurs zijn het Nationaal Programma Informatietechnologie en Recht (ITeR) erkentelijk voor de financiële ondersteuning.

DE LOGICA VAN DE ONRECHTMATIGE DAAD

Bart Verheij, Jaap Hage en Gerrit van Maanen

Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Maastricht
Postbus 616, 6200 MD Maastricht

1 Recht en logica

Het lijken twee gescheiden werelden: recht en logica; 'logica' de wereld van de onomstotelijke regels en de vaste redeneerpatronen, 'recht' de wereld waar welhaast elke regel een uitzondering lijkt te hebben. Kan de logica het recht dan iets te bieden hebben? Het doel van dit artikel is om te laten zien dat de logica (mede dankzij recente inzichten op het vakgebied) inderdaad van praktische betekenis is voor het recht.

Logica kan gezien worden als de theorie van correct redeneren en elke jurist zal erkennen dat correct redeneren van praktische betekenis is. Correct redeneren is echter zoveel méér dan wat in de klassieke logicaboekjes staat. Bovendien lijkt logica nauwelijks te gaan over correct *juridisch* redeneren. In dit artikel willen we laten zien dat door recente ontwikkelingen de logica een ruimere blik op correct redeneren heeft gekregen en dat er nu dan ook met recht gesproken kan worden van een logica als theorie van correct juridisch redeneren.

In dit artikel presenteren we een nieuwe logische theorie van regeltoepassing. Deze logische theorie zal voor juristen nauwelijks nieuw ogen: de theorie is zo opgezet dat er een nauwe aansluiting is bij regeltoepassing in de praktijk. De logische theorie is bedoeld om *expliciet* te maken hoe regeltoepassing in de juridische praktijk al *impliciet* gebeurt. Wij hopen dat hiermee het inzicht van juristen in hoe ze regels in de praktijk toch al toepasten, wordt vergroot.

Hieronder zullen we de klassieke logische theorie van regeltoepassing bespreken, een theorie die ook wel bekend staat als die van het juridisch syllogisme. We gebruiken het leerstuk van de onrechtmatige daad om te laten zien dat de klassieke theorie niet goed voldoet. Vervolgens bespreken we onze nieuwe logische theorie van regeltoepassing, geïllustreerd aan de hand van voorbeelden uit het leerstuk van de onrechtmatige daad. Tot slot laten we zien wat de voordelen zijn van de nieuwe theorie ten opzichte van de oude en geven we een indicatie van het belang van de nieuwe theorie voor de rechtspraktijk.

2 Het juridisch syllogisme: de klassieke logische theorie van regeltoepassing

In de klassieke logische theorie van regeltoepassing worden traditioneel drie elementen onderscheiden, te weten rechtsregels, rechtsfeiten en rechtsgevolgen. De (reeds gekwalificeerde) feiten van een concrete casus worden gesubsumeerd onder de (reeds geïnterpreteerde) regel en leiden tot het door de regel bepaalde gevolg. In de rechtstheorie wordt dit wel aangeduid als het *juridische syllogisme*.¹

Een voorbeeld van het juridisch syllogisme is de volgende eenvoudige redenering:

Op grond van art. 6:162 lid 2 BW zijn wetsschendingen onrechtmatig. Iemand heeft de wet geschonden. Daarom heeft die persoon onrechtmatig gehandeld.

Het feit dat een bepaalde persoon de wet heeft geschonden leidt tot het rechtsgevolg dat hij onrechtmatig heeft gehandeld op grond van de rechtsregel van art. 6:162 lid 2 BW dat wetsschendingen onrechtmatig zijn.

In de klassieke logische theorie van regeltoepassing bestaat er dus een eenvoudig verband tussen de drie basiselementen: als, gegeven bepaalde feiten, aan de voorwaarden van een rechtsregel is voldaan, dan treedt het rechtsgevolg in dat door de regel is bepaald. De regel heet

¹ Het is herhaaldelijk betoogd dat deze theorie van regeltoepassing los staat van de vraag hoe ver de autonomie van de regeltoepasser ten opzichte van het recht strekt (zie bijvoorbeeld A. Soeteman, *Norm en logica*, Tjeenk Willink, Zwolle 1981). De autonome, waarderende aspecten van juridische besluitvorming komen tot hun recht bij de interpretatie van regels en de kwalificatie van de feiten.

in zo'n geval te zijn toegepast. Als, gegeven bepaalde feiten, niet aan de voorwaarden van een regel is voldaan, dan wordt de regel niet toegepast. Het rechtsgevolg van de regel treedt dan ook niet in, althans niet op grond van die regel. Er kan uiteraard een andere regel van toepassing zijn die wel tot dit rechtsgevolg leidt.

De klassieke logische theorie van regeltoepassing kan als volgt worden samengevat:

1. Regels hebben voorwaarden en een conclusie.
2. Regels worden toegepast als aan hun voorwaarden is voldaan: dat wil zeggen als, gegeven bepaalde feiten, aan de voorwaarden van een regel is voldaan, dan treedt het rechtsgevolg in dat door de conclusie van de regel is bepaald.
3. Regels worden niet toegepast als niet aan hun voorwaarden is voldaan. In zo'n geval treedt het rechtsgevolg van de regel ook niet in, althans niet op grond van die regel.

3 Aspecten van de onrechtmatige daad

In het volgende beschouwen we enkele aspecten van het leerstuk van de onrechtmatige daad en gaan we na in hoeverre deze binnen de klassieke logische theorie van regeltoepassing kunnen worden behandeld. De conclusie zal zijn dat de klassieke theorie niet goed voldoet.

3.1 De drie vormen van onrechtmatige daad

De eerste vraag die rijst bij het leerstuk van de onrechtmatige daad is welke gedragingen onrechtmatig zijn. Art. 6:162 lid 2 BW geeft drie vormen van een onrechtmatige gedraging: een inbreuk op een recht, een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht en een doen of nalaten in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. We zullen de drie kortweg aanduiden als rechtsinbreuken, wetsschendingen en onzorgvuldige gedragingen.

Art. 6:162 lid 2 BW levert dus drie rechtsregels die gebruikt kunnen worden voor het kwalificeren van een gedraging als een onrechtmatige gedraging:

- Rechtsinbreuken zijn onrechtmatig (behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond).
- Wetsschendingen zijn onrechtmatig (behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond).
- Onzorgvuldige gedragingen zijn onrechtmatig (behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond).²

Voorlopig laten we de uitzondering op de drie hoofdregels, namelijk de aanwezigheid van rechtvaardigingsgrond, even rusten. We komen hier in paragraaf 3.2 op terug.

De toepassing van de regel dat rechtsinbreuken onrechtmatig zijn is niet zonder problemen. Het toebrengen van letselschade is bijvoorbeeld een inbreuk op het recht van lichamelijke integriteit. Toch levert niet iedere letselschade een onrechtmatige daad op die tot schadevergoedingsplicht leidt, zelfs niet als er geen sprake is van een rechtvaardigingsgrond.³ Om dit juridisch te verantwoorden kunnen verschillende constructies worden gebruikt.

Eén constructie is om het begrip 'inbreuk op een recht' in art. 6:162 lid 2 BW *restrictief te interpreteren*. Niet elke rechtsinbreuk is dan een inbreuk op een recht als bedoeld in art. 6:162 lid 2 BW, maar alleen rechtsinbreuken in engere zin. Die rechtsinbreuken in engere zin worden van 'gewone' rechtsinbreuken onderscheiden door aanvullende criteria, bijvoorbeeld door te verlangen dat het om een directe inbreuk gaat. Door deze constructie kan de regel van art. 6:162 lid 2 BW in zijn oorspronkelijke vorm worden gehandhaafd. De benodigde aanscherping vindt

² Voor de duidelijkheid: als wij spreken over een onzorgvuldige gedraging bedoelen wij een doen of nalaten in strijd met hetgeen volgens *ongeschreven* recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. We nemen daarbij aan dat rechtsinbreuken en - vanzelfsprekend - wetsschendingen in strijd zijn met geschreven recht.

³ Zie bijvoorbeeld de noot van Brunner onder het zwiependetakarrest (HR 9 december 1994, NJ 1996, 403).

plaats door de uitdrukking 'inbreuk op een recht' een minder vanzelfsprekende, want restrictieve, interpretatie te geven.

Een tweede constructie is die van de *rechtsverfijning*. Nu wordt de interpretatie van de wettelijke termen niet aangepast, maar wordt aangenomen dat de wettelijke voorwaarden voor onrechtmatigheid niet uitputtend zijn. De oorspronkelijke regel wordt aangepast door aanvullende voorwaarden te formuleren. We kunnen hierbij twee varianten onderscheiden. In de eerste variant zijn de aanvullende voorwaarden feitelijk van aard. Het is dan bijvoorbeeld niet meer zo dat iedere rechtsinbreuk onrechtmatig is, maar alleen een rechtsinbreuk die direct of rechtstreeks is, of die opzettelijk plaats vond.

Wij geven een voorbeeld uit de rechtspraak. De vraag was of het door de afrastering heen steken van een giftige taxusstruik (waardoor de paarden van de buurman kwamen te overlijden) gezien kan worden als een inbreuk op een subjectief recht en daarom op die grond als onrechtmatig kan worden aangemerkt. De Hoge Raad vindt van niet:⁴

'Daargelaten of Hulsbosch [de eigenaar van de paarden] (...) een en ander in de feitelijke instanties aan zijn vordering ten grondslag heeft gelegd, vestigt een inbreuk op het eigendomsrecht van Hulsbosch, die uitsluitend bestaat in het boven diens grond hebben van een gedeelte van een losliggende struik, nog niet een aansprakelijkheid voor een vergiftiging als hier heeft plaatsgevonden, in het bijzonder niet indien degeen die de struik aldus heeft neergelegd, niet wist of behoefde te weten dat die struik vergiftig was.'

In de tweede variant wordt in de aanvullende voorwaarden verwezen naar ongeschreven, maatschappelijke zorgvuldigheidsnormen. Een rechtsinbreuk is dan onrechtmatig indien deze tevens onzorgvuldig was. Een voorbeeld uit de rechtspraak ter illustratie:

Projectontwikkelaar Poot heeft gedurende een aantal jaren tennishallen voor het ABP doen bouwen. Op een gegeven moment besluit de Centrale Beleggingsraad van het ABP om de samenwerking met Poot op een laag pitje te zetten. In zijn kwaliteit als aandeelhouder stelt hij dat het 'waardeloos maken' van zijn aandelen moet worden aangemerkt als een inbreuk op zijn recht als aandeelhouder. De Hoge Raad is het met die stelling niet eens.⁵ In beginsel heeft alleen die vennootschap het recht om schadevergoeding te vorderen: 'het "waardeloos maken" van de aandelen door het gestelde veroorzaken van een faillissement, kan *niet* worden aangemerkt als een inbreuk op een subjectief recht van Poot, welke *inbreuk onrechtmatig zou zijn ook zonder dat een zorgvuldigheidsplicht jegens Poot is geschonden*.' (curs. toegevoegd).

Ook wetsschendingen zijn niet zonder meer onrechtmatig. Soms is de wetsschending slechts één van de factoren die meespeelt bij het onrechtmatigheidsoordeel. In het Maas/Willems-arrest⁶ werd bijvoorbeeld erkend dat Maas onder de wettelijke tarieven voor vrachtvervoer werkte, maar werd geen aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad aangenomen omdat Maas zich tegenover Willems (die zelf, net als vele vrachtvervoerders, ook onder de tarieven had gewerkt) niet onbehoorlijk had gedragen. De Hoge Raad is van oordeel dat

'*de overtreding van het onderhavige voorschrift voor de betrokken vervoerder niet reeds op zichzelf en zonder meer een aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad tegenover zijn concurrenten doet ontstaan*; dat, indien waar is dat, zoals Maas heeft gesteld, ten tijde van het ten processe bedoelde vervoer de door Maas gevolgde wijze van berekening van de vrachtprijs in geval van samenlading onder de internationale goederenvervoerders, waaronder Willems, algemeen gangbaar was, *niet kan worden gezegd dat Maas zich door de overtreding van dat voorschrift tegenover Willems onbehoorlijk zou hebben gedragen*;' (curs. toegevoegd).

Een regel die dicht aansluit bij de wettekst voldoet dan ook niet altijd, in de zin dat de regel tot de ongewenste gevolgen kan leiden. Door restrictieve interpretatie of door rechtsverfijning kunnen die ongewenste gevolgen worden voorkomen. Het kennelijke gemak waarmee regelvoorwaarden worden aangepast is op zich nog niet problematisch voor de klassieke logische theorie van regeltoepassing. Door de oude regels of interpretaties te vervangen door de verbeterde kunnen alle ongewenste gevolgen uit de wereld geholpen.

Het probleem is echter dat dát niet overeenkomt met de juridische praktijk: de oorspronkelijke regels verdwijnen *niet* volledig van het toneel en worden dus niet echt

⁴ HR 22 april 1994, NJ 1994, 624.

⁵ HR 2 december 1994, NJ 1995, 288.

⁶ HR 16 februari 1973, NJ 1973, 463.

vervangen door de 'verbeterde' varianten. De regels dat rechtsinbreuken en wetsschendingen onrechtmatig zijn houden een functie. De oorspronkelijke regels kunnen namelijk gewoon gebruikt worden door de partij die er belang bij heeft. Op grond van deze regels zijn een rechtsinbreuk en een wetsschending namelijk wel *in beginsel* onrechtmatig. Die *prima facie* onrechtmatigheid brengt met zich mee dat degene die zich op een rechtsinbreuk of een wetsschending kan beroepen om een gedraging als onrechtmatig te kwalificeren, een sterkere bewijspositie krijgt. Het is aan de tegenpartij om aan te tonen waarom de in beginsel onrechtmatige gedraging in de concrete situatie toch niet onrechtmatig is.⁷

In de klassieke theorie volgt een rechtsgevolg óf wel óf niet op grond van een regel, respectievelijk als wel en als niet aan de voorwaarde van de regel is voldaan. De *prima facie* onrechtmatigheid op grond van een rechtsinbreuk (in ruime zin) of een wetsschending suggereert dat er nog iets daar tussenin is: het rechtsgevolg volgt *in beginsel* op grond van de regel. In de klassieke theorie is hier geen plaats voor.

Nog ingewikkelder wordt het in het geval van onzorgvuldige gedragingen, dat wil zeggen gedragingen in strijd met ongeschreven maatschappelijke normen. In de jurisprudentie op het gebied van ongeschreven maatschappelijke normen kunnen onder andere de volgende regels betreffende gevaarstelling worden onderscheiden:⁸

- Naarmate de omvang van de gevreesde schade, de kans op de schade of de kans op onoplettendheid groter zijn, of de bezwaarlijkheid van voorzorgsmaatregelen kleiner is, is er een grotere zorgplicht.⁹
- In een sport- en spelsituatie zonder ernstige regelovertreding is er een kleinere zorgplicht.
- Terreinbeheerders hebben een (veel) grotere zorgplicht ten aanzien van gebruikers van het terrein.
- In een zorginrichtingssituatie is er een grotere zorgplicht.
- In een huis-, tuin- en keukensituatie zonder duidelijk verwijt is er een (veel) kleinere zorgplicht.
- Een zuiver nalaten waarbij de dader niet van het gevaar wist en er niet van hoefde te weten, is niet onzorgvuldig.

De klassieke logische theorie krijgt het weer moeilijk. Deze regels leiden niet tot eenduidige conclusies, maar lijken slechts aanleiding te geven tot factoren die kunnen meespelen bij het kwalificeren van een gedraging als onzorgvuldig. De regels zijn vooral *vuistregels*. Met Dworkin¹⁰ zouden we zulke regels ook *beginselen* kunnen noemen. De klassieke theorie vertelt niets over correct redeneren op grond van beginselen.

Om het nog erger te maken kunnen de factoren, die ontstaan op grond van bovenstaande beginselen, in verschillende richtingen wijzen. Een grote kans op schade is een factor die pleit voor een grotere zorgplicht, en - als het gevaar zich heeft gerealiseerd - voor onrechtmatigheid van de gevaarstelling. Als er substantiële kosten zijn verbonden aan veiligheidsmaatregelen pleit dat voor een kleinere zorgplicht, en - als het gevaar zich heeft gerealiseerd - tegen de onrechtmatigheid van de gevaarstelling. Met andere woorden: er kunnen redenen voor en tegen het intreden van een bepaald rechtsgevolg zijn. De redenen zullen gewogen moeten worden om een mogelijk onrechtmatige gedraging te kunnen kwalificeren.

De klassieke theorie zegt niets over redenen, laat staan over het wege van. In het algemeen heeft de klassieke theorie geen antwoord op het probleem van regels met strijdige gevolgen. Als namelijk aan de voorwaarden van regels met strijdige conclusies voldaan is, moet tenminste één van de regels wijken, op straffe van contradictie.

⁷ Vergelijk J. Spier, T. Hartlief, G.E. van Maanen en R.D. Vriesendorp. *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding*, Kluwer, Deventer 1997, nrs. 26, 39 en 40 (Van Maanen) en de daar genoemde literatuur.

⁸ Vergelijk *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding*, a.w., nrs. 47-53 (Van Maanen).

⁹ Dit zijn de bekende *kelderluikfactoren*, genoemd naar het kelderluikarrest (HR 5 november 1965, NJ 1966, 136).

¹⁰ R. Dworkin, *Taking rights seriously*, Duckworth, Londen 1978, blz. 22.

3.2 *Rechtvaardigingsgronden*

Art. 6:162 lid 2 BW geeft een algemene uitzondering op de hoofdregel dat rechtsinbreuken, wetsschendingen en onzorgvuldige gedragingen onrechtmatig zijn, te weten de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.

Omdat in de klassieke logische theorie van regeltoepassing een regel altijd tot een rechtsgevolg leidt als aan de voorwaarden is voldaan, moet de uitzondering in de voorwaarde van de regel worden opgenomen. De regels die op art. 6:162 lid 2 zijn gebaseerd kunnen bijvoorbeeld als volgt worden aangepast:

- Rechtsinbreuken *zonder* rechtvaardigingsgrond zijn onrechtmatig.
- Wetsschendingen *zonder* rechtvaardigingsgrond zijn onrechtmatig.
- Onzorgvuldige gedragingen *zonder* rechtvaardigingsgrond zijn onrechtmatig.

De uitzondering op de regel wordt dus in de regel opgenomen als *negatieve* regelvoorwaarde. Deze methode om met uitzonderingen om te gaan, gaat voorbij aan het gangbare onderscheid tussen hoofdregel en uitzondering. Niet alleen is dit onderscheid intuïtief aantrekkelijk, er is ook een logische functie voor: het onderscheid is gekoppeld aan de verdeling van de bewijslast. Als een benadeelde probeert zijn geleden schade te verhalen op grond van onrechtmatige daad, kan hij volstaan met het betogen dat de gedraging waaruit de schade ontstond een rechtsinbreuk of een wetsschending is. Hij hoeft niet in te gaan op de aan- of afwezigheid van een rechtvaardigingsgrond. Kennelijk geldt voor de benadeelde gewoon de onaangepaste hoofdregel dat rechtsinbreuken en wetsschendingen onrechtmatig zijn! (Vergelijk ook de discussie in de vorige paragraaf over *prima facie* rechtsgevolgen.) De klassieke logische theorie heeft hier geen passend antwoord op.

De derde aangepaste regel – onzorgvuldige gedragingen zonder rechtvaardigingsgrond zijn onrechtmatig – is soms overbodig: soms zal een omstandigheid die als rechtvaardigingsgrond kan worden ingeroepen het onzorgvuldige karakter aan de handeling ontnemen.¹¹ De rechtvaardigingsgrond speelt dan geen rol *naast* het zorgvuldigheidsoordeel op grond van ongeschreven maatschappelijke normen; zo'n grond is als het ware in dat oordeel verwerkt. Volstaan kan dan worden met de regel dat onzorgvuldige gedragingen onrechtmatig zijn. De aangepaste regel dat onzorgvuldige gedragingen zonder rechtvaardigingsgrond onrechtmatig zijn, leidt weliswaar niet tot ongewenste gevolgen, maar is in de praktijk overbodig: de uitzonderingsloze regel dat onzorgvuldige gedragingen onrechtmatig zijn kan alle gevallen aan.

Onder de rechtvaardigingsgronden heeft overmacht als noodtoestand een speciale logische problematiek. In een geval van noodtoestand is er immers per definitie sprake van een *conflict* van plichten. Zoals Hartkamp¹² het formuleert: noodtoestand is aanwezig, wanneer de plicht om een handeling niet te plegen omdat zij onrechtmatig zou zijn, wordt opgeheven door een andere plicht of een belang van hogere orde. Merk op dat Hartkamp hier gebruik maakt van een *hypothetische* onrechtmatigheid. Het ligt voor de hand hierbij te denken aan de eerder besproken *prima facie* onrechtmatigheid. Een voorbeeld is de situatie dat iemand om een kind te redden een ruit breekt van een huis dat in brand staat. Het breken van de ruit is een inbreuk op het eigendomsrecht van de huiseigenaar, en dus is de gedraging in beginsel onrechtmatig. Omdat het belang een kind te redden groter is dan de plicht om de ruit niet te breken is in noodtoestand gehandeld, en ontbreekt de onrechtmatigheid alsnog op grond van de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond. Zowel de *prima facie* rechtsgevolgen, als het wegen van factoren waren we al tegengekomen als verschijnselen die niet in de klassieke logische theorie passen.

3.3 *Het relativiteitsvereiste*

Een onrechtmatige gedraging leidt (volgens art. 6:162 lid 1 BW) tot een schadevergoedingsplicht als de gedraging *jegens* iemand onrechtmatig is. In art. 6:163 BW wordt dit zogenaamde relativiteitsvereiste nader uitgewerkt voor normschendingen: geen

¹¹ Asser-Hartkamp 4-III, *De verbintenissen uit de wet*, Tiende druk, bewerkt door A.S. Hartkamp, Tjeenk Willink, Zwolle 1998, nr. 68.

¹² Asser-Hartkamp 4-III, a.w., nr. 60.

verplichting tot schadevergoeding bestaat, wanneer de geschonden norm *niet strekt tot* bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden. Volgens de parlementaire toelichting geldt dat:

'In de woorden "tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden" ligt opgesloten dat de vordering moet worden afgewezen, zowel wanneer de geschonden norm niet ter bescherming van de eiser strekt, als wanneer de soort van de schade en de wijze waarop de schade is ontstaan buiten het bereik van die bescherming vallen'.¹³

We komen hier een nieuw verschijnsel tegen: de formulering van een uitzondering in een wetsartikel (in dit geval art. 6:163 BW) gescheiden van het artikel (art. 6:162 lid 1 BW) waarin de hoofdregel geformuleerd is. De al eerder genoemde intuïtieve scheiding van hoofdregel en uitzondering wordt hiermee nog eens benadrukt. Het lijkt er namelijk op dat de vraag of een regel tot een rechtsgevolg leidt niet op grond van *alleen* die regel beantwoord kan worden, maar dat ook andere regels hierbij betrokken kunnen zijn. Inderdaad is het zo dat een kennelijke schadevergoedingsplicht door onrechtmatige daad op grond van art. 6:162 BW alleen, weer op losse schroeven kan worden gezet door art. 6:163 BW. In het algemeen suggereert dit dat *elke* getrokken conclusie ongerechtvaardigd kan blijken als er op grond van extra informatie een uitzondering blijkt te moeten worden gemaakt. Dit staat in schril contrast tot de klassieke logische theorie, waar nieuwe informatie een eenmaal getrokken conclusie nooit kan doen wankelen, eenvoudigweg doordat de gebruikte regels *altijd* tot hun gevolg leiden als aan de regelvoorwaarden is voldaan. De problemen die dit oplevert worden verschoven van de legitimatiefase naar de heuristische fase: regels die tot ongewenste gevolgen leiden, zijn kennelijk niet de goede regels, en er dienen dus ook nieuwe regels gevonden te worden.¹⁴

3.4 Problemen met de klassieke logische theorie van regeltoepassing

We zetten de problemen met de klassieke logische theorie van regeltoepassing nog eens op een rij:

1. Aan de voorwaarden van een wettelijke regel kan zijn voldaan, terwijl toch het rechtsgevolg van de regel ongewenst is. In de klassieke theorie is het dan noodzakelijk om tot noodmaatregelen over te gaan. De voorwaarden van de regel kunnen bijvoorbeeld restrictief geïnterpreteerd worden, of men gaat over tot rechtsverfijning, door de wettelijke formulering te vervangen door de 'eigenlijke' regel die meer voorwaarden bevat.
2. Regels kunnen uitzonderingen hebben. Soms worden die in de regel zelf genoemd, zoals in art. 6:162 lid 2 BW, soms zijn ze in een andere regel gespecificeerd, zoals in art. 6:163 BW. Uitzonderingen passen niet in de klassieke theorie van regeltoepassing, omdat volgens die theorie regels altijd tot hun rechtsgevolg leiden als aan de voorwaarden is voldaan. Uitzonderingen lijken in de klassieke theorie te kunnen worden ingepast door ze als negatieve regelvoorwaarden op te vatten. Dit heeft echter nadelen: de formulering van de uiteindelijke regel sluit niet meer aan bij de wettelijke formulering, en de bewijslastverdeling die met de regel/uitzondering-constructie gepaard gaat, verdwijnt onder de tafel.
3. Regels leiden soms tot *prima facie* rechtsgevolgen, die in het licht van aanvullende informatie weer terzijde moeten worden gelegd. De klassieke theorie heeft geen plaats voor

¹³ PG Boek 6, p. 637.

¹⁴ Deze benadering wordt gepropageerd door J.H. Nieuwenhuis in zijn 'Legitimatie en heuristiek van het rechterlijk oordeel', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 1976.6. Verwante benaderingen zijn te vinden in de dissertaties van J.M. Barendrecht en C.E. Smith. In zijn *Recht als model van rechtvaardigheid. Beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming*, Kluwer Deventer 1992, pleit Barendrecht voor een evolutie-benadering van het recht, waarin regels die in een concreet geval niet blijken te voldoen als 'gefalsificeerd' terzijde dienen te worden geschoven en moeten worden vervangen door betere regels. Smith bouwt in zijn *Feit en rechtsnorm. Een methodologisch onderzoek naar de betekenis van feiten voor de rechtsvinding en legitimatie van het rechtsoordeel*, Shaker Maastricht 1998, voort op het Algemeen Deel van Scholten en betoogt dat de betekenis van rechtsregels slechts in samenhang met de feiten van een concreet geval kan worden bepaald. Steeds wordt door deze auteurs de inhoud van de te gebruiken regel afhankelijk gesteld van de uitkomst van die regel voor het te beslissen geval.

prima facie gevolgen omdat het gevolg van een regel altijd intreedt als aan de voorwaarden is voldaan.

4. Regels kunnen beginselachtig zijn, in de zin dat ze slechts tot redenen leiden die bijdragen aan het rechtsgevolg. Zulke redenen leiden niet altijd tot hun rechtsgevolg, bijvoorbeeld als de redenen tegen het rechtsgevolg zwaarder wegen dan die er voor. Dergelijke beginselachtige regels passen dan ook niet in de klassieke theorie van regeltoepassing.

Deze vier problemen zijn overigens niet onafhankelijk van elkaar. In de hierna gepresenteerde nieuwe theorie van regeltoepassing blijkt hoe nauw ze met elkaar samenhangen.

4 Een nieuwe logische theorie van regeltoepassing

De besproken problemen met de klassieke logische theorie van regeltoepassing kunnen naar onze mening worden opgelost. Om die opvatting te ondersteunen bespreken we een nieuwe logische theorie van regeltoepassing, die de problemen niet heeft.¹⁵ De nieuwe logische theorie wijkt op drie hoofdpunten af van de klassieke:

1. Er kunnen uitzonderingen zijn op regels.
2. Het van toepassing zijn van een regel leidt niet direct tot een bepaald rechtsgevolg als conclusie, maar tot een reden voor het rechtsgevolg.
3. Redenen voor en tegen een rechtsgevolg kunnen gewogen worden.

Na de uiteenzetting van de nieuwe logische theorie van regeltoepassing bespreken we kort de verhouding tussen regels en beginselen.

4.1 Uitzonderingen

In de nieuwe logische theorie leidt een regel *niet* altijd tot een gevolg als aan de regelvoorwaarden is voldaan, zoals in de klassieke logische theorie. We hebben al een aantal voorbeelden gezien van uitzonderingen op regels, zoals rechtvaardigingsgronden en het relativiteitsvereiste. In de nieuwe logische theorie worden uitzonderingen op regels onderscheiden van de regels zelf. Uitzonderingen op een regel maken geen deel uit van de regel.

In de nieuwe theorie is het verband tussen regels en uitzonderingen als volgt:

- Een regel is niet van toepassing als zich een uitzondering op de regel voordoet.
- Een regel is wel van toepassing als aan de regelvoorwaarden is voldaan is en zich geen uitzondering op de regel voordoet.

De regel dat wetsschendingen onrechtmatig zijn heeft bijvoorbeeld de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond als uitzondering. Als iemand dus de wet heeft geschonden en er geen rechtvaardigingsgrond is, dan is de regel van toepassing. In het algemeen zal de regel dan tot zijn gevolg leiden. (Maar, zoals we later zullen zien, niet altijd, namelijk niet als de redenen tegen het rechtsgevolg zwaarder wegen dan de reden er voor). Als iemand de wet heeft geschonden en er wel een rechtvaardigingsgrond is, bijvoorbeeld in een geval van overmacht als noodtoestand, dan is de regel niet van toepassing. De regel leidt dan niet tot zijn gevolg. Een ander voorbeeld is het relativiteitsvereiste: als een wettelijke norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden, dan is er een uitzondering op de regel van art. 6:162 lid 1 BW en treedt geen schadevergoedingsplicht in op grond van de wetsschending.

Uitzonderingen op regels en beginselen houden verband met *bewijslastverdeling*. Als een partij er belang bij heeft zich op een regel te beroepen, *hoeft* die zich niet bezig te houden met eventuele uitzonderingen op de regel. Hij kan volstaan aan te tonen dat aan de

¹⁵ Voor een uitgebreide beschrijving van de rechtstheoretische en logische problematiek verwijzen we naar J.C. Hage, *Reasoning with Rules*, Kluwer, Dordrecht 1997, en B. Verheij, *Rules, Reasons, Arguments*, proefschrift Maastricht 1996.

regelvoorwaarden is voldaan. Het kan aan de tegenpartij worden overgelaten aan te tonen dat er wel sprake is van een uitzondering. Het is dan ook de tegenpartij die daar in het algemeen belang bij heeft. Als de tegenpartij niet aantoont dat er sprake is van een uitzondering komt de uitzondering niet aan de orde en is de regel gewoon van toepassing.

Het bestaan van uitzonderingen op regels verklaart ook waarom bij rechtsverfijning, dat wil zeggen het toevoegen van voorwaarden aan de regel, de oorspronkelijke regel naast de verfijnde regel kan blijven bestaan. Neem bijvoorbeeld de basisregel dat rechtsinbreuken onrechtmatig zijn en de verfijnde regel dat onzorgvuldige rechtsinbreuken onrechtmatig zijn. Deze twee regels bestaan naast elkaar, terwijl de eerste toch soms tot ongewenste gevolgen lijkt te kunnen leiden. De basisregel heeft dan ook een uitzondering die de verfijnde regel niet heeft: het feit dat de gedraging *niet onzorgvuldig is*, is een uitzondering op de regel dat rechtsinbreuken onrechtmatig zijn. Normaal gesproken leiden de twee regels nu tot dezelfde gevolgen. De oorspronkelijke regel hoeft niet te worden vervangen door de verfijnde regel en kan zijn functie blijven houden in het kader van de bewijslastverdeling.

Soms kan een regel een 'overbodige' uitzondering hebben: de uitzondering doet zich nooit voor als aan de regelvoorwaarden is voldaan. Als voorbeeld kan gedacht worden aan de discussie over de vraag of het relativiteitsvereiste een rol speelt bij de derde onrechtmatigheidsvorm, de onzorgvuldige gedragingen. Hartkamp¹⁶ is van mening dat dit wel zo is, Van Maanen¹⁷ betoogt van niet. Het meningsverschil vindt zijn oorsprong in de vraag of de relativiteit al in de geschonden zorgvuldigheidsnorm is meegenomen. Is de zorgvuldigheidsnorm meer algemeen geformuleerd, dan zal het relativiteitsvereiste een nuttige functie als uitzondering kunnen hebben; bij een sterker geconcretiseerde zorgvuldigheidsnorm zal die relativisering overbodig zijn. De mogelijkheid dat zich een uitzondering voordoet kan dan geen kwaad. Immers, als de relativisering tot het geschonden belang al in de norm is meegenomen, zal de uitzondering zich nooit voordoen in een geval waarin de geconcretiseerde zorgvuldigheidsnorm is geschonden.

4.2 Redenen en het van toepassing zijn van een regel

In de nieuwe logische theorie van regeltoepassing betekent het van toepassing zijn van een regel nog niet dat het gevolg van de regel intreedt, zoals in de klassieke theorie. In de nieuwe theorie leidt het van toepassing zijn van een regel tot een *reden* voor het rechtsgevolg van de regel. We zagen al voorbeelden van de rol die redenen spelen: wetsschending kan een reden zijn voor onrechtmatigheid, en de omvang van de gevreesde schade kan een reden zijn voor een grotere zorgplicht.

In de nieuwe logische theorie van regeltoepassing is het verband tussen het van toepassing zijn van een regel en redenen als volgt:

- Als een regel van toepassing is, dan zijn de feiten waardoor aan de regelvoorwaarden is voldaan, een reden voor het door de feiten bepaalde gevolg van de regel.
- Als een regel niet van toepassing is, dan zijn de feiten waardoor aan de regelvoorwaarden is voldaan, geen reden voor het door de feiten bepaalde gevolg van de regel.

De regel dat wetsschendingen onrechtmatig zijn kan dus leiden tot een reden voor onrechtmatigheid. Als iemand de wet heeft geschonden en er geen rechtvaardigingsgrond is, dan is de regel van toepassing. In dat geval is het feit dat die persoon de wet heeft geschonden een reden voor het gevolg dat diens gedraging onrechtmatig is. In het algemeen volgt dan ook dat de gedraging onrechtmatig is, maar, zoals uit het vervolg blijkt, niet altijd.

¹⁶ Asser-Hartkamp 4-III, a.w., nr. 99.

¹⁷ Vergelijk *Verbindenissen uit de wet en Schadevergoeding*, a.w., nr. 64 (Van Maanen). Zie ook G.E. van Maanen, 'De relativiteit als onlosmakelijk bestanddeel van de onrechtmatigheidsvraag', *Miscellanea, Jurisconsulto vero Dedicata, Bundel opstellen aangeboden aan prof. mr J.M. van Durné*, Kluwer, Deventer 1997, p. 255-272.

Het kan zo zijn dat het van toepassing zijn van de ene regel het van toepassing zijn van een andere regel uitsluit.¹⁸ Te denken valt aan conflictregels als *lex superior*. Als twee regels van een hogere en van een lagere instantie strijdige gevolgen hebben, terwijl aan de voorwaarden van beide regels is voldaan, dan zal het van toepassing zijn van de hogere regel, het van toepassing zijn van de lagere uitsluiten. In de hier geschetste nieuwe logische theorie levert het van toepassing zijn van de hogere regel dus een uitzondering op ten aanzien van de lagere regel.

4.3 Redenen en afwegen

In de hier voorgestelde, nieuwe logische theorie van regeltoepassing leidt een reden voor een bepaald rechtsgevolg nog niet automatisch tot dat gevolg: er kunnen ook redenen tegen dat gevolg zijn. Voorbeelden zijn de conflicterende factoren die bij gevaarzetting een rol spelen en de conflicterende plichten in het geval van overmacht bij noodtoestand. Als er redenen voor en tegen een gevolg zijn, dan bepaalt het wegen van de redenen of het gevolg intreedt.

In de nieuwe logische theorie van regeltoepassing is de rol van het wegen van redenen als volgt:

- Als er alleen redenen voor een bepaald rechtsgevolg zijn en geen redenen tegen, dan treedt het gevolg in.
- Als de redenen voor een bepaald rechtsgevolg zwaarder wegen dan de redenen er tegen, dan treedt het gevolg in.
- Als de redenen voor een bepaald rechtsgevolg niet zwaarder wegen dan de redenen ertegen, dan volgt het gevolg niet.

De plicht om een kind uit een brandend huis te redden is bijvoorbeeld een reden voor het mogen breken van een ruit; de inbreuk op het eigendomsrecht van de eigenaar van de ruit een reden tegen het mogen breken er van. (Sterker nog, de inbreuk is een reden voor de plicht geen ruit te breken.) De plicht om het kind te redden zal zwaarder wegen dan de rechtsinbreuk, en dus volgt dat een ruit gebroken mag worden.

Het is van belang te beseffen dat hoe het wegen van de redenen voor en tegen een gevolg in een concreet geval uitvalt, *niet* door de logische theorie wordt bepaald. Regelmatig kan het afwegen van redenen niet anders dan intuïtief worden gedaan. Het is een gevoelsmatige kwestie waarvoor niet altijd duidelijke redenen kunnen worden gegeven. Een motivering blijft dan vaag en verwijst veelal naar 'de omstandigheden van het geval'.

Afwegingen kunnen echter ook zelf door redenen gesteund zijn. De plicht om het kind te redden weegt bijvoorbeeld zwaarder dan de inbreuk op het eigendomsrecht *omdat* een kinderleven evident meer waard is dan een ruit. Bij het leerstuk van noodweer verschaffen bijvoorbeeld het subsidiariteitvereiste en het proportionaliteitsvereiste aanknopingspunten voor het gemotiveerd afwegen van redenen. Als het niet noodzakelijk is om een rechtsinbreuk te plegen teneinde de bedreiging van zijn goed af te wenden, kan dat reden zijn om de rechtsinbreuk zwaarder te doen wegen dan de reden dat men zijn eigendommen moest beschermen. De afweging van redenen leidt dan tot de conclusie dat onrechtmatig werd gehandeld.

Deze voorbeelden dat de afweging van de redenen in een concreet geval niet door de logische theorie wordt bepaald, illustreren het algemene inzicht dat logica juridische problemen niet kan oplossen, maar slechts een hulpmiddel is om de problemen en mogelijke oplossingen te structureren.

4.4 Regels en beginselen

Sommige regels lijken meer het karakter van een beginsel te hebben, in de zin dat ze niet direct tot hun gevolg leiden, maar slechts aanleiding geven tot één van de redenen voor het gevolg. In

¹⁸ De rechtstheoreticus Raz spreekt in dit verband van uitsluitende redenen ('exclusionary reasons'). Vergelijk J. Raz, *Practical Reason and Norms*, Hutchinson, Londen 1975, par. 1.2.

dit verband kunnen de regels van art. 6:162 lid 1 BW en art. 6:162 lid 2 tegenover elkaar worden gezet. De toepassing van art. 6:162 lid 1 BW leidt tot een schadevergoedingsplicht, en niet slechts tot een reden daarvoor, terwijl de toepassing van art. 6:162 lid 2 BW op rechtsinbreuken of wetsschendingen alleen tot een reden voor onrechtmatigheid leidt. Zo bezien is de regel van art. 6:162 lid 1 BW dus meer 'regelachtig' en die van art. 6:162 lid 2 BW meer 'beginselachtig'.

In de nieuwe logische theorie leiden *alle* regels in eerste instantie tot een reden voor hun gevolg. De vraag is nu of er in de nieuwe logische theorie dan nog wel plaats is voor typische regels, zoals 6:162 lid 1 BW.

Allereerst kan worden opgemerkt dat het onderscheid tussen regels en beginselen normaal gesproken nergens uit blijkt: als er geen uitzondering is en er geen conflicterende redenen zijn, treedt zowel door regeltoepassing als door beginseltoepassing het rechtsgevolg gewoon in. De verschillen komen pas naar voren onder ongewone omstandigheden.

Als we kijken naar art. 6:162 lid 1 BW als voorbeeld van een typische regel, dan zien we dat ongewone omstandigheden zich niet snel voordoen. Er zullen niet snel zwaarwegende redenen tegen een schadevergoedingsplicht zijn als al is vastgesteld dat aan iemand een gedraging als onrechtmatige daad kan worden toegerekend. Als beginsel zou bijvoorbeeld kunnen worden aangevoerd dat er geen schadevergoedingsplicht kan zijn als schuld ontbreekt. De repliek is eenvoudig dat het ontbreken van schuld al aan de orde is geweest voor art. 6:162 lid 1 BW kon worden toegepast. Met andere woorden: het van toepassing zijn van de regel van art. 6:162 lid 1 BW sluit de toepassing van andere regels (met name de beginselachtige) die er al in zijn meegenomen uit. (Zie de bespreking van uitsluitende redenen.)

Zo is het mogelijk een geïntegreerde kijk op regels en beginselen te geven.¹⁹ Regels en beginselen worden allebei opgevat als regels in de zin van de hier geschetste logische theorie; het verschil is gradueel en komt slechts tot uiting door de relaties met andere regels en beginselen. Een typisch beginsel leidt alleen tot een reden voor zijn gevolg. Een typische regel leidt behalve tot een reden voor zijn gevolg ook nog tot uitsluitende redenen voor regels en beginselen met strijdige conclusies. Op die manier blokkeert het van toepassing zijn van een typische regel het van toepassing zijn van regels en beginselen met strijdige conclusies, en leidt de typische regel steeds tot zijn gevolg als aan de voorwaarden is voldaan.

4.5 Overzicht van de nieuwe logische theorie van regeltoepassing

De nieuwe logische theorie van regeltoepassing kan als volgt worden samengevat:²⁰

- Een regel is niet van toepassing als zich een uitzondering op de regel voordoet.
- Een regel is wel van toepassing als aan de regelvoorwaarden is voldaan is en zich geen uitzondering op de regel voordoet.
- Als een regel van toepassing is, dan zijn de feiten waardoor aan de regelvoorwaarden is voldaan, een reden voor het gevolg van de regel.
- Als een regel niet van toepassing is, dan zijn de feiten waardoor aan de regelvoorwaarden is voldaan, geen reden voor het gevolg van de regel.
- Als er alleen redenen voor een bepaald rechtsgevolg zijn en geen redenen tegen, dan treedt het gevolg in.
- Als de redenen voor een bepaald rechtsgevolg zwaarder wegen dan de redenen ertegen, dan treedt het gevolg in.
- Als de redenen voor een bepaald rechtsgevolg niet zwaarder wegen dan de redenen ertegen, dan volgt het gevolg niet.

¹⁹ Zie B. Verheij, J.C. Hage en H.J. van den Herik, 'An integrated view on rules and principles', *Artificial Intelligence and Law*, Vol. 6 (1998), No. 1, pp. 3-26, J.C. Hage, 'A Theory of Legal Reasoning and a Logic to Match', *Artificial Intelligence and Law*, Vol. 4 (1996), pp. 199-273, en Verheij 1996, a.w.

²⁰ Voor een formalisering van deze logische theorie (en een bespreking van de moeilijkheden bij het ontwerpen van zo'n formalisering) verwijzen we naar Hage 1996, 1997, a.w., en Verheij 1996, a.w.

Zoals gezegd, zal deze logische theorie voor juristen nauwelijks nieuw ogen. Als dat zo is zijn we in onze opzet geslaagd: de logische theorie beoogt slechts om *expliciet* te maken hoe regeltoepassing in de juridische praktijk al *impliciet* gebeurt. Zo hopen we het inzicht van juristen in hoe ze regels in de praktijk toch al toepasten, te vergroten.

Waar zit het verschil tussen de klassieke en de nieuwe logische theorie van regeltoepassing nu precies in? Het belangrijkste verschil is dat in de klassieke theorie feiten waardoor aan de regelvoorwaarden voldaan is, rechtstreeks tot een gevolg leiden, terwijl dat in de nieuwe theorie in twee stappen gebeurt. Het gevolg treedt in de nieuwe theorie bovendien niet altijd in, omdat die stappen niet altijd gezet kunnen worden.

Uitgaande van de feiten waardoor aan de regelvoorwaarden is voldaan is *de eerste stap* dat de regel van toepassing is. Deze stap kan niet gezet worden als een uitzondering op de regel zich voordoet. Als de regel van toepassing is, dan zijn de feiten waardoor aan de regelvoorwaarden is voldaan een reden voor het gevolg van de regel.²¹ In *de tweede stap* bepaalt weging van de redenen voor en tegen een rechtsgevolg, of het gevolg intreedt. Deze stap kan slechts worden gezet als er alleen redenen voor het gevolg zijn, of als de redenen voor het gevolg zwaarder wegen dan de redenen ertegen.

Wat blijft er over van de klassieke theorie van regeltoepassing? De basiselementen van de klassieke theorie, te weten regels, feiten en rechtsgevolgen, zijn ook in de nieuwe theorie aanwezig. Ze worden aangevuld met nieuwe basiselementen, namelijk uitzonderingen, redenen en wegingen. De verbanden tussen de oorspronkelijke basiselementen zijn wel veranderd. In het bijzonder geldt het verband in de klassieke theorie dat een regel altijd tot zijn gevolg leidt als aan de regelvoorwaarden is voldaan, niet meer in de nieuwe theorie. Het is echter niet helemaal verdwenen; het is alleen genuanceerd. Het is in de nieuwe theorie namelijk wél zo dat *in het algemeen* een toepasselijke regel tot zijn gevolg leidt. Immers alleen in *bijzondere* situaties leidt de regel niet tot zijn gevolg als aan de regelvoorwaarden is voldaan. Zulke bijzondere situaties zijn er in twee typen. Het eerste type is de aanwezigheid van een uitzondering op de regel, het tweede type is het bestaan van redenen tegen het rechtsgevolg, waartegen de redenen ervoor niet opwegen.

5 Conclusies

Als we terugblikken op de problemen van de klassieke theorie van regeltoepassing, zien we dat de nieuwe theorie deze problemen weet te vermijden.

In de eerste plaats is het mogelijk een regel buiten toepassing te laten zonder deze regel op een onnatuurlijke wijze te interpreteren, of daaraan voorwaarden toe te voegen waar geen wettelijke grondslag voor is. Er kan mee worden volstaan om de feiten die maken dat we de regel niet wensen toe te passen, aan te duiden als een uitzondering op de regel. Het is natuurlijk niet zo dat uitzonderingen op regels naar willekeur uit de hoge hoed getoverd kunnen worden. Uitzonderingen heten niet voor niets uitzonderingen en als zodanig bevestigen ze de regel eerder dan dat ze hem ontkennen. Het maken van een uitzondering op een regel dient dan ook zelf te worden gemotiveerd, met name door het specifiek aangeven van de feiten welke aanleiding geven tot het maken van de uitzondering.

Onder de klassieke theorie van regeltoepassing houden uitzonderingen wel een ontkenning van de regel in, omdat in die theorie een uitzondering er op wijst dat de regel blijkbaar anders luidde of anders geïnterpreteerd diende te worden dan vanzelfsprekend leek. Het gevolg daarvan is dat afwijking van de regel onder de klassieke theorie van regeltoepassing een sterkere precedentwerking heeft dan onder de nieuwe theorie. Als nieuwe voorwaarden aan de regel worden toegevoegd, dan kan het niet anders dan dat die nieuwe voorwaarden voor alle gevallen gelden, en niet enkel voor het uitzonderlijke geval dat de aanleiding vormde voor het toevoegen van de extra voorwaarden. Iets dergelijks geldt voor het introduceren van een restrictieve interpretatie van één van de regelvoorwaarden. Een uitzondering op een regel heeft daarentegen

²¹ In de hier geschetste theorie leidt het van toepassing zijn van een regel altijd tot een reden. Zie Hage 1996, 1997, a.w., en Verheij 1996, a.w., voor een logische theorie die de mogelijkheid van redenen voor en tegen de toepassing van regels meeneemt.

slechts uitwerking in een concreet geval en verandert niets aan de regel als zodanig.²² Deze geringere precedentwerking van uitzonderingen kan een deel van de schroom wegnemen voor het gemotiveerd buiten toepassing laten van een overigens toepasselijke regel en daarmee bijdragen aan een flexibeler rechtspleging.

In de tweede plaats houdt de nieuwe logische theorie de erkenning in dat regels ook een beginselachtig karakter kunnen hebben, in de zin dat ze slechts een reden voor hun gevolg opleveren. Dit kan leiden tot eenvoudiger wettelijke formuleringen. Het is immers niet meer steeds nodig om bepalingen zo te formuleren dat alle mogelijke redenen die voor en tegen een bepaald rechtsgevolg kunnen pleiten en alle mogelijke afwegingen daartussen, er in zijn meegenomen. Als het niet goed mogelijk is de verschillende factoren en hun onderlinge verhouding te identificeren, kan de wetgever volstaan met het aangeven van de relevante factoren in de vorm van beginselachtige regels. Op deze manier is de overgave aan het ongeschreven recht bovendien minder totaal dan door de open verwijzing naar de redelijkheid en de billijkheid, of de maatschappelijke zorgvuldigheid.

Voor de rechter geldt iets soortgelijks. Omdat de rechter geen wetgevende taak heeft, is het niet verrassend dat beslissingen soms slechts gemotiveerd worden onder verwijzing naar 'de omstandigheden van het geval'. Een meer uitgewerkte, en daarmee bevredigender motivering kan toch worden gegeven, zonder de ongewenste, en al te sterke precedentwerking die het gevolg zou zijn van het formuleren van gedetailleerde regels. Arresten als *Saladin/HBU*²³ en het *kelderluikarrest*²⁴, waarin de Hoge Raad geen harde regels geeft, maar wel factoren noemt die relevant zijn voor de besluitvorming, zijn goede voorbeelden van wat mogelijk is. Wij hopen dat de hier voorgestelde nieuwe logische theorie van regeltoepassing de drempel voor het vaker toepassen van deze techniek verlaagt.

²² De hier voorgestelde logische theorie van regeltoepassing kan dan ook een alternatief vormen voor het door Barendrecht (a.w.) voorgestelde falsificeren van rechtsregels. Anders dan Barendrecht schijnt te menen is het niet nodig een regel die soms niet voldoet te vervangen door een andere. Bovendien is de door Barendrecht nagestreefde verbetering van het recht te bewerkstelligen door de expliciete motivering van gemaakte uitzonderingen.

²³ HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261.

²⁴ HR 5 november 1965, NJ 1966, 136.