



Universiteit  
Leiden

The Netherlands

## **Legitimatie en heuristiek van het rechterlijk oordeel**

Nieuwenhuis, J.H.

### **Citation**

Nieuwenhuis, J. H. (1976). Legitimatie en heuristiek van het rechterlijk oordeel. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3186>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3186>

**Note:** To cite this publication please use the final published version (if applicable).

# Legitimatatie en heuristiek van het rechterlijk oordeel

## Mr.J.H.Nieuwenhuis

### 1. De bron van verwarring

‘Alle vonnissen moeten de gronden waarop zij rusten, inhouden . . .’ (art. 175 Grondwet).

De rechter moet zijn beslissingen *legitimeren*, d.w.z. onderbouwen met argumenten die het juridisch forum bevredigen. Maar eerst zal hij die argumenten moeten *vinden*.

Rechtspreken is stellig ook een ‘ars inveniendi’.<sup>1</sup> Naast de legitimatie is er de *heuristiek* van de rechterlijke besluitvorming. Het niet voldoende uiteenhouden van beide aspecten, gevoegd bij een onjuiste taxatie van de functie van een deductieve betoogtrant, is verantwoordelijk voor het courante misverstand dat er voor de deductie geen plaats is in het rechterlijk oordeel.<sup>2</sup>

Wie naar voren brengt dat het *vinden* van argumenten voor een beslissing geen proces is dat verloopt via de wetten van logische gevolgelijkheid, heeft volstrekt gelijk.

‘There is no such thing as a logical method of having new ideas, or a logical reconstruction of this process’, om een bekend woord van Popper te citeren.<sup>3</sup> Maar het *vinden* van argumenten en conclusies is ook niet de functie van deductie. Deductie speelt een rol in het debat over de *geldigheid* van argumentaties. Het is primair een vorm van *legitimatie*. De deductieve betoogtrant garandeert een niet te versmaden helderheid en controleerbaarheid van de discussie.

Wie zijn betoog giet in een deductieve vorm, *claimt de geldigheid* van zijn conclusie op basis van de juistheid van zijn premissen. ‘Once the judge has decided upon the relevant rule, its scope and the facts, the validity of his conclusions can be established by deduction.’<sup>4</sup> Dit geldt niet alleen voor de Anglo-amerikaanse rechter, maar evenzeer voor zijn continentale collega. Alleen: het *vinden* van de relevante regelen ‘de feiten’ is stellig géén kwestie van deductie, maar behoort tot de heuristiek van het rechterlijk oordeel en is daarmee onderworpen aan andere, niet-logische regels.

De constatering dat het vinden van argumenten geen bezigheid is waarvoor de deductieve logica het instrumentarium levert, leidt overigens niet tot de conclusie dat het hier gaat om een volstrekt irrationele activiteit die zich onttrekt aan theoretische reflectie.

1. Cicero, *Topica*, 2.1.

2. Representatief hiervoor: J.M. van Dunné, *Normatieve uitleg van rechtshandelingen*, Deventer 1971, p.207: ‘Naar ik meen geldt in de heersende rechtsopvatting de klassieke deductieve methode, waarbij aan de hand van een syllogisme het concrete geval onder regel gesubsumeerd dient te worden, als afgedaan.’

3. K.R. Popper, *The Logic of Scientific Discovery*, London 1972, p.32.

4. R. Cross, *Precedent in English Law*, Oxford 1968, p.179.

Integendeel, juist de laatste tijd valt vanuit de rechtstheorie een groeiende belangstelling<sup>5</sup> te bespeuren voor de topiek d.w.z. dat deelgebied van de antieke wetenschap waarin een 'ars inveniendi' werd ontwikkeld, een zoekstrategie voor een rationele probleemoplossing. De kern van deze 'ars inveniendi' wordt gevormd door het *vergelijkende* denken;<sup>6</sup> het opsporen van overeenkomsten en verschillen; het argumentum a simili (analogie) en het argumentum a contrario zijn als heuristische principes van een nauwelijks te overschatten betekenis.

Casusvergelijking is een manier om argumentatiemateriaal te vinden. Een legitieme functie vervult deze werkwijze pas in tweede instantie, als uitvloeisel van het rechtvaardigheidspostulaat: het gelijke, gelijk; het ongelijke, ongelijk.

## 2. De structuur van het rechterlijk oordeel is deductief

Het gelijke, gelijk!

Dit Aristotelische<sup>7</sup> thema beheerst iedere rechtsbedeling. De rechter moet in gelijke gevallen een gelijke beslissing geven. Slechts voor zover er sprake is van relevante verschillen mag hij tot een verschillend oordeel komen. Er zijn, ruw gezegd, twee systemen om dit uitgangspunt te verwerklijken. Het Anglo-amerikaanse alternatief bindt de rechter aan *precedenten*, d.w.z. de Anglo-amerikaanse rechter is gehouden vroegere beslissingen tot richtsnoer te nemen wanneer hij wordt geconfronteerd met een 'gelijk' geval. De continentale rechtsstelsels beogen de realisering van het gelijkheidspostulaat door de rechter te binden aan *wetten*, d.w.z. aan algemene regels die voor een bepaalde groep van 'gelijke' gevallen een gelijke beslissing voorschrijven. Met beide alternatieven corresponderen, om onze sterk vereenvoudigende beeldvorming nog even voort te zetten, twee denkpatronen.

De Anglo-amerikaanse rechter redeneert *inductief*,<sup>8</sup> d.w.z. van het bijzondere naar het algemene. Hij destilleert de regel die hij ten grondslag legt aan zijn beslissing uit een reeks van voorafgaande beslissingen (reasoning by analogy, reasoning from case to case). Zijn continentale collega is daarentegen gebonden aan een *deductief* denkmodel; hij redeneert van het algemene naar het bijzondere, vanuit de algemene wettelijke regel naar de beslissing in het bijzondere geval. Subsumptie en syllogisme zijn de trefwoorden die deze denktrant karakteriseren.

Syllogistisch is iedere redenering waarbij een conclusie dwingend wordt afgeleid uit

5 Met name geïnspireerd door Th Vieweg, *Topik und Jurisprudenz*, Munchen 1974 en Ch.Perelman en I Olbrechts-Tyteca, *Traite de l'Argumentation*, Paris 1958

6 Vgl Aristoteles, *Topica*, Boek I XIII en XVIII

7 Vgl Aristoteles, *Ethica Nicomachea*, Boek V

8 De term 'inductief' wordt hier, en in het vervolg, gebruikt in de informele betekenis 'van het bijzondere naar het algemene redenerend'. Hieruit heeft zich een specifiek woordgebruik ontwikkeld waarin de term 'inductief' wordt gereserveerd ter verklaring van de methode der natuurwetenschappen voor zover daarin algemene wetten worden opgesteld op basis van een beperkt aantal observaties. Schrijvers die bezwaar aantekenen tegen het gebruik van de term 'inductief' om een bepaalde strategie van de juridische besluitvorming te karakteriseren, (vgl R Cross, *Precedent in English Law*, Oxford 1968 p 180, en G Gottlieb, *The Logic of Choice*, London 1968, p 20), doen dit op basis van dit (onnodig) restrictieve gebruik van de term 'inductie'

twee of meer premissen, d w z een redenering ten aanzien waarvan het logisch tegenstrijdig is de premissen te bevestigen en de conclusie te ontkennen Wij citeren de overwegingen van de rechtbank in de Eelman/Hin procedure <sup>9</sup>

1 'dat naar het oordeel der Rb slechts dan met vrucht een beroep kan worden gedaan op de nietigheid c q vernietigbaarheid van een rechtshandeling van een geestelijk gestoorde op grond van het bij deze ontbreken van een toerekenbare wil, indien de wederpartij heeft begrepen of heeft moeten begrijpen dat de ander handelde in een toestand van geestelijke gestoordheid'

2 'dat dit laatste ten processe niet is gebleken'

3 'dat mitsdien dat beroep op nietigheid subsidiair vernietigbaarheid van de overeenkomst moet worden verworpen'<sup>10</sup>

Deze redenering is bij uitstek syllogistisch Het is onmogelijk de beide premissen (1 en 2) te bevestigen en niettemin de conclusie (3) te ontkennen

Hoe nu?

Is het niet zo dat het verschijnen van Scholtens Algemeen Deel het einde heeft ingeluid van het syllogisme als instrument in het rechterlijke besluitvormingsproces?

De banvloek over het syllogisme behoort in ieder geval sedertdien tot het vaste repertoire van bijna ieder die beschouwingen wijdt aan de structuur van het rechterlijk oordeel

Toch ligt in de boven aangehaalde overwegingen van de rechtbank de stap van 1 en 2 naar 3 'muurvast' en wekt de conclusie na lezing van de beide premissen volstrekt geen verrassing Deze redeneertrant mag derhalve met recht syllogistisch heten

De verwarring rondom de rol van het syllogisme houdt verband met een tweetal – onderling samenhangende – misverstanden In de eerste plaats is dat de exclusieve associatie van deze redeneervorm met een type van rechtsvinding

'de rechter als spreekbuis der wet'<sup>11</sup>

de rechter als een pseudo-mathemaat die zijn werk 'more geometrico' verricht met behulp van de pseudo-wiskundige vergelijking wet x feiten = beslissing, waarbij wet en feiten zijn gegeven zodat het 'uitrekenen' van de beslissing ieder creatief aspect mist De tegenwerpingen die dit beeld verstoren zijn bekend de (wettelijke) regel en de feiten zijn de rechter niet los van elkaar 'gegeven' maar moeten door hem in onderlinge confrontatie worden 'vertolkt' De 'spreekbuis' wordt 'vertolker' Hij moet de regel *concretiseren*, d w z toesnijden op de feiten, hij moet t a v de feiten *abstraheren* De rechtbank 'concretiseert' naar aanleiding van het tussen Eelman en Hin gerezen geschil het vereiste van toestemming (art 1356 B W) tot de bovenaangehaalde regel (vereist is dat de wederpartij heeft begrepen etc) Anderzijds moet de rechter t a v de feiten abstraheren Uit de onuitputtelijke voorraad omstandigheden waaronder het geschil zich heeft afgespeeld moet hij, geholpen door de raadslieden van partijen, datgene kiezen wat relevant is met

9 NJ 1960, 230

10 Deze redenering kan op eenvoudige wijze worden herleid tot de modus ponens indien niet-p dan niet-q niet p derhalve niet-q Hierbij staat p voor 'de wederpartij heeft begrepen etc' en q voor 'er kan met vrucht een beroep op de nietigheid worden gedaan'

11 Vgl G J Wiarda *Drie typen van rechtsvinding* Zwolle 1972 p 13

het oog op de door hem geformuleerde regel; hij moet de 'relevante' feiten selecteren, d.w.z. deze feiten abstraheren van de rest. Van alles wat er over Eelman en Hin te zeggen zou zijn 'abstraheert' de rechtbank in verband met de door haar opgestelde regel de 'relevante' omstandigheid dat met Eelman een normaal gesprek kon worden gevoerd zodat niet vaststaat dat Hin heeft begrepen of heeft moeten begrijpen dat Eelman handelde in een toestand van geestelijke gestoordheid.<sup>12</sup>

Tekenend voor de wisselwerking die optreedt bij de formulering van de regel en de feiten door de rechter is de praktijk die zich rondom het vereiste van art. 59, 3<sup>o</sup> Rv. heeft ontwikkeld. De door deze bepaling voorgeschreven driedeling in de opbouw van een vonnis (de daadzaken en het rechtspunt 'ieder afzonderlijk' en de beslissing) weerspiegelt nog het beeld van de rechter die slechts behoeft na te gaan of de gestelde feiten ten processe vaststaan om vervolgens daarop het hem los daarvan bekende recht toe te passen. Ondanks kritiek,<sup>13</sup> maar onder dekking van de Hoge Raad,<sup>14</sup> negeert de rechter de voorgeschreven caesuur in de motivering van het dictum. Beslissingen omtrent de feiten pleegt men aan te treffen onder de overwegingen 't.a.v. het recht'. De overwegingen t.a.v. de feiten bevatten in de regel niet meer dan (een verwijzing naar) de conclusies van partijen.

Deze praktijk heeft een goede grond. Zowel het concretiseren van de regel als het abstraheren t.a.v. de feiten is het wegen van hun relevantie *ten opzichte van elkaar*. Het zou onwettelijk zijn, beslissingen die zozeer zijn verweven, uiteen te trekken en hen in gescheiden afdelingen van het vonnis onder te brengen.

Zoveel is in ieder geval zeker: het bereiken van de beslissing bestaat niet uit twee onafhankelijke activiteiten, nl. het registreren van de feiten en het reproduceren van de door de wetgever geformuleerde regel. De rechter vervult een aanmerkelijk creatievere rol, een rol bovendien die zich niet laat vangen in de metafoor: 'spreekbuis der wet'. Het is echter een misverstand dat met de eclips van dit beeld van de rechterlijke werkzaamheid ook het syllogisme het veld zou moeten ruimen. De geldigheid van een syllogisme is

12 Voor de hefhebber van planimetrisch geïnspireerde beeldspraak terwijl deductie wordt gekenmerkt door een *lineaire* structuur, beweegt de confrontatie tussen regel en feiten zich in een zogeheten hermeneutische (d.i. interpretatieve) cirkel (Zie hier omtrent K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin-Heidelberg-New York, 1975 p. 183 e.v. en p. 265). Het betreft hier 'wisselwerking' d.w.z. het verschijnsel dat enerzijds de betekenis van het interpretandum wordt bepaald door de betekenis van zijn afzonderlijke bestanddelen, terwijl anderzijds die bestanddelen hun betekenis ontleenen aan het geheel waarin zij voorkomen (Vgl. H.G. Gadamer, *Wahrheit und Methode*, Tübingen 1975 p. 178. 'Grundsätzlich gesehen ist Verstehen immer ein Sichbewegen in solchem Kreise, weshalb die wiederholte Rückkehr von dem Ganzen zu den Teilen und umgekehrt wesentlich ist'). De eenvoudigste demonstratie van de hermeneutische cirkel wordt gevormd door de interpretaties van taaluitingen. De zinnen 'Het schip kon door de aanhoudende vorst niet uitvaren' en 'Het volk werd door de hooghartige vorst veracht' ontleenen hun betekenis (mede) aan het woord 'vorst'. Dit woord verkrijgt op zijn beurt in elk van beide zinnen zijn specifieke betekenis door het verband van de gehele zin. Iets dergelijks zien we bij de confrontatie tussen regel en feiten. De algemene regel krijgt een specifiekere betekenis door het contact met de bijzondere omstandigheden van het te beoordelen geval, terwijl, omgekeerd, de oneindig complexe feitenbrij wordt 'gedespecificeerd' doordat zich daarin, onder invloed van de confrontatie met één of meer regels, een 'casus' aftekent.

13 C. Tieleman, *WPNR* 2593.

14 HR 23-11-1933, *NJ* 1934, 329.

volstrekt onafhankelijk van de wijze waarop de premissen zijn gevormd. Ook de rechter die bij het formuleren van de regel eigen initiatieven ontplooit en die in verband daarmee de feiten als zodanig 'bewerkt' dat zij aansluiten op de door hem opgestelde regel, kan heel wel het resultaat van zijn activiteiten in een syllogistische vorm gieten. De boven aangehaalde overwegingen van de rechtbank leveren hiervan het bewijs.

### 3. Het 'vroom bedrog' bestaat niet

Een tweede misverstand speelt ons parten: het syllogisme in de rechtspraak als een 'vroom bedrog'.<sup>15</sup> *Bedrog*, omdat daarbij de 'in wezen a-logische rechtspraak logische vormen pleegt aan te nemen'. *Vroom*, aangezien 'de eersten, die tegen het afwerpen, van den logischen vorm zouden protesteren, . . . de rechtzoekende leeken (zouden) zijn!' en het derhalve 'juist te hunnen behoefte (is), dat de rechtswetenschap haar in wezen a-logische karakter zoo zorgvuldig met den logischen mantel der liefde bedekt'.

Hier worden *heuristiek* en *legitimatie* verward. Een oplossing *vinden* is één ding; haar *rechtvaardigen* is vers twee. Tot de heuristiek behoort de vraag: hoe bereikt de rechter zijn beslissing? Bedenkt hij eerst de oplossing en pas vervolgens de argumenten, zoals een wijdverbreide opvatting het wil, of wat waarschijnlijker is, concipiëert hij, alvorens zijn definitieve beslissing te bereiken, eerst enige voorlopige beslissingen die hij weegt en, gezien de bijbehorende argumentatie, te licht bevindt?<sup>16</sup> Kortom: het betreft hier een kwestie van (denk-)psychologie.

Bij het motiveren van rechterlijke beslissingen gaat het erom het dictum te doen steunen op deugdelijke gronden. Uitspraken die 'onvoldoende inzicht' geven in 'de gedachtengang' van de rechter worden, als niet naar de eis der wet met redenen omkleed, door de Hoge Raad vernietigd.<sup>17</sup> Maar het motiveren van een beslissing, opgevat als het verschaffen van inzicht in de gedachtengang van de rechter, behelst niet een beschrijving van diens denkproces. Het gaat er niet om *hoe* hij heeft gedacht om zijn beslissing te *vinden*, maar *wat* hij heeft bedacht om haar te *rechtvaardigen*. Als manier om oplossingen te vinden, als heuristisch model, is het syllogisme volstrekt ongeschikt. Het syllogisme is tautoloog; de conclusie bevat slechts informatie die er eerst bij de premissen is ingestopt. Het is niet waarschijnlijk dat de rechtbank in de Eelman/Hin procedure met spanning heeft afgewacht welke conclusie zou rollen uit de door haar geformuleerde premissen dat

1. voor een geslaagd beroep op de nietigheid van een overeenkomst wegens geestelijke gestoordheid wetenschap bij de wederpartij is vereist en dat
2. bij Hin die wetenschap heeft ontbroken.

Wel is het syllogisme een bruikbare vorm om een conclusie te *legitiimeren*.<sup>18</sup> Let wel:

15 Vgl B M Telders, *Rechtspraak en Logica*, Verzamelde Geschriften I, 's-Gravenhage 1947 p 159 e v

16. Vgl H F M Crombag, J L de Wijkerslooth en M J Cohen, *Een theorie over rechterlijke beslissingen*, ter perse Groningen, p 11

17 Vgl HR 14-4-1967, NJ 1967, 224

18 Men bedenke dat bij Aristoteles de belangrijkste variant van het syllogisme, het apodeiktisch syllogisme, door hem beschreven in zijn *Analytica Posteriora*, er niet zozeer toe dient kennis te *vinden* als wel kennis *zeker te stellen*. Vandaar apodeiktisch = bewijzend Vgl Aristoteles, *Analytica Posteriora*, Boek I hoofdstuk 4

uitsluitend een bruikbare *vorm*! Inhoudelijke legitimatie ontleent het dictum slechts aan de aanvaardbaarheid van de als maior fungerende regel en de juistheid van de als minor optredende (visie op de) feiten. Het syllogisme in de gedaante van de *modus ponens* garandeert echter een maximale controleerbaarheid van de inhoudelijke draagkracht van de motivering. Dat in de samenspraak tussen eiser, gedaagde en rechter veelal de aanvaardbaarheid van deze of gene *regel* tot inzet van het debat wordt gemaakt, hangt samen met de eis dat rechtsbeslissingen *generaliseerbaar* zijn.

Einzelfallgerechtigtheit is een *contradictio in terminis* voor de rechtvaardigheid van beslissingen is hun herhaalbaarheid in analoge geschillen een *sine qua non*. Vrij naar Kant<sup>19</sup> voor de rechter zou als categorisch imperatief kunnen gelden: Beslis steeds zo, dat Gij kunt willen dat iedere rechter bij de beslissing van vergelijkbare geschillen Uw beslissing tot richtsnoer neemt.

Dezelfde gedachte klinkt door in art. 1 van het Zwitserse *Zivilgesetzbuch*: indien wet en gewoonte hem in de steek laten, moet de rechter 'nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen wurde'.

Let wel: de gelijkheid van behandeling is slechts een noodzakelijk minimum voor een rechtvaardige rechtsbedeling, voldoende is zij geenszins. De kadi die consequent iedere voor hem verschijnende eiser en gedaagde in de kerker laat werpen, behandelt hen wel gelijk, maar niet rechtvaardig.

Ook de marge voor toetsing in cassatie houdt verband met de vraag of de lagere rechter al dan niet zijn dictum doet steunen op een of meer (generaliserende) regels. Het doel van het cassatie-instituut: handhaving c.q. bevordering van de eenheid van rechtsbedeling, brengt mee dat de grens tussen (toetsbare) 'rechts'vragen en (niet-toetsbare) 'feitelijke' vragen, wordt bepaald door de mate waarin bij de motivering een beroep wordt gedaan op generaliseerbare argumenten. Illustratief hiervoor is tendens om typisch individualiserende argumenten zoals het beroep op billijkheid (de goede trouw) als te zeer 'verwoven met de feitelijke waardering van de omstandigheden' behoudens zeer evidente gevallen niet door de cassatiesluis te laten passeren, zodat zij mitsdien niet door de Hoge Raad op hun houdbaarheid kunnen worden getoetst.<sup>20</sup> Een voordeel van motivering met behulp van regels is, dat zo in ieder geval de mogelijkheid van toetsing in cassatie is gewaarborgd.

Dat een juridische argumentatie zo dikwijls de vorm aanneemt van een *modus ponens* hangt samen met het feit dat vaak wordt gewerkt met regels die (voldoende dan wel noodzakelijke) voorwaarden stipuleren.

Een rechter overweegt bijvoorbeeld dat voor het intreden van rechtsgevolg q de aanwezigheid van omstandigheid p *voldoende* is (indien p dan q) of wel dat voor het intreden van rechtsgevolg q de aanwezigheid van omstandigheid p *vereist* is (indien niet-p dan niet-q).

Beide overwegingen vormen de conditionele maior van een *modus ponens*. Zo zal in het eerste geval de rechter zijn redenering vervolgen met de overweging dat omstandig-

19 Vgl. I Kant: *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Akademische Ausgabe, p. 421: Handle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, dass sie ein allgemeines Gesetz werde.

20 Vgl. HR 31.10.1969, NJ 1970.25.

heid p aanwezig is en dat derhalve rechtsgevolg q is ingetreden. In het tweede geval zal hij aan de afwezigheid van omstandigheid p de conclusie verbinden dat rechtsgevolg q is uitgebleven.

De argumentatie van de rechtbank in de Eelman/Hin procedure leverde reeds een voorbeeld van een *modus ponens* redenering, wij zullen het gebruik van deze argumenteervorm nogmaals demonstreren, thans aan de hand van een ‘vers’ voorbeeld dat echter eveneens is ontleend aan de problemen rondom het tot standkomen van overeenkomsten.

In de procedure Polak/Zwolsman<sup>21</sup> ging het om de vraag of er tussen eiser en verweerder al dan niet een geldige (arbeids-)overeenkomst was tot stand gekomen. Vaststond dat partijen het omtrent enige punten volstrekt eens waren, met name over de vraag welk salaris verschuldigd zou zijn, maar dat geen overeenstemming bestond t a v enige andere punten, met name niet t a v de vraag welke pensioenbijdrage Zwolsman zou betalen ten behoeve van Polak.

Zowel de motivering van het vonnis van de rechtbank als de argumentatie van het cassatiemiddel waarmee Polak het vonnis van de rechtbank bestreed, volgt het stramien van de *modus ponens*. De rechtbank overweegt dat ‘als fundamentele regel moet gelden dat voor de totstandkoming van een overeenkomst nodig is overeenstemming tussen partijen over het geheel hunner prestaties ( )’.

M a w indien geen overeenstemming over het geheel van de prestaties, dan geen overeenkomst. Vervolgens constateert de rechtbank dat er geen overeenstemming bestond over het geheel van de prestaties. De conclusie ligt dan voor de hand: *geen overeenkomst*.

Polak brengt tegen het vonnis van de rechtbank eveneens een regel in het geweer: ‘een overeenkomst komt tot stand wanneer tussen partijen overeenstemming omtrent enige verbintenissen is bereikt’.

M a w indien er overeenstemming bestaat omtrent enige verbintenissen, dan is er sprake van een overeenkomst. Vervolgens wijst Polak op de ten processe vaststaande overeenstemming omtrent enige verbintenissen. De conclusie ligt ook thans voor de hand: *wel een overeenkomst*. In beide gevallen een strikt logische (syllogistische) betoogtrant. Het is onmogelijk de premissen van de beide redeneringen te bevestigen en niettemin hun conclusie te ontkennen. Het is echter wel mogelijk de aanvaardbaarheid van de gebruikte premissen te betwisten en daarmee de conclusie te ontkrachten. Dit is wat de Hoge Raad doet t a v het door Polak geleverde betoog.

‘O, dat de ( ) stelling dat een overeenkomst reeds tot stand is gekomen, wanneer tussen partijen overeenstemming omtrent enige verbintenissen is bereikt ( ) in haar algemeenheid niet kan worden aanvaard’.

Vergelijking van de procedures Eelman/Hin en Polak/Zwolsman maakt duidelijk wat hier wordt bedoeld met ‘concretisering’ van rechtsregels. Beide procedures worden beheerst door een en dezelfde ‘basisregel’ voor het totstandkomen van een overeenkomst is toestemming vereist. Deze basisregel kan in onbewerkte vorm nog niet optreden als

21 HR 14 6 1968 NJ 1968 331



maior in een syllogisme en moet worden geconcretiseerd, d.w.z. worden toegesneden op de feiten. Aangezien de casusposities sterk verschillen brengt dit de rechter tot de formulering van twee verschillende ‘subregels’, nl. dat voor een beroep op het ontbreken van toestemming wegens geestelijke gestoordheid vereist is dat de wederpartij heeft begrepen etc. (Eelman/Hin) en dat ‘voor de totstandkoming van een overeenkomst nodig is overeenstemming tussen partijen over het geheel hunner prestaties’ (Polak/Zwolsman). Pas op dit geconcretiseerd niveau verdienen beide regels het predicaat: geschikt voor subsumptie.

Wat is hier het ‘vroom bedrog’? Welk ‘in wezen a-logische’ activiteit wordt hier met ‘de logische mantel der liefde bedekt’?

Het is inmiddels duidelijk: het ‘vroom bedrog’ bestaat niet. Het gaat om twee verschillende activiteiten. Enerzijds het ‘vinden’ van de beslissing. Dit is inderdaad geen logische, lineair van de regel via de feiten naar de beslissing verlopende activiteit, maar veeleer een confrontatie tussen (concept-)regels, (concept-)visies op de feiten en (concept-)beslissingen.

Deze confrontatie duurt voort totdat de zaak ‘past’, d.w.z. totdat is gevonden een aanvaardbare beslissing die aansluit op een aanvaardbare regel die op zijn beurt is toegesneden op een aanvaardbare visie op de feiten. Anderzijds moet *vorm* worden gegeven aan de *rechtvaardiging* van de gevonden beslissing.

Of die vormgeving geslaagd kan worden genoemd, hangt niet af van de vraag of zij al dan niet een getrouwe weergave is van de in feite door de rechter gevolgde zoekstrategie, maar van de vraag in welke mate zij inzicht verschaft in het dragend vermogen van de motivering.

Zonder aanspraak te kunnen maken op exclusiviteit, is het syllogisme in de vorm van de modus ponens in ieder geval een goede – want bij uitstek controleerbare – presentatie van dictum en motivering. De rechter die zijn rechtspraakprodukten in deze vorm aan het juridisch forum ter beoordeling voorlegt, doet dit met de claim: wie het eens is met mijn premissen, is genoodzaakt mijn conclusie te aanvaarden. Derhalve a contrario: wie mijn beslissing niet wenst te aanvaarden, moet zijn kritiek richten tegen de door mij geformuleerde regel en/of tegen mijn visie op de feiten. En dat zijn bij uitstek onderwerpen waarop het juridisch debat zich toespitst.

Wij vatten samen: deductie en syllogisme zijn geen mechanismen die een rol spelen in het proces van concretisering en abstractie van respectievelijk regel en feiten; zij zijn daarvan het resultaat.

Wanneer de confrontatie tussen regel en feiten is geëindigd door dat is geformuleerd een geconcretiseerde regel die *aansluit* op de selectie van de met het oog op die regel relevante feiten, verschijnt daarin vanzelf een deductieve structuur. Het op elkaar *aansluiten* van regel en feiten betekent immers niets anders dan dat tussen die regel en die feiten een (deductieve) maior-minor relatie is tot stand gekomen.

#### 4. Heuristische principes

Wij zagen dat het syllogisme slechts de *vorm* kan verschaffen waarin de *rechtvaardiging*

van een beslissing kan worden gegoten. Om de beslissing en het materiaal voor haar rechtvaardiging te vinden hebben we andere (heuristische) principes nodig. Twee ervan behoren van oudsher tot de standaard-uitmonstering van de jurist: het argumentum a simili (de analogie)<sup>23</sup> en het argumentum a contrario.

Beide zijn zij hecht verankerd in het rechtvaardigheidspostulaat: het gelijke, gelijk (analogie); het ongelijke, ongelijk (argumentum a contrario). Terwijl het syllogisme behoort tot het deductieve redeneerschema, vertoont de analogie verwantschap met de inductieve denktrant. Het is gebruikelijk de trits deductie, inductie, analogie als volgt te karakteriseren. Deductie: van het algemene naar het bijzondere (Fransen drinken wijn; derhalve: Jean drinkt wijn). Inductie: van het bijzondere naar het algemene (Jean drinkt wijn, Pierre drinkt wijn; derhalve: Fransen drinken wijn). Analogie: van het bijzondere naar het bijzondere (Jean drinkt wijn, Pierre drinkt wijn; derhalve: Nicolas drinkt wijn).

Nu zal duidelijk zijn dat er in geval van analogie niet rechtstreeks van het bijzondere naar het bijzondere wordt geredeneerd, maar via een verzwegen tussenstap: Nicolas heeft met Jean en Pierre gemeen dat zij allen Fransen zijn en in die hoedanigheid behoren tot het genus wijndrinkers. De hierbedoelde verhouding tussen analogie en inductie is helder geanalyseerd door Aristoteles:<sup>23</sup>

‘We hebben gezegd dat analogie een soort inductie is ( . . ) Het is noch de verhouding van deel tot geheel, noch van geheel tot deel, noch van geheel tot geheel, maar van deel tot deel, van gelijk tot gelijk wanneer beiden onder hetzelfde genus vallen.

Om bijvoorbeeld te laten zien dat Dionysius tiran wil worden, aangezien hij om een lijfwacht vraagt, kan men zeggen dat vóór hem Pisistratus en Theagenes van Megara hetzelfde deden, en tiran werden nadat zij hadden gekregen wat zij hadden verzocht.

Al deze voorbeelden vallen onder dezelfde algemene uitspraak, dat wie tiran wil worden, vraagt om een lijfwacht.’

Pisistratus en Theagenes hebben gemeen dat zij beiden hebben gevraagd om een lijfwacht. Bovendien bleek in beide gevallen het motief van hun verzoek: tiran worden. Men kan aan deze informatie twee conclusies verbinden.

In de eerste plaats, dat blijkbaar ieder, die om een lijfwacht vraagt, zich achteraf ontpopt als tiran (generieke analogie) en vervolgens dat ook Dionysius, die immers eveneens om een lijfwacht heeft gevraagd, een tirannenrol ambieert (singuliere analogie).<sup>24</sup>

## 5. Singuliere analogie

Beide analogievormen (generieke en singuliere analogie) worden ook door juristen veelvuldig gehanteerd. Om met de laatste vorm te beginnen: van *singuliere* analogie is

22 Vgl Ch Perelman en L Olbrechts-Tyteca, *Traite de l'argumentation*, tome second, Paris 1958, p 449 Personne n'a niel'importance de l'analogie dans la conduite de l'intelligence Toutefois, reconnue par tous comme un facteur essentiel d'invention, elle a été regardée avec mefiance dès que l'on voulait en faire un moyen de preuve (cursivering niet in het origineel)

23 Aristoteles, *Rhetorica*, I, 2, 19 (1357 b)

24 Deze terminologie is geïnspireerd door Lorenz, die in dit verband Gesamtanalogie en Einzelanalogie onderscheidt Vgl K Lorenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin Heidelberg, New York 1975, p 368 e v

sprake wanneer een juridisch probleem wordt opgelost met behulp van een nieuw gevormde regel die is geënt op een bestaande regel, opgesteld voor een ander, doch vergelijkbaar geval. Van singuliere analogie is mitsdien sprake in HR 10-12-1948, NJ 1949, 122 (Marcel Petit), waar de Hoge Raad een nieuwe regel de zaakwaarnemer heeft een recht van retentie, vastknoopt aan een reeds bestaande regel de lasthebber heeft een recht van retentie (art 1849 BW).

Het is duidelijk dat het argumentum per analogiam, gemeten naar deductief-logische maatstaven, niet door de beugel kan. Een analogie-argument heeft immers de volgende vorm: indien  $p$  dan  $q$ ,  $r$  lijkt op  $p$ , derhalve indien  $r$  dan  $q$ . De conclusie 'indien  $r$  dan  $q$ ' uit 'indien  $p$  dan  $q$ ' is slechts gerechtvaardigd op grond van het niet-deductieve, doch evaluatieve oordeel, dat aan situaties die op elkander lijken hetzelfde rechtsgevolg moet worden verbonden. Bovendien is cruciaal in het analogie-argument, de constatering dat  $r$  'lijkt' op  $p$ , en dit is evenzeer geen kwestie van deductie, maar van waardering. Analogie berust op vergelijking. Ieder vergelijkend oordeel bevat tenminste drie termen, d.w.z. luidt in zijn meest elementaire vorm:  $r$  lijkt op  $p$  in opzichts. Hierbij zijn  $r$  en  $p$  de vergelijkingsobjecten en  $s$  het vergelijkingscriterium (het tertium comparationis). De keuze van het vergelijkingscriterium wordt bepaald door het doel van de vergelijking. In het arrest De Marcel Petit b.a. vergelijkt de Hoge Raad de positie van de zaakwaarnemer met die van de lasthebber. Doel van deze vergelijking is de vraag of ook de zaakwaarnemer een recht van retentie moet worden verleend.

'O wat betreft de door het middel opgeworpen vraag, of de zaakwaarnemer recht van terughouding heeft, dat onze wet bij lastgeving – een in menig opzicht aan de zaakwaarneming verwante figuur – in art. 1849 bepaalt, dat den lasthebber een recht van terughouding toekomt, dat deze bepaling in onze wet is opgenomen, omdat het onrechtvaardig zoude zijn, indien de lasthebber, welke bijv. tot verkrijging ener zaak uitschotten heeft gedaan, genoodzaakt ware het voorwerp aan den lastgever over te geven, en daarna zijn voorschotten in te vorderen (aldus C. Asser, Het Nederlandsch Burgerlijk Wetboek vergeleken met het Wetboek Napoleon, p. 582), dat in *du opzicht* met den lasthebber op een lijn is te stellen degen die, zonder daartoe last te hebben bekomen, eens anders belangen behoorlijk heeft waargenomen en, volgens art. 1393, recht heeft op vergoeding van alle nuttige of noodzakelijke uitgaven, dat daarom – ook al heeft de wet zich hieromtrent niet uitdrukkelijk uitgesproken – aan den zaakwaarnemer, die behoorlijk heeft waargenomen, het recht moet worden toegekend de zaken terug te houden, tot welke de zaakwaarneming betrekking had, totdat hem bedoelde uitgaven zijn vergoed (cursivering niet in het origineel).

'Dat in *du opzicht* met den lasthebber op een lijn is te stellen ( )'

In welk opzicht op een lijn te stellen?

Is er niet eerder in velerlei opzicht verschil?

De lasthebber handelt steeds, de zaakwaarnemer nooit, binnen een contractueel kader.

Lastgeving is beperkt tot het verrichten van rechtshandelingen. Zaakwaarneming kan daarnaast betrekking hebben op feitelijke handelingen. De lasthebber kan soms aanspraak maken op loon, de zaakwaarnemer nooit.

Daartegenover staat een punt van overeenkomst: zowel de lasthebber als de zaak-

waarnemer heeft vaak een aan een ander toebehorende zaak onder zich en bovendien een vordering op die ander uit hoofde van een in verband met die zaak verrichte prestatie

Prevaleren nu de verschillen of de overeenkomsten? Het is duidelijk dat het hier niet gaat om een kwantitatieve analyse. In dat geval overwegen immers de verschillen (drie tegen een). Het betreft hier daarentegen de *waardering* van hun relevantie. Relevantie met betrekking tot het doel van de vergelijking. De vraag of de zaakwaarnemer een recht van retentie moet worden verleend. In dit licht vallen de punten van verschil in het niet.

Het retentierecht wordt gerechtvaardigd door het nauwe verband tussen de wederzijdse prestaties (het synallagma). De lasthebber moet de zaak afgeven, de lastgever dient de vordering van de lasthebber te voldoen. Het ware onredelijk deze verplichtingen te ontkoppelen door de lasthebber tot afgifte te verplichten, onafhankelijk van de vraag of de lastgever bereid is het zijnerzijds verschuldigde te voldoen. Tegen deze achtergrond wordt duidelijk waarom de verwantschap tussen de lasthebber en de zaakwaarnemer zoveel zwaarder moet wegen dan de tussen hen bestaande verschillen. Die verwantschap betreft in tegenstelling tot de verschillenpunten een aspect dat bij uitstek relevant is voor de vraag waar het om gaat: een eventueel retentierecht voor de zaakwaarnemer.

Het analogie-argument: de lasthebber heeft een retentierecht, de zaakwaarnemer lijkt op de lasthebber, derhalve: de zaakwaarnemer heeft een retentierecht, ontleent zijn kracht niet aan overwegingen van formeel-logische aard maar aan een dubbel waardeoordeel, nl. dat het gelijke, gelijke behandeling verdient en dat die gelijkheid een aspect betreft dat relevant is voor het probleem in het kader waarvan het analogie-argument wordt gehanteerd.

## 6 Generieke analogie

Het leerstuk van het recht van retentie biedt tevens een goede illustratie van het karakter van de generieke analogie. Hier doet de jurist wat hij moet doen: door de bomen het bos zien. Uit allerlei speciale regelingen die aan vergelijkbare gevallen eenzelfde rechtsgevolg verbinden, distilleert hij een algemene regel. Uit de artt. 1652, 1766 en 1849 BW die aan resp. arbeidslieden, bewaarnemers en lasthebbers een recht van retentie verlenen, leidt hij als algemene regel af, dat 'Ieder, die tot afgifte van eens anders zaak verplicht is, doch tevens op die ander uit hoofde van een met betrekking tot bedoelde zaak verrichte prestatie een vordering heeft, gerechtigd is tot terughouding'.<sup>25</sup>

Nu is het uiteraard zo, dat ook een singuliere analogie steunt op een beginsel met een wijdere strekking. De conclusie dat naast de lasthebber ook de zaakwaarnemer een recht van retentie heeft, berust mede op de gedachte, dat het in het algemeen onredelijk is dat de een de onder hem verblijvende zaak moet afgeven onafhankelijk van de vraag of de ander bereid is het m.b.t. die zaak van zijn kant verschuldigde bedrag te voldoen. De generieke analogie gaat een stap verder. Hier wordt een dergelijk beginsel *gepositieerd*, d.w.z. tot rechtsregel verheven.

Met die generieke analogie springt de Hoge Raad behoedzamer om dan de schrijvers. In het arrest *De Marcel Petit* b.a. werd, zoals gezien, de in de literatuur bepleite positi-

<sup>25</sup> Asser, Van Oven, *Zakcnrecht*, bijzonder deel, tweede druk, blz. 240.

vering van het algemene retentiebeginsel achterwege gelaten. Ten aanzien van de door het merendeel der schrijvers evenzeer gepropageerde positivering van het beginsel dat ongegronde verrijking ongedaan moet worden gemaakt, nam de reserve van de Hoge Raad tegen de generieke analogie nog duidelijker vormen aan.

In HR 30-1-1959, 548, Quint-Ten Poel werd heel expliciet *verworpen* de generieke analogie, 'dat uit een aantal wetsbepalingen, waarin de wetgever zich klaarblijkelijk heeft laten leiden door de overweging, dat ongerechtvaardigde verrijking moet worden voorkomen, kan worden afgeleid, dat de genoemde regel algemene gelding heeft'. Aan de andere kant werd in dit arrest niet iedere analogie verboden maar haar toelaatbaarheid werd wel uitdrukkelijk beperkt tot de singuliere analogie.

'dat geenszins volgt, dat elke verbintenis rechtstreeks op enig wetsartikel moet steunen, doch dat in gevallen die niet bepaaldelijk door de wet zijn geregeld, de oplossing moet worden aanvaard, die in het stelsel van de wet past en aansluit bij de wel in de wet geregelde gevallen'.

De terughoudendheid ten opzichte van de generieke analogie is begrijpelijk.

De techniek van het generiek analogie-argument bestaat immers uit het opsporen van het beginsel dat ten grondslag ligt aan een aantal verspreide wetsbepalingen om vervolgens het aldus gevonden *beginsel* te verheffen tot een *regel* van geldend recht. Nu hebben rechtsbeginselen niet zelden een antagonistisch karakter, d.w.z. dat tegenover het ene beginsel een ander kan worden aangewezen dat in tegengestelde richting wijst.

Om te volstaan met een (klassiek) voorbeeld: het *nemo plus* beginsel dat botst op het beginsel dat rechtsverrijking te goeder trouw bescherming verdient. Dit vaak antagonistisch karakter van rechtsbeginselen maakt het gevaarlijk hen in onversneden vorm te verheffen tot rechtsregels.

De bovenvermelde voorbeelden: het retentierecht en de ongerechtvaardigde verrijking, illustreren dit gevaar. Veralgemeining van het retentierecht heeft stellig ook een schaduwzijde: verdere erosie van het beginsel van gelijkgerechtigdheid der crediteuren.

Krachtens het bepaalde in art. 60 jo. 176 lid 3, Faillissementswet springt de retentor er immers in geval van faillissement in de regel ongemeen gunstig uit.

Aan de verheffing van het beginsel van restitutie van ongegronde verrijking tot algemene regel ziet de Hoge Raad soortgelijke bezwaren verbonden.

'omdat de toepassing daarvan in sommige gevallen tot ongewenste resultaten zou leiden, waarbij in het bijzonder kan worden gedacht aan de mogelijkheid dat een schuldeiser zich langs dezen weg boven andere schuldeisers zou bevoordelen'.

## 7 Rechtsverfijning

De wetgever levert noodzakelijkerwijs confectiewerk. Aan de rechter de taak er maatwerk van te maken. Soms is een wettelijke regeling te krap van snit, in die zin dat gevallen die wezenlijk gelijk zijn aan de wel geregelde situaties er niet door worden bestreken. De rechter zal in dat geval de werking van de regel per analogiam verruimen.

Een andere keer is de wettelijke regeling te ruim bemeten doordat geen rekening is gehouden met verschillen die tot uitdrukking behoren te komen in een verschil in rechts-

gevolg De wetgever proclameert in art 204 BW 'bezit' tot 'volkomen titel' Maar dient het nog verschil te maken of het bezit te goeder, dan wel te kwader trouw werd verkregen, of onder bezwarende titel, dan wel om niet? De rechter meent van wel en perkt de werking van art 204 in tot bezitsverkrijging te goeder trouw en onder bezwarende titel

Tegenhanger van de analogie is de 'rechtsverfijning'<sup>26</sup> Beide zijn het instrumenten die de rechter in staat stellen de rechtsregel 'op maat' te maken Door middel van analogie verkrijgt het gelijke de gelijke behandeling die het verdient Rechtsverfijning doet de verschillen tot hun recht komen door aan het ongelijke, ongelijke rechtsgevolgen de verbinden

## 8 *Het argumentum a contrario*

Het ongelijke, ongelijk!

Bijzonder pregnant komt dit devies tot uitdrukking in het argumentum a contrario Indien de gevolgmachtigde 'behoorlijk kennis gegeven heeft van zijne volmagt', is hij niet aansprakelijk voor de eventuele schade (art 1843 BW) Deze bepaling fungeert traditioneel als de premisse van een argumentum a contrario waarvan de conclusie luidt indien de gevolgmachtigde *niet* behoorlijk heeft kennis gegeven van zijn volmacht is hij *wel* aansprakelijk

Deze redenering verloopt volgens het schema indien p dan niet-q, derhalve indien niet-p dan q Nu vormt dit redeneerschema een klassiek non-sequitur Indien Parijs in België ligt, dan ligt Parijs niet in Engeland, derhalve indien Parijs niet in België ligt dan ligt Parijs in Engeland Een redenering die ieder schoolkind kan ontmaskeren Toch wordt het argumentum a contrario veelvuldig – en met vrucht – gehanteerd Er zijn blijkbaar andere, niet-logische, overwegingen die het gebruik ervan rechtvaardigen

Die overwegingen zijn er inderdaad Bovendien zijn zij niet logisch van aard, maar hebben zij een evaluatieve signatuur Hoewaardeert de jurist, in verband met de eventuele verplichting tot schadevergoeding, de omstandigheid dat de gevolgmachtigde al dan niet behoorlijk heeft kennis gegeven van zijn volmacht? Acht hij het verschil tussen behoorlijke en niet behoorlijke informatie omtrent de volmacht in dit opzicht zozeer relevant dat dit moet leiden tot een verschil in rechtsgevolg, dan zal hij art 1843 lezen als een (expliciete) uitzondering op een (impliciete) regel de onbevoegde vertegenwoordiger is aansprakelijk voor de schade

Wie een wettelijke bepaling opvoert als een premisse van een a contrario argument, heeft deze bepaling eerst gewaardeerd als een uitzondering om vervolgens bij wijze van conclusie hieruit de hoofdregel af te leiden Dit is de zin van het adagium 'exceptio firmat regulam'

In een a contrario argument wordt 'indien p dan q' gelezen als 'uitsluitend indien p dan q' en vandaar indien niet-p dan niet-q

Wat de logicus niet lukt, volvoert de jurist zonder met zijn ogen te knippen de afleiding van 'indien niet-p, dan niet -q' uit 'indien p dan q'

Gerechtvaardigd is deze operatie slechts voor zover de omstandigheid p mag worden

<sup>26</sup> Vgl Asser Scholten (Algemeen Deel) Zwolle 1974 p 60 e v

beschouwd als een niet alleen voldoende, maar tevens *noodzakelijke* voorwaarde voor het intreden van rechtsgevolg q. Of een dergelijke lezing geoorloofd, c.q. geboden is hangt af van de waardering van omstandigheid p in relatie tot rechtsgevolg q.

Dat het hier gaat om een kwestie van waardering wordt ook duidelijk als men ziet hoe bijvoorbeeld zowel de 'causalisten' als de 'abstracten' ter adstructie van de door hen gepropageerde regel een beroep doen op dezelfde 'causale' wetsbepalingen (de artt 1301, 1559, 1710 BW).

De causalisten baseren op deze artikelen een generieke analogie, zij lezen deze bepalingen als (expliciete) *toepassingen* van een (impliciete) regel eigendomsoverdracht dient te berusten op een geldige titel. De abstracten hanteren dezelfde bepalingen in een generiek a contrario argument. In elk dier bepalingen zien zij een *uitzondering* die hun regel bevestigt. Gebreken in de titel tasten de geldigheid der eigendomsoverdracht niet aan.

## 9 De methode Wiarda

Analogie, rechtsverfijning en a contrario argument behoren alle drie tot het vergelijkende denken. Met behulp van een analogie-argument corrigeert de rechter een te enge, met behulp van rechtsverfijning een te ruime regel. Het a contrario argument hanteert hij wanneer hij van oordeel is dat een bepaalde regel moet worden gelezen als een expliciete uitzondering op een impliciete hoofdregel die door hem aan het licht wordt gebracht.

Een vierde vorm van vergelijkend denken wordt de rechter aanbevolen door Wiarda voor het geval hij wordt geconfronteerd met 'vage normen' d.w.z. met de bekende blanket-normen als 'billijkheid', 'zorgvuldigheid', 'goede zeden' e.d. In dat geval volge de rechter de 'vergelijkingsmethode', een methode die door Wiarda als volgt wordt beschreven:

'Hij (de rechter) stelt zich daarbij naast het door hem te berechten geval, waarvoor hem voorts nog geen toetsingsmaatstaf invalt en zich ook overigens de evident juiste oplossing niet aandient, een of liefst meer gevarieerde, maar toch nog vergelijkbare gevallen voor de geest waarin de beslissing niet twijfelachtig, althans minder twijfelachtig zou zijn. Gaat het bijvoorbeeld om de vraag of een bepaalde handelwijze al dan niet in strijd is met de in het maatschappelijk leven betamende zorgvuldigheid, en is de wijze waarop die vraag moet worden beantwoord, niet dadelijk evident, dan zal de rechter moeten trachten eerst een variant te vinden waarin die behandeling zeker niet, en daarna een variant die zeker wel als onbehoorlijk zou moeten worden beschouwd. Vergelijking met de beide fictieve gevallen zal dan, door het zoeken naar relevante verschillen, tot een voldoende beslissing van het gegeven geval kunnen leiden, althans die beslissing kunnen vergemakkelijken ( ). Dit vergelijken van een geval, waarin de oplossing zich niet met de kracht der evidentie bij ons opdringt, met een geval waarin zij dat wél doet, kan er belangrijk toe bijdragen om in de casuïstische methode welke bij rechtsvinding op de grondslag van vage normen noodzakelijk wordt gevolgd, de objectieve, wil men 'transsubjectieve' inslag, te versterken' <sup>27</sup>

27 G. J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, Zwolle 1972, pp. 62 en 63. vlg. ook G. J. Wiarda, *De recht ter tegenover vage rechtsnormen*, Rechtskundig Weekblad 1973 no. 4.

Hoe zal het onderzoek naar de geloofsbrieven van deze ‘vergelijkingsmethode’ uitvallen?

Is zij inderdaad in staat de objectieve, althans transsubjectieve inslag van ‘rechtsvinding op de grondslag van vage normen’ te versterken?

Alvorens tot een oordeel te komen, moeten we ons rekenschap geven van de vraag wat we verstaan onder ‘rechtsvinding op de grondslag van vage normen’, en wat hierin een ‘objectieve (transsubjectieve) inslag’ zou kunnen zijn?

## 10 Waarderen en vergelijken

In welk opzicht zijn kwalificaties als ‘(on-)billijk’, ‘(on-)zedelijk’ en (on-)zorgvuldig *vaag*? In hoeverre is hun hantering *objectief*?

Inzicht in hun *evaluatieve* functie vormt de aanzet tot de verheldering van deze problemen <sup>28</sup>

Noem ik het tarief van de inkomstenbelasting *progressief* dan beschrijf ik een eigenschap die dat tarief kenmerkt (descriptief taalgebruik), noem ik het (on-)billijk dan bepaal ik mijn standpunt afkeuring c q instemming (evaluatief taalgebruik)

Nu lijkt de poging tot versterking van de ‘objectieve’ inslag in de rechtsvinding op basis van normen als billijkheid, goede zeden e d het beproeven van de cirkelkwadratuur Een descriptief oordeel onderscheidt zich immers van een evaluatief oordeel, door de objectieve status van het eerste tegenover de subjectieve status van de laatste Descriptieve oordelen zijn objectief omdat ze controleerbaar en vandaar ‘konsensfähig’ zijn t a v evaluatieve oordelen geldt dat over smaak niet valt te twisten en vandaar zoveel hoofden, zoveel zinnen

Het oordeel dat het IB-tarief progressief is, is bij uitstek objectief Wie dat oordeel bestrijdt, begrijpt niet wat in dit verband met ‘progressief’ wordt bedoeld Bij een discussie over de billijkheid van het tarief, wordt daarentegen niet over de betekenis van de term ‘billijk’ getwist maar bestrijdt men elkaars standpunt in dit opzicht Waar die standpunten sterk verschillen, is ook het oordeel, dat het IB-tarief (on-)billijk is, veel minder objectief

Weliswaar zijn ook termen met een primair descriptieve functie veelal ‘vaag’ De term ‘drank’ bestrijkt stellig limonade, bier en melk, maar ook soep en yoghurt? Hier is de oorzaak van vaagheid gelegen in de omstandigheid dat er geen duidelijke combinatie van noodzakelijke, en tezamen voldoende eigenschappen is die de toepasselijkheid van de term ‘drank’ beheerst

Dit neemt niet weg dat er bij descriptief taalgebruik een *band* is tussen ‘de feiten’ en het gebruik van descriptieve termen Wanneer ik word geconfronteerd met een belastingtarief dat procentueel stijgt met de omvang van de belastbare som, dan ben ik genooddaakt dit tarief progressief te noemen

Bij evaluatief taalgebruik is er daarentegen een logische *kloof* tussen de feiten en de daaraan verbonden evaluatieve conclusies Uit geen enkele reeks feitelijke constatering volgt een evaluatieve conclusie De liberaal en socialist kunnen het volledig eens zijn

<sup>28</sup> Zie hieromtrent ook H F M Crombag, J L de Wijkerslooth en M I Cohen, *Een theorie over rechterlijke beslissingen* ter perse Groningen p 148 e v



over de feitelijke omvang van de belastingdruk en niettemin omtrent de billijkheid ervan tot radicaal andere conclusies komen. Evaluatieve termen als billijkheid, goede zeden en zorgvuldigheid leveren daarom 'vage' normen, omdat het gebruik van die termen in veel verder gaande mate dan dit t a v descriptieve termen het geval is, is losgekoppeld van de feitelijke voorwaarden waaromtrent consensus bestaat. A vindt het tarief van de inkomstenbelasting onbillijk omdat hij een hoger percentage betaalt dan zijn buurman B, die dit tarief om precies dezelfde reden bij uitstek billijk acht. Aan de andere kant houdt dit niet in dat het vellen van waarde-oordelen een volstrekt arbitraire zaak is, waarover niet kan worden gedebatteerd.

Over smaak valt wel degelijk te twisten! En zelfs op een rationele wijze. Die rationaliteit is er indien, en voor zover de vraag *waarom* vind je X goed/slecht, billijk/onbillijk kan worden beantwoord. A kan zijn standpunt motiveren met de stelling dat de vruchten van zijn extra-arbeidsprestatie bijna geheel worden 'wegbelast'. B kan zijn oordeel onderbouwen met het argument dat aldus hun besteedbare inkomens enigszins worden gelijk getrokken.

Uiteraard kan men doorvragen: waarom is het afkomen van de inkomsten uit extra arbeidsprestatie onbillijk? Waarom is het nivelleren van besteedbare inkomens billijk?

Onvermijdelijk komt het punt waarop de motivering van waarde-oordelen uitmondt in een, niet verder te verantwoorden keuze voor deze of gene levensbeschouwing. Op dit punt, en niet eerder, is de grens voor een rationele discussie bereikt. Nu is het de vraag of ook de rechter die naar billijkheid moet oordelen, die weg ten einde moet gaan en uiteindelijk wordt teruggeworpen op zijn *eigen* levensbeschouwing, dan wel of hij zich mag, en zelfs moet, refereren aan de waardenconsensus van de *rechtsgemeenschap* waarvan hij deel uitmaakt.

Het eerste alternatief wordt ons voorgehouden door Scholten <sup>29</sup> die de beslissing *ten slotte* verankert in het geweten van de rechter. Het tweede is neergelegd in het Ontwerp NBW waar in art. 7 van de inleidende titel de rechter die naar billijkheid moet oordelen wordt gebonden aan de 'in het Nederlandse volk levende rechtsovertuiging'.

In beide gevallen bewijst de vergelijkingsmethode goede diensten. Want, zo het geweten al spreekt, dan toch zeker niet steeds duidelijke taal. Hetzelfde geldt m b t de in het Nederlandse volk levende rechtsovertuiging. Het doden van krankzinnigen is stellig in flagrante strijd met de alhier geldende rechtsovertuiging. Ten aanzien van abortus en euthanasie ligt de zaak minder duidelijk. Het geweten en de rechtsovertuiging hebben beide een 'polaire' structuur: krasse vormen van onbetamelijkheid, onzedelijkheid en onbillijkheid wijzen zij, zonder aarzeling aan, evenals situaties die zeker *niet* onbetamelijk, onzedelijk en onbillijk zijn.

De analogie met de polariteit van het magneetveld gaat nog verder. Aan de ene kant zijn er graden van verwerpelijkheid. Zo kunnen bijvoorbeeld tegen de lichamelijke integriteit gerichte activiteiten als moord, doodslag, euthanasie en sterilisatie via deze glijdende schaal worden gerangschikt. Aan de andere kant is er een omslagpunt. Ter ene zijde daarvan worden de aldaar gesitueerde activiteiten geabsorbeerd door de ene pool (strafbaar), ter andere zijde door de andere pool (niet strafbaar).

29 Vgl. P. Scholten - Asser, Scholten (Algemeen deel) Zwolle 1974 p. 130 e.v.

Nu laten geweten en rechtsovertuiging ons vaak in de steek als het gaat om de bepaling van dat omslagpunt. Toch kan de rechter zich niet veroorloven geen mening te hebben (art 13 Wet AB). De vergelijkingsmethode helpt hem, bij de beoordeling van situaties die in de nabijheid van het omslagpunt liggen, een eind op weg. Haar kracht ligt in eerste instantie op heuristisch niveau. Zij helpt de rechter bij het vinden van oriëntatiepunten met behulp waarvan hij het door hem te beoordelen geval kan situeren.

Gesteld dat de rechter<sup>30</sup> het moeilijk heeft met de vraag of er omstandigheden zijn, samen te vatten onder het begrip euthanasie, die overtreding rechtvaardigen van art 293 Sr (levensberoving op verlangen van het slachtoffer) en dat noch zijn eigen geweten, noch de in het Nederlandse volk levende rechtsovertuiging hem een ondubbelzinnig antwoord verschaft, dan kan hij het advies van Wiarda volgen en zich twee vergelijkbare situaties voor de geest halen, een die zeker wel en een die zeker niet toelaatbaar is. Aangenomen dat hij hiervoor respectievelijk moord en sterilisatie (op verzoek) kiest, dan kan hij zich vervolgens afvragen welke verschillen tussen moord en sterilisatie het verschil in hun waardering rechtvaardigen. Dit proces levert wellicht gezichtspunten die ook relevant zijn voor de waardering van euthanasie.

Twee van dergelijke gezichtspunten springen onmiddellijk in het oog: het leven van de mens vertegenwoordigt een hogere waarde dan diens procreatievermogen. Daarnaast is de toestemming van het 'slachtoffer' een zwaarwegend argument om de dader niet strafbaar te achten. *Volenti non fit iniuria*. Beide gezichtspunten zijn van belang bij de standpuntbepaling t.a.v. euthanasie. Het vonnis in het Leeuwarder euthanasieproces<sup>31</sup> illustreert dit. De grote eerbied voor het leven roept vanzelf de vraag op of de euthanasie wellicht slechts toelaatbaar is indien de stervensperiode is ingegaan of zich althans heeft aangekondigd (bevestigend de getuige-deskundige, ontkennend de rechtbank).

Aan de andere kant waren rechtbank en getuige-deskundige het erover eens dat voor de toelaatbaarheid van euthanasie in ieder geval vereist is dat,

'de patient, eventueel voorafgaand schriftelijk, te kennen heeft gegeven het leven te willen beëindigen, in elk geval uit zijn lijden verlost te willen worden.'

## 11 De polaire structuur van de vergelijkingsmethode

In het privaatrechtelijke vlak is de rol van de vergelijkingsmethode stellig belangrijker dan in het strafrecht waar zij nauwelijke aan bod komt op het terrein van de strafbaarstelling (immers *nullum crimen sine lege*) doch gereserveerd lijkt tot de strafuitsluitingsgronden.

Waar de rechterlijke vrijheid om zich in het gebied 'praeter legem' te begeven in het privaatrecht zoveel groter is, vervult ook de vergelijkingsmethode hier een belangrijker functie. Zij zorgt ervoor dat terreinen als billijkheid, zorgvuldigheid, goede zeden en dergelijke volslagen witte vlekken op de rechtsvindingskaart blijven.

Voor zover echter door gevalsvergelijking ook hier enige tekening ontstaat heeft deze

30 Vgl. Rb. Utrecht 11 3 1952 *NJ* 1952 275 en Rb. Leeuwarden 21 2 1973 *NJ* 1973 183.

31 *NJ* 1973 183.

dezelfde 'polaire' structuur. Oriëntatiepunten worden gevormd door enerzijds gedragingen die zeker wél als onbillijk, onzorgvuldig, onzedelijk zijn te bestempelen en anderzijds activiteiten die dat zeker niet zijn.

Om een voorbeeld te ontleen aan de delictuele onbetamelijkheid: *uitlokken* van wanprestatie is stellig onrechtmatig (vgl. HR 31-1-1919, *NJ* 1919, 161; Lindenbaum/Cohen en HR 15-1-1960, *NJ* 1960, 84; Panhonlibco); *het enkele voordeel trekken* van wanprestatie stellig niet. Wie nietsvermoedend een fles jenever koopt voor een prijs die lager is dan die welke de verkoper zich jegens de fabrikant had verbonden te bedingen en aldus profiteert van de wanprestatie van de verkoper, handelt zeker *niet* onrechtmatig jegens de fabrikant. Ergens op de lijn die beide punten verbindt ligt het omslagpunt. 'Bijkomende omstandigheden' maken het profiteren van wanprestatie onrechtmatig.

Vergelijking van de beide polaire situaties biedt bovendien inzicht in de vraag welke omstandigheden in dit verband relevant zullen zijn. Zo levert een vergelijking van de activiteiten van Cohen jegens Lindenbaum en het gedrag van de argeloze koper van te laag geprijsde jenever wellicht als relevante factor de omstandigheid dat de gedaagde zich 'bewust was van het aanmerkelijk nadeel' dat de wederpartij van de wanprestant leed (vgl. HR 17-11-1967, *NJ* 1968, 42; Posch/Van den Bosch).

De cartograaf van de beide gebieden die worden beheerst door 'vage normen', dat is met name de samensteller van de bekende losbladige rechtspraakoverzichten, heeft tot taak enige contouren te laten verschijnen in de massa rechterlijke beslissingen waarmee hij wordt geconfronteerd. Hij zal een poging tot rubricering ondernemen, d.w.z. vergelijkbare gevallen in één rubriek onderbrengen. Zo zijn binnen het domein van de goede trouw rechtsverwerking en verandering van de feitelijke omstandigheden rubrieken met een relatieve zelfstandigheid.<sup>32</sup> Zo pleegt men binnen het mededingingsrecht, voor zover dat wordt beheerst door de zorgvuldigheidsnorm, gevallen van 'agressie' en 'aanhaken' afzonderlijk te rubriceren.<sup>33</sup> Polaire rangschikking van de in één rubriek ondergebrachte gevallen is de volgende stap. Onder welke omstandigheden is aanhaken stellig onrechtmatig, wanneer stellig niet. Bij dit proces komen allerlei gezichtspunten vrij die van belang zijn voor de situering van gevallen waarvan de (on-)rechtmatigheid minder evident is.

Bovendien is er een duidelijke wisselwerking tussen het rechterlijke beslissingsgedrag en de rubricering daarvan. De rechter produceert niet alleen vergelijkingsmateriaal maar is daarvan ook consument, d.w.z. hij produceert niet slechts uitspraken die door anderen worden vergeleken en gerubriceerd, hij neemt, naar we mogen aannemen, daarvan ook kennis en oriënteert zich daaraan. Zijn tocht door het gebied van de vage normen is reeds lang niet meer een pelgrimstocht waarbij hij zich uitsluitend kan verlaten op zijn eigen billijkheids- en zedelijkheidsgevoel; hij treft daar een indrukwekkend fonds van vergelijkingsmateriaal, gezichtspunten waaraan hij zich kan oriënteren of waartegen hij zich eventueel kan afzetten.<sup>34</sup>

32 Zie Contractenrecht IV (G M M den Drijver)

33 Zie Onrechtmatige Daad VI (S K Martens)

34 Dat uit de formulering van rechterlijke uitspraken slechts zelden blijkt dat van de vergelijkingsmethode gebruik is gemaakt is een van de conclusies van een nog te verschijnen publicatie over de rechtsvinding van de burgerlijke rechter van de hand van H J Snijders.

## 12. Typologisch denken

De hierboven gesignaleerde polaire denkstijl is de laatste jaren voorwerp van een toenemende rechtstheoretische reflectie.

Hier wordt een denkrant geanalyseerd en aanbevolen, voorzien van het etiket 'typologisch', die het gulden midden houdt tussen enerzijds de dwang van het denken met behulp van 'begrippen' en anderzijds de volstrekte anarchie van de pure intuïtie. Tegenover het 'begrip' opgevat als een combinatie van noodzakelijke, en tezamen voldoende voorwaarden wordt aandacht gevraagd voor een ander denkmodel: het 'type'.<sup>35</sup>

Terwijl het werken met begrippen leidt tot een contradictoire (òf-òf) benadering opent het type de mogelijkheid tot (contraire) schakering. 'Motorvoertuig' in de zin van art.1 Wegenverkeerswet is een 'begrip'; 'vrije resp. gebonden mede-eigendom' is een 'type'. Een voertuig is in de zin van art.1 Wegenverkeerswet òf motorvoertuig òf is het niet. Tertium non datur. Een bromfiets is niet minder 'motorvoertuig' dan een vrachtauto; een tram is evenmin een motorvoertuig als een bakfiets. Ten aanzien van vrije resp. gebonden mede-eigendom is een dergelijke òf-òf benadering niet mogelijk. Het gaat hier om een polaire rangschikking. Is nalatenschap een vorm van vrije of van gebonden mede-eigendom?

In ieder geval vrijer dan de huwelijksgemeenschap en minder vrij dan mede-eigendom als gevolg van een gemeenschappelijke aankoop. Wij stuiten hier op een uiterst fundamentele juridische denkvorm: het denken in meer of minder. Terwijl het denken in begrippen is gebaseerd op de Wet van het uitgesloten midden (S is p of niet-p), bestaat de hier bedoelde mentale activiteit in het rangschikken op basis van meer of minder (S is meer p dan R).

Het is duidelijk dat het hier gaat om een vorm van vergelijkend denken. Bovendien een vorm die velerlei schakering mogelijk maakt, dit in tegenstelling tot de tweewaardigheid van de contradictoire (òf-òf) benadering.<sup>36</sup>

## 13. De consequentie van typologisch denken: schakering van rechtsgevolgen

Nu zal men tegenwerpen dat deze typologische denkstijl de rechter weinig baat. Hij mag dan in staat zijn allerlei activiteiten te rangschikken naar de mate van hun onzorgvuldig-

35 'Einer der aktuellsten Probleme der gegenwartigen Rechtstheorie der Typus' (A Kaufmann, *Analogie und Natur der Sache* (1965), opgenomen in A Kaufmann, *Rechtsphilosophie im Wandel*, Frankfurt am Main 1972 p 310 Vgl voorts J Rombach, *Opmerkingen over rechtswetenschap en logica*, Deventer 1963, p 54 e v , K Engisch, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft Unserer Zeit*, Heidelberg 1953, p 237 e v , W Hassemer, *Tatbestand und Typus*, 1968 D Leenen, *Typus und Rechtsfindung*, Berlin 1971 K Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin Heidelberg New York 1975 p 200 e v en p 443 e v

36 Vgl K Engisch, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Heidelberg 1953, p 242 'Das Leben selbst kennt meist keine scharfe Grenzen, sondern nur fließende Übergänge, es ist beherrscht von der lex continui Die 'Klassenbegriffe' mit ihrem starren aut-aut tragen diesem Umstand nicht gebührend Rechnung Deshalb müssen neben sie 'Typen' ( ) gestellt werden, die sich der Variabilität und Graduierbarkeit der Merkmale sowie dem allmählichen Übergang einer Art in die andre anpassen '

heid, uiteindelijk geldt voor hem van tweeën een of zijn oordeel luidt 'onrechtmatig' en derhalve schadevergoeding of het luidt 'niet onrechtmatig' en vandaar geen schadevergoeding

De polaire denkstijl komt uiteraard pas volledig tot zijn recht wanneer het mogelijk is ook ten aanzien van de rechtsgevolgen te nuanceren en het de rechter bijvoorbeeld zou vrijstaan de schuldgraad te laten doorwerken in de *omvang* van de schadevergoeding

Nu is het beginsel van volledige schadevergoeding als uitgangspunt stellig nog juist

Toch zijn er tekenen die er op wijzen dat de polaire benadering met de mogelijkheid van schakering tussen geen en volledige schadevergoeding, op een breed front het schadevergoedingsrecht binnendringt

Traditioneel is er reeds het leerstuk van 'eigen schuld' van de gelaedeerde waar de rechter de omvang van de aansprakelijkheid van de laedens kan bepalen op een percentage tussen nul en honderd 'evenredig aan de wederzijdse gemaakte fouten' <sup>37</sup> Hiernaast staat het de rechter vrij, bij toepassing van de artt 1406 en 1407 de omvang van de verplichting tot schadevergoeding te *matigen*, op grond van een verminderde verwijtbaarheid, bijvoorbeeld op grond van de omstandigheid dat de schadeveroorzaking plaats vond in het kader van een belangeloze dienstverlening <sup>38</sup>

Een veel ingrijpender inbreuk op het alles-of-niets beginsel vormt art 6:19:12 A (Gewijzigd) Ontwerp NBW waar de rechter een geheel algemeen luidende matigingsbevoegdheid wordt toegekend

Ook buiten het schadevergoedingsrecht verliest de alles-of-niets benadering terrein. Allereerst valt hierbij te denken aan de beperkende werking van de goede trouw 'met haar *scala van mogelijkheden* tussen volledige erkenning van het recht en tenietgaan daarvan' <sup>39</sup>

Een ander voorbeeld van een tendens van een of-of houding naar een polair verlopende meer-minder benadering levert de rechtspraak van de Hoge Raad op het punt van de risicoverdeling bij verhindering van rechtsuitoefening. Het AKU/Stalen Steiger arrest <sup>40</sup> weerspiegelt de eerste benadering. Of de verhindering van rechtsuitoefening vloeit voort uit een persoonlijke betreffende omstandigheid en komt derhalve volledig voor rekening van de crediteur, of dit is niet het geval, met als gevolg dat de crediteur volledig wordt bevrijd van zijn verplichting tot wederprestatie. In HR 10-11-1972, NJ 1973, 60 (Staking bij De Schelde) <sup>41</sup> overweegt de Hoge Raad dat

de arbeider zijn aanspraak op loon behoudt, indien de bedongen arbeid – buiten schuld van beide pp – niet gebruikt kan worden ten gevolge van een omstandigheid die in verhouding tussen de pp *meer* in de risicosfeer van de werkgever of diens bedrijf ligt dan in die van de arbeider (cursivering niet in het origineel)

De hier geformuleerde vergelijkende benadering biedt stellig ruimte voor de conclusie dat de verhindering *evenzeer* in de risicosfeer van de crediteur als in die van de debiteur ligt. Wat dan?

37 Vgl. HR 12 4 1946 NJ 1946 232

38 Vgl. HR 3 12 1971 NJ 1972 144 (Groningen/Kerssies)

39 Vgl. P. Abas, *Beperkende werking van de goede trouw*, Deventer 1972, p. 107

40 HR 17 6 1949 NJ 1949 544

41 Vgl. ook RvdW 1976 49

Is het in dat geval niet redelijk de nadelige gevolgen gelijkelijk over beiden te verdelen?<sup>42</sup>

#### 14 *Objectiviteit en vergelijkende methode*

Uit het voorgaande bleek dat de kracht van de door Wiarda aanbevolen 'vergelijkingsmethode' allereerst is gelegen op het vlak van de heuristiek. Zij helpt de rechter bij het vinden van argumenten. Het vrijkomen van relevante gezichtspunten is het belangrijkste resultaat van het casusvergelijkende procedé.

Wat valt er te zeggen over Wiarda's claim dat de vergelijkmethode er belangrijk toe bijdraagt de objectieve inslag bij rechtsvinding op de grondslag van vage normen te versterken?

Bij het begrip 'objectiviteit' belanden we in de sfeer van de *legitimatie* van oordelen.

Objectieve oordelen kunnen in sterkere mate aanspraak maken op *geldigheid* dan puur subjectieve constatering. De term 'objectief' wekt associaties met de kwalificaties als 'mededeelbaar', 'bespreekbaar', 'controleerbaar'.

In het juridische vlak: de objectiviteitsgarantie van de rechterlijke besluitvorming is gelegen in haar controleerbaarheid. Het cassatie-instituut levert bij uitstek het instrument ter realisering van deze controlefunctie.

Tegendeel van legitimeren is *immuniseren*. Een beproefde immuniseringstechniek is het *utleggen* van wilsverklaringen. De rechter die niet overweegt dat partijen weliswaar a zijn overeengekomen, maar dat de regelijkheid b meebrengt op grond van de overwegingen x, y en z, doch in plaats daarvan lakoniek constateert dat partijen weliswaar a gezegd hebben maar kennelijk b hebben *bedoeld*, immuniseert aldus zijn uitspraak tegen de dreiging van het cassatiezwaard. Tegen deze achtergrond wordt duidelijk hoe de vergelijkmethode zou kunnen bijdragen tot de objectivering van rechtsvinding op de grondslag van vage normen. De omvang van cassatiecontrole varieert met de mate waarin de beslissing van de iudex facti steunt op generaliserende overwegingen. Hij is maximaal wanneer de uitspraak wordt gemotiveerd met behulp van een of meer *rechtsregels*, hij is minimaal wanneer de beslissing uitsluitend steunt op een taxatie van de unieke omstandigheden van het te berechten geval. Voor zover nu de via casusvergelijking gevonden generaliserende gezichtspunten in de uitspraak worden vermeld, draagt de vergelijkende methode er toe bij de marge voor toetsing in cassatie te verbreden.

Een illustratief voorbeeld van het ontstaan van een reeks generaliserende oriëntatiepunten op een terrein dat wordt beheerst door een 'vage norm' (i.c. de zorgvuldigheidsnorm), levert de rechtspraak rondom activiteiten die voor derden gevaar opleveren, zoals het laten openstaan van kelderluiken en het doorzagen van balkonleuningen.<sup>43</sup> Wat opvalt in het cassatiebeleid op dit punt is het volgende.

Enerzijds ontstaat een allengs groeiende reeks typologische (polaire gezichtspunten) die terugkeren in volgende vergelijkbare gevallen (de *hoeegrootheid* van de kans op onge-

42 Zo ook reeds W.L. Snijders *NJB* 1950, p. 328 en (voorzichtig) G.J. Scholten in zijn noot onder het bovenaangehaalde arrest.

43 Vgl. HR 18 4 1940 *NJ* 1941 130. <sup>44</sup>HR 11 2 1955 *NJ* 1955, 218 en HR 5 11 1965 *NJ* 1966 136.

vallen, de *ernst* van de gevolgen, de *mate* van bezwaarlijkheid van veiligheidsmaatregelen e.d.). Bovendien controleert de Hoge Raad of de iudex facti 'deze maatstaven niet heeft miskend'. Anderzijds: óf, gelet op deze gezichtspunten, de gevaarscheppende gedraging als onrechtmatig moet worden gekwalificeerd, is een vraag die 'alleen in het licht van de omstandigheden van het gegeven geval kan worden beoordeeld'.

Zonder te verstarren tot vereisten, d.w.z. tot combinaties van noodzakelijke voorwaarden, verliezen de vage normen aldus toch veel van hun vaagheid. De contouren die op deze wijze, d.w.z. door casusvergelijking ontstaan, bevorderen de bespreekbaarheid en daarmee de 'objectiviteit' van de rechterlijke besluitvorming op deze terreinen.

#### *15. Legitimatie en heuristiek: relatief eigensoortige componenten van het rechterlijk oordeel*

Legitimatie en heuristiek: in dit opstel is de nadruk gelegd op de relatieve eigensoortigheid van beide componenten van het rechterlijk oordeel. *Eigensoortig*, omdat legitimatie en heuristiek onderling onherleidbaar zijn. Met name gaat het niet aan de motiveringseis (de legitimatie) op te vatten als de verplichting tot het beschrijven van de gevolgde zoekprocedure (de heuristiek).

De legitimatie berust in belangrijke mate op deductie, nl. voor zover de beslissing wordt gemotiveerd met behulp van één of meer regels. In de heuristiek vervult de vergelijking, het opsporen van overeenkomsten en verschillen, een overheersende rol. Legitimatie en heuristiek zijn *relatief* eigensoortig voor zover het hier gaat om componenten die op elkaar zijn betrokken. De brug tussen beide activiteiten wordt geslagen door het gelijkheidspostulaat. 'Het gelijke gelijk' is niet alleen een heuristisch devies dat de rechter noopt tot casusvergelijking; het is ook een noodzakelijk minimum voor een rechtvaardige rechtsbedeling en daarmee een criterium waaraan de legitimatie van het rechterlijk oordeel kan worden getoetst.