



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Over de grens van de onrechtmatige daad: een onderzoek naar de plaats van de rechtvaardiging in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht

Franke, M.E.

Citation

Franke, M. E. (2022, January 12). *Over de grens van de onrechtmatige daad: een onderzoek naar de plaats van de rechtvaardiging in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*. Meijers-reeks. Boom juridisch. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3249631>

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3249631>

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

DEEL IV

Inhoud

8 | Onrechtmatigheid

8.1 NORMSCHENDING EN RECHTVAARDIGING

In de inleiding tot dit vierde gedeelte van het boek is al aangeduid wat het thema is van dit hoofdstuk: de verhouding tussen normschending en rechtvaardiging. Te onderzoeken is hierin de *werking* van rechtvaardigingen.

De aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond kan aan een daad het onrechtmatig karakter ontnemen, zo leren wet en handboeken. Maar daarmee is op zichzelf nog niet zoveel gezegd. Wat is precies de rol van een rechtvaardiging bij de vorming van het oordeel over een mogelijke normschending? En op welke wijze wordt deze rol vervuld? Dat zijn de vragen die in dit hoofdstuk aan de orde zijn.

8.2 TWEE METHODEN VAN RECHTVAARDIGEN

8.2.1 Regel en uitzondering

‘A man who commits violence should be regarded as the worst evil-doer, worse than a man who commits verbal assault, a thief or a man who injures someone with a rod.’¹

Een van de oudste Indiase wettenverzamelingen, de Manusmriti of het wetboek van Manu, hier geciteerd in de Engelse vertaling, laat er geen twijfel over bestaan. De geweldpleger begaat het ernstigste van alle misdrijven. Gij zult geen geweld plegen als het eerste gebod.

Maar geen enkele regel geldt onverkort. Zelfs schending van de hoogste norm kan gerechtvaardigd zijn:

‘A man who kills with justice, in self-defence, in a struggle for the sacrificial gifts, or in order to protect women and priests, does nothing wrong. A man may without hesitation kill anyone who attacks him with a weapon in his hand, even if it is his guru, a child, or an old man, or a priest thoroughly versed in the Veda. There

1 *The laws of Manu*, 8.345. Gebr. uitg.: Penguin classics, 1991. De precieze datering van de wetten is lastig. Men gaat ervan uit dat ze zo’n 2.000 jaar oud zijn.

is no stain at all for the killer in slaying a man who has a weapon in his hand, whether he does it openly or secretly; rage befalls rage.²

Een omschrijving van de normschending gevolgd door mogelijke rechtvaardigingen. Dat is het systeem van Manu's wetten. Hetzelfde schema is te herkennen in artikel 6:162 lid 2 van het Nederlands Burgerlijk Wetboek:

'Als een onrechtmatige daad wordt aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.'

Uit de gebruikte formulering zou men kunnen afleiden dat, zodra een handeling valt binnen een van de drie omschreven normschendingen, haar onrechtmatigheid een feit is. En dat was inderdaad de bedoeling van de wetgever. Zie bijvoorbeeld de volgende passage over de zelfstandige status van de inbreuk-categorie:

'Indien (...) de gedraging zelf de inbreuk oplevert, is behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond, de onrechtmatigheid daarmee gegeven en is een nader onderzoek naar een eventuele overtreding van concrete wettelijke plichten of normen van ongeschreven recht overbodig.'³

De enkele rechtsinbreuk of wetschending maakt een handeling onrechtmatig. Het stringente karakter van dit stelsel verklaart de behoefte aan erkenning van rechtvaardigingsgronden:

'Zonder deze erkenning (...) zou de regel dat bij strijd met een wettelijke plicht en bij inbreuk op een recht de onrechtmatigheid van de daad vanzelf gegeven is, tot een te groot automatisme, tot onaanvaardbare consequenties leiden.'⁴

De structuur van het geschetste systeem is die van regel-en-uitzondering, waarbij rechtvaardigingsgronden worden gezien als 'de voor meer dan een norm geldende uitzonderingen'.⁵

In een ordening als deze hebben rechtvaardigingsgronden (en andere verweermiddelen tegen aansprakelijkheid) een belangrijke functie. Immers, stel dat de eiser in een proces een rechtsinbreuk aantoonst. Dan staat daarmee de logische consequentie van het bewezene vast: de gedaagde is aansprakelijk. Althans in principe. Want mogelijk beschikt de gedaagde over verweren die hij kan voeren om aan dat gevolg te ontkomen. En juist op deze argumenten

2 *The laws of Manu*, 8.349-351.

3 *TM, Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 614.

4 *TM, Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 617.

5 *TM, Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 616.

zal de volle aandacht zich richten na een bewezen (of onvoldoende betwiste) rechtsinbreuk of wetschending. De rechtvaardiging fungeert daarmee als het breekijzer tussen onrechtmatigheid en aansprakelijkheid.

8.2.2 Multi-factorbenadering

Een geheel andere kijk op de status van de categorieën van artikel 6:162 en daarmee op de rol van rechtvaardigingen is verdedigd. In deze visie wordt (in de weergave van Smits) aangenomen

‘dat over de geheele linie der onrechtmatige daad bij de oordeelsvorming voor het concrete geval steeds een toetsing plaats heeft aan ongeschreven gedragsnormen, voor het gegeven geval opgesteld in verband met opzet of voorzienbaarheid van een rechtens ongewenscht gevolg; ook waar dit bestaat in een objectieve rechtsaantasting’.⁶

De zorgvuldigheidsnorm als de ultieme onrechtmatigheidstoets. Voor de beide andere criteria is alleen een ondergeschikte rol weggelegd, die door Wolfsbergen als volgt is beschreven:

‘Altijd zal de inbreuk op eens anders recht of de schending van eigen rechtsplicht slechts een (...) factor vormen ter bepaling van de onzorgvuldigheid.’⁷

Rechtsinbreuk en wetschending hebben in deze zienswijze dus geen zelfstandige status. Maar ook de rechtvaardiging vervult hier een heel andere functie dan in de vorige paragraaf is beschreven. Zij is niet meer de omstandigheid die een uitzondering op de regel rechtvaardigt. Zij is, integendeel, *met* de normschending, een van de factoren die bepalen of in casu zorgvuldig is gehandeld. Of, zoals Van Dam stelt: de rechtvaardigingsgrond is een onderdeel van een van de ‘elementen’ waaruit de zorgvuldigheidsnorm is opgebouwd.⁸

8.2.3 Twee methoden: analyse en synthese

Hoe te komen tot een oordeel over de rechtmatigheid van een bepaalde handeling? Zojuist zijn twee methoden geschetst.

De eerste kan een analyserende worden genoemd. Normschending en rechtvaardiging worden apart van elkaar beschouwd. De schade toebrengende handeling en de redenen die haar rechtvaardigen of de handelende veront-

6 Smits, *Aantasting en uitoefening van subjectieve rechten* 1940, p. 402.

7 Wolfsbergen, *Onrechtmatige daad* 1946, p. 61.

8 Van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm* (diss.) 1989, p. 120-121.

schuldigen⁹ worden als het ware uit elkaar getrokken. *Tegenover* de normschending wordt de rechtvaardiging geplaatst.¹⁰

De tweede is een synthetiserende.¹¹ In deze benadering zijn normschending en rechtvaardiging factoren die, met andere in onderling verband beschouwd, leiden tot het oordeel over de zorgvuldigheid van een bepaalde handeling. Normschending en rechtvaardiging staan hier niet tegenover elkaar, maar zijn omstandigheden die worden samengevoegd, *bij elkaar* genomen, om tot dat oordeel te komen.

Voordat beide methodes worden beoordeeld, moeten ze worden beschreven. Daarom eerst een uitgebreidere uiteenzetting van beide.

8.3 DE ANALYSERENDE METHODE

8.3.1 Van Rome ...

De oervorm van een stelsel waarin wordt uitgegaan van regels en uitzonderingen ligt, althans voor West-Europa, in het formula-proces van het oude Rome. Deze procesvorm kwam al op vóór het einde van het oud-Romeinse recht (ca. 250 v.C.).¹² Het werd gekenmerkt door schriftelijke standaardformules, waarin het rechtsgeschil was neergelegd. Deze *formulae* werden door de praetor in zijn edict bekend gemaakt.¹³ De gang van zaken in de procedure was grofweg als volgt.

Op grond van het edict vraagt de eiser de praetor hem een actie te verlenen tegen de gedaagde. Als de praetor dit toestaat, kan de gedaagde op een aantal

9 Wat in dit hoofdstuk wordt gezegd over rechtvaardigingen geldt, wat de methode betreft, ook voor schulduitsluitingen en andere verweren tegen aansprakelijkheid. Kortheidshalve spreek ik steeds van rechtvaardigingen of (algemeen:) uitzonderingen op de regel. Zie over schulduitsluitingsgronden uitgebreid: hoofdstuk 9 (*Schuld*), m.n. par. 9.7.3.4 (*Gevallen waarin kennis omtrent de norm ontbreekt*); par. 9.7.4.3 (*Gevallen waarin de mogelijkheid ontbreekt zich normconform te gedragen*); par. 9.8.6 (*Het royale karakter van toerekening*).

10 Op deze wijze functioneren normschending en rechtvaardiging ook in het strafrechtelijk systeem, zie daarover hierboven, par. 1.2.3 (*Eerst de normschending, dan de rechtvaardiging*).

11 Een soortgelijke benaming is te vinden bij Schut. Zie: Schut, *Rechtelijke verantwoordelijkheid* (diss.) 1963, p. 130. Hij spreekt van een 'synthetische' formulering, die hij stelt tegenover de 'traditionele denkwijze', die door hem als 'gespleten' denken wordt gekarakteriseerd. De term synthetisch neem ik hier niet over, omdat zij associaties oproept met een andere, hier niet relevante, betekenis van het woord, namelijk: 'kunstmatig samengesteld'. Met het begrip synthetiseren worden dergelijke associaties vermeden. Bovendien drukt het, net als analyseren, een activiteit uit en dat is waar het bij het zoeken van een oordeel om gaat.

12 Aanvankelijk naast, later in plaats van het legisactieproces, de oudste beschreven Romeinse procesvorm. Over het verschil tussen beide procedures: A. Watson, *Roman Private Law around 200 BC*, Edinburgh: Edinburgh University Press 1971, p. 161-166.

13 Waarschijnlijk opgenomen in een appendix, zie: J.A. Crook, *Law and Life of Rome*, Londen: Thames & Hudson 1967, p. 77.

manieren reageren. Uiteraard kan hij de vordering op zichzelf bestrijden: de gedaagde ontkent dan het recht van de eiser of weerspreekt de door hem aangevoerde feiten. Tegenwoordig zouden we in dat geval spreken van een verweer ten principale.¹⁴ De gedaagde kan het recht van de eiser ook erkennen¹⁵ of ervoor kiezen geheel passief te blijven.¹⁶ Maar hij kan de praetor ook vragen een *exceptio*¹⁷ in te lassen in de formula van de actie. Gaius schrijft erover:

‘Excepties zijn ontworpen ter wille van de verdediging van degene tegen wie een actie wordt ingesteld. Het komt immers dikwijls voor, dat iemand naar *ius civile* aansprakelijk is, maar dat het onbillijk is om hem in een proces te veroordelen’.¹⁸

Als de stelling van de eiser in principe leidt tot aansprakelijkheid van de gedaagde, kan de laatste menen dat er redenen zijn waarom de vordering toch niet kan worden toegewezen. Het ligt dan op *zijn* weg zich op een exceptie te beroepen. De exceptie kan daarom worden omschreven als een tegenvoorstel van de gedaagde. Zij is neergelegd in een clause die wordt opgenomen in de formula en bevat een uitzondering op de voorwaarden voor toewijzing van de vordering.¹⁹ Omdat zij is geplaatst na de *intentio*, die de vordering van de eiser behelst, verhindert ze niet dat de actio aanhangig wordt gemaakt,²⁰ maar beoogt zij slechts toewijzing van de vordering te voorkomen wegens de aanwezigheid van ‘exceptionele omstandigheden’.²¹ In de naklassieke tijd wordt het begrip *exceptio* niet alleen gebruikt in deze zin van uitzonderingsbepaling, maar kan het ook algemeen een ‘tegenrecht’ van de gedaagde

14 Vgl. Feenstra, *Romeinsrechtelijke grondslagen* 1994, nr. 435, p. 291.

15 De *confessio in iure*. Zie daarover: Kaser-Hackl, *Das römische Privatrecht* 1996, § 37.

16 Waarmee hij als *indefensus* het risico van een dwangmaatregel loopt. Zie daarover: Kaser-Hackl, *Das römische Privatrecht* 1996, § 38.

17 Oorspronkelijk als *praescriptio* vooraan in de formula geplaatst. Zie daarover: R.W. Leage & A.M. Prichard, *Leage's Roman Private Law*, Third edition by A.M. Prichard, Londen: Macmillan & Co 1961, p. 445.

18 Instituten Gaius IV,116. Vgl. nog Instituten Iustinianus 4,13, pr. Zie over de *exceptio* ook Kaser-Hackl, *Das römische Privatrecht* 1996, § 35 en Scheltema, Nes & Pareau, *Inleiding tot het Romeinse recht* 1984, p. 50-51.

19 Aldus Kaser-Hackl: ‘Die *exceptio* ist eine in die Mitte der Formel eingefügte Klausel, die eine “Ausnahme” von den Verurteilungsvoraussetzungen enthält’. Zie: Kaser & Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht* 1996, p. 260.

20 Vgl. Kaser-Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht* 1996, p. 260. En over de feitelijke plaatsing van de *exceptio*: de *exceptio* was geplaatst tussen de *intentio* en de *condemnatio*, zie Kaser-Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht* 1996, p. 258.

21 Overigens bestond voor de eiser de mogelijkheid inlassing van een *replicatio* te verzoeken, waarop gedaagde een *duplicatio* kon voorstellen en de eiser weer een *triplicatio*, etc. zie Scheltema, Nes & Pareau, *Inleiding tot het Romeinse recht* 1984, p. 50-51 en Instituten Gaius IV, 126-129 en Instituten Iustinianus 4,14, pr.-3). Deze zijn een uitwerking van het beschreven systeem en behoeven geen aparte bespreking.

uitdrukken.²² De gedaagde die zich op een exceptio beroept, voert dus wat we nu een exceptief verweer zouden noemen: hij ontkent niet het recht of de feiten waarop de eiser zich beroept, maar stelt daartegenover een ander recht of andere feiten, wat ertoe moet leiden dat de actie tegen hem niet kan worden toegewezen.²³

De exceptio biedt de mogelijkheid van maatwerk. Zij geeft de gedaagde de kans aan te tonen waarom het juridisch systeem in *dit* geval, jegens *hem*, 'onbillijk werkt', zoals de Instituten zeggen:

'Het komt immers dikwijls voor dat de vervolging die de eiser instelt, ook al is deze op zichzelf juist, tegen de gedaagde niettemin onbillijk werkt.'²⁴

Het zal dan ook geen verbazing wekken dat Van Oven de exceptio beschrijft als 'een rechtsmiddel dat in de ontwikkeling van het Romeinse privaatrecht bijna even belangrijk geworden is als de *actio*'.²⁵

Tussen het zojuist beschreven Romeinse stelsel van actiones en exceptiones en het door de Nederlandse wetgever gekozen systeem bij aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad is een methodische verwantschap zichtbaar. De wetsontwerper kwam hierboven al aan het woord: artikel 6:162 stelt als algemene regel dat bepaalde gedragingen 'onrechtmatig zijn, in die zin dat zij prima facie – "in aanleg" – als onrechtmatig gelden'.²⁶ Rechtvaardigingen fungeren als uitzonderingen op deze algemene regel.²⁷ Het zijn exceptionele omstandigheden, die verklaren waarom de gedaagde in dit geval niet aansprakelijk is.

8.3.2 ... tot Rome

Regel en uitzondering: die opzet is zo'n tweeduizend jaar later ook te herkennen in het Verdrag van Rome.²⁸ Bij de totstandkoming van het verdrag is één van de belangrijkste discussiepunten geweest hoe de neergelegde rechten

22 Zie: F. Schultz, *Prinzipien des römischen Rechts*. Vorlesungen, München: Duncker & Humblot GmbH 1934, p. 64, noot 44. Schultz wijst t.a.p. ook op een soortgelijke evolutie van het begrip actio: van strikte procesformule tot 'klagbare Anspruch' in de naklassieke tijd.

23 Vgl. Scheltema, Nes & Pareau, *Inleiding tot het Romeinse recht* 1984, p. 50-51, die de exceptio beschrijven als 'een aan de condemnatio gehechte negatieve voorwaarde'. Aan de exceptio kon de eiser vervolgens weer een voorwaarde verbinden (replicatio), door Scheltema c.s. een 'een exceptio in de 2^{de} macht' genoemd (p. 50-51).

24 Instituten Iustinianus 4,13, pr.

25 Van Oven, *Leerboek van Romeinsch privaatrecht* 1945, p. 17.

26 Rapport aan de Koningin, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 626. Niet helemaal duidelijk is waarom niet gewoon letterlijk is vertaald met: 'op het eerste gezicht'.

27 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 616, over rechtvaardigingsgronden.

28 Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), Rome 4 november 1950.

vorm moesten krijgen. Twee visies stonden tegenover elkaar. Sommige landen wensten een zo nauwkeurig mogelijke definiëring van de te garanderen rechten en (vooral) van de beperkingen hierop.²⁹ Zij vreesden dat een omschrijving in algemene termen een politieke beginselverklaring zou opleveren in plaats van een hanteerbaar juridisch instrument. In een samenvatting van het Nederlandse standpunt klinkt dat zo:

‘Europe had no need of general declarations for the instruction of public opinion, which might be useful in countries (...) whose political and social institutions were in a process of transition. Europe needed texts containing detailed definition. (...) His government was only prepared to accept precise obligations, which alone would prove effective.’³⁰

Andere landen wilden volstaan met een meer algemene omschrijving van de in het verdrag opgenomen rechten. Teitgen, rapporteur van de Juridische Commissie wees op een van de gevaren van precies omschreven rechten:

‘Par exemple, je serai tout à l’heure obligé de dire à notre très cher collègue que s’il énumère (...) un certain nombre de moyens de torture qu’il veut prohiber, il risque une interprétation *a contrario* de laquelle on prétendra tirer que les autres procédés de torture ne sont pas interdits. Et cela est certainement le contraire de ce qu’il souhaite.’³¹

Gebrek aan slagkracht wegens vaagheid van de norm. Of een te beperkt toepassingsgebied wegens striktheid van de norm. Het zijn precies de bezwaren tegen het primaat van de algemeen geformuleerde zorgvuldighedsnorm enerzijds, of juist van nauwkeuriger omschreven categorieën als de rechtsinbreuk en plichtschending anderzijds. Na de zoveelste confrontatie met het tweede bezwaar,³² koos de Hoge Raad – en uiteindelijk ook de wetgever – voor een combinatie van de genoemde normen.³³ Onrechtmatig zijn rechtsinbreuk en plichtschending, en in het algemeen: handelen in strijd met de zorgvuldigheid.

Ook in het EVRM is het tot een compromis gekomen. Daarbij overheerst het systeem van regel en uitzondering. De meeste te garanderen rechten en

29 Engeland was de voornaamste pleitbezorger van deze visie. Zie bijv.: *Travaux Préparatoires* Volume I, p. 78 e.v. (Ungoed-Thomas), Volume IV, p. 8 e.v. en p. 106 e.v. (Hoare).

30 Nederlandse standpunt verwoord door Patijn, *Travaux Préparatoires* Volume IV, p. 108.

31 Teitgen, *Travaux Préparatoires* Volume II, p. 47.

32 HR 10 juni 1910, W. 9038 (*Zutphense juffrouw*).

33 HR 31 januari 1919, ECLI:NL:HR:1919:AG1776, NJ 1919, p. 161 (*Lindenbaum/Cohen*) en artikel 6:162 lid 2 BW.

de beperkingen erop zijn nauwkeurig gedefinieerd.³⁴ En 'om aan de bezwaren van de tegenstanders van deze methode tegemoet te komen, werden enkele algemene beginselen opgenomen'.³⁵

8.3.3 De toets: dual, sturend, van abstract naar concreet

8.3.3.1 *Duale structuur*

In de analyserende methode worden normschending en rechtvaardiging tegenover elkaar geplaatst en apart beoordeeld. De volgorde van toetsing is deze: eerst de normschending, dan de rechtvaardiging. De rechtvaardiging dient daarbij als correctiemechanisme op de vastgestelde normschending en haar gevolgen.

De zojuist geschetste structuur is heel summier beschreven in de Parlementaire Geschiedenis bij het ontwerp van artikel 6:162. Het is hierboven al weergegeven:³⁶ in principe leiden rechtsinbreuk of wetschending tot de vaststelling dat de daad onrechtmatig is. Met de erkenning van het fenomeen rechtvaardigingen worden de scherpe kanten – de wetgever spreekt van een 'te groot automatisme' en 'onaanvaardbare consequenties' – van dat systeem gehaald.

Jurisprudentie en literatuur op het gebied van het in de vorige paragraaf genoemde EVRM bieden een omvangrijke bron van kennis over de wijze waarop regel en uitzondering worden toegepast in een duale structuur.³⁷ Gerards en Senden schrijven over die structuur in het EVRM:

'The conceptual distinction between scope and justification is thus of great importance to the application of the European Convention on Human Rights. The definition of the scope of fundamental rights determines whether a justification must be advanced and whether the Court is competent to examine the reasonableness of the justification. Unsurprisingly, therefore, the bifurcation between definition and justification is clearly reflected in many Convention provisions. Many, if not

34 Waarbij qua systeem te onderscheiden valt tussen de artikelen waarbij de uitzondering op de regel *zelf* is neergelegd (artt.2 lid 2; 4 lid 3; 5 lid 1 en 7 lid 2) en de artikelen die een omschrijving bevatten van de *voorwaarden* waaraan de uitzondering ('beperking') moet voldoen (artt. 8 tot en met 11 en art. 1 Protocol 1). Zie over het systeem nog Gerards, *Gronden van discriminatie – de wenselijkheid van open en gesloten opsommingen* 2008.

35 C.J. Staal, *De vaststelling van de reikwijdte van de rechten van de mens*, (diss. Maastricht), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1995, p. 54, bij wie ook een korte beschrijving van de totstandkoming van de beperkingssystematiek te vinden is, zie p. 51-55. Ongeclausuleerd zijn alleen de artt. 3 (folterverbod), 6 (recht op een eerlijk proces) en 12 (recht om te huwen), en de slotbepalingen art. 13 tot en met 18.

36 Zie: par. 8.2.1 (*Regel en uitzondering*).

37 In deze studie kan daarop slechts kort en op hoofdlijnen worden ingegaan. Voor een overzicht, met nadere verwijzingen, zie Asser/Hartkamp 3-I 2019 (over Europees recht en Nederlands vermogensrecht) m.n. hoofdstuk 6. Zie ook Barkhuysen en Van Emmerik, *Zorgplichten volgens de HR en het EHRM* 2019.

most, Convention articles contain two or more different paragraphs, the first paragraph stating the right at issue and the second containing the possibilities for limitation or justification. Particularly well known in this regard are articles 8 through 11 of the Convention; however, examples may also be found in article 2 (right to life) and article 4 of Protocol No. 2 (freedom of movement).³⁸

Gerards beschrijft de toetsing door het Europese hof van een gestelde inbreuk op een grondrecht als 'rechtsvinding in twee fasen':

'Anders gezegd: het Hof gaat eerst na of een bepaald artikel überhaupt van toepassing is; pas als dat is gebleken past het de bepaling daadwerkelijk toe. Hoe dit precies gebeurt is afhankelijk van het bestaan en de inhoud van uitzonderingsclausules. In het algemeen kan echter worden vastgesteld dat het Hof in de tweede fase onderzoekt of met de rechtsinbreuk een gerechtvaardigd doel wordt nagestreefd, of de gemaakte inbreuk een redelijk middel vormt om dit doel te bereiken en of, meer in het algemeen, sprake is van een proportionele verhouding tussen het nagestreefde doel en het daardoor aangetaste fundamentele recht. Het karakter van beide toetsingsfasen is hierdoor duidelijk verschillend. De kwalificatiefase kenmerkt zich door toepassing van interpretatieve methoden. (...) De toetsingsfase kenmerkt zich daarentegen door een methode van belangenafweging.'³⁹

Hoe de toetsing in de verschillende fasen er concreet uit ziet, is samengevat door Dommering in de Ferdi E-zaak, over artikel 10 EVRM;⁴⁰ door Ploeger is een vergelijkbaar schema gedestilleerd uit de rechtspraak van het Europese Hof over artikel 1 Protocol 1.⁴¹ Het schema komt steeds hierop neer: in de eerste fase moet de inbreuk worden vastgesteld, en in de tweede fase wordt de voor de inbreuk aangevoerde rechtvaardiging beoordeeld.

Deze volgorde komt helder tot uitdrukking in de *Open Door*-casus. Het Hof beantwoordt eerst de vraag: '*Was there an interference with the applicants' rights?*' en overweegt daartoe:

'The Court notes that the Government accepted that the injunction interfered with the freedom of the corporate applicants to impart information. Having regard to the scope of the injunction (...) there can be no doubt that there was also an interference with the rights of the applicant counsellors to impart information and with the rights of Mrs X and Ms Gerghy to receive information in the event of being pregnant.'⁴²

38 Gerards & Senden, *Fundamental rights*, ICON 2009/4, p. 620.

39 Gerards, *Rechtsvinding door het EHRM*, NJCM-Bull. 2006/1, p. 95.

40 E.J. Dommering, annotatie bij EHRM 11 januari 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:0111JUD003145796, NJ 2001/74 (*News Verlags GmbH & CoKg/Oostenrijk; Europese 'Ferdie E-zaak'*), onder 2.

41 Ploeger, *Eigendom in het licht van het EVRM* 2000, p. 687-695. Zie m.n. onder 6 voor de rechtvaardiging van de stoornis.

42 EHRM 29 oktober 1992, ECLI:CE:ECHR:1992:1029JUD001423488 (*Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*), par. 55.

Nu is vastgesteld dat sprake is van een *interference* (inbreuk), moet worden nagegaan of deze inbreuk een schending van het mensenrecht (*violation*) oplevert:

‘To determine whether such an interference entails a violation of Article 10, the Court must examine whether or not it was justified under Article 10 para. 2.’⁴³

Voor het antwoord op de vraag of de inbreuk een schending meebrengt, is vervolgens dus een beoordeling van de voor de inbreuk aangevoerde rechtvaardiging vereist. In de *Handyside*-zaak (eveneens over artikel 10) wordt het belang van de toets van deze rechtvaardiging scherp uitgedrukt:

‘Such interferences entail a “violation” of Article 10 if they do not fall within one of the exceptions provided for in paragraph 2 (...), which is accordingly of decisive importance in this case.’⁴⁴

In principe is met de inbreuk de schending, dus de onrechtmatigheid, gegeven. Of dat ook het eindoordeel is, hangt daarna af van de beoordeling van de rechtvaardiging.

Deze toets van de rechtvaardiging zal bij iedere concrete toepassing een andere kunnen zijn. Afgewogen worden namelijk het in concreto geschonden recht tegen de rechtvaardiging van die schending. En voor de inbreuk op het ene recht is een andere rechtvaardiging noodzakelijk dan voor inbreuk op een ander recht. Voor bepaalde typen inbreuken is zelfs nauwelijks rechtvaardiging mogelijk. Als voorbeeld kan gelden het hierboven al genoemde verbod op foltering, neergelegd in artikel 3.⁴⁵ Dit artikel is ongeclausuleerd. Dat betekent dat er in principe geen plaats bestaat voor een toets van de ingeroepen rechtvaardiging.⁴⁶

43 EHRM 29 oktober 1992, ECLI:CE:ECHR:1992:1029JUD001423488 (*Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*), par. 55. Waarbij wordt aangegeven welke eis aan de rechtvaardiging wordt gesteld: ‘by reason of being a restriction “prescribed by law” which was necessary in a democratic society on one or other grounds specified in Article 10 para. 2’.

44 EHRM 7 december 1976, ECLI:CE:ECHR:1976:1207JUD000549372 (*Handyside v. United Kingdom; Little Red Schoolbook*), par. 43.

45 Gerards en Senden noemen daarnaast art. 7 (geen straf zonder voorafgaande wet) als voorbeeld van een absoluut recht (‘nonderogable or can be limited only in the rarest of circumstances’). Zie: Gerards & Senden, *Fundamental rights*, ICON 2009/4, p. 621.

46 Vgl. Van Dijk c.s., *European Convention on Human Rights* 2017, p. 383 over het absolute karakter van artikel 3: ‘The prohibition on ill-treatment is absolute, i.e. that the provision does not allow for limitations’.

8.3.3.2 *Sturende norm*

Uit het voorgaande volgt een belangrijk aspect van de analyserende methode: in deze methode heeft de norm een sturende werking op het oordeel over de handeling. Reeds de enkele normschending stuurt het oordeel over de handeling; wie een wettelijk voorschrift overtreedt, of een subjectief recht schendt, handelt in principe onrechtmatig. Vergelijk nogmaals de visie van de wetsontwerper op het gevolg van de aanwezigheid van een rechtsinbreuk:

‘Indien (...) de gedraging zelf de inbreuk oplevert, is behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond, de onrechtmatigheid daarmee gegeven en is een nader onderzoek naar een eventuele overtreding van concrete wettelijke plichten of normen van ongeschreven recht overbodig.’⁴⁷

Het systeem van artikel 6:162 is dat met de rechtsinbreuk, plichtschending of overtreding van de zorgvuldigheidsnorm de onrechtmatigheid en dus de aansprakelijkheid, in beginsel is gegeven. Het hangt vervolgens van de kracht van de ingeroepen rechtvaardiging af of dit oordeel ook het eindoordeel zal zijn.

De norm stuurt de oordeelsvorming; het verweer tegen de normschending stuurt bij, geeft tegenkracht aan de werking van de norm.

8.3.3.3 *Van abstract naar concreet*

In de analyserende methode verloopt de oordeelsvorming van abstract naar concreet. Vastgesteld wordt eerst dat sprake is van een normschending. Vervolgens wordt het verweer beoordeeld, waarom in dit specifieke geval de normschending niet tot aansprakelijkheid moet leiden. Zo kan het oordeel dat sprake is van een inbreuk op het subjectieve recht van lichamelijke integriteit, bijvoorbeeld omdat iemand wordt geslagen, worden teruggedrongen als blijkt dat degene die de klap kreeg, zelf een aanvaller was en de klap ontving toen de aangevallene zich verweerde (noodweer). De wetgever beschrijft de werking van de rechtvaardiging zo, dat

‘wordt aangenomen dat een daad welke naar de algemene omschrijving onrechtmatig zou zijn, haar onrechtmatig karakter kan verliezen door de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond’.⁴⁸

De algemene norm wordt in het concrete geval opzijgezet, althans: de handeling verliest haar onrechtmatig karakter.

⁴⁷ TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 614.

⁴⁸ TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 616. Vgl. ook bijv. HR 14 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7537, NJ 2007/270 (*Onttrekking delfstoffen*), r.o. 8.4.2.

De beweging van de oordeelsvorming voert in de analyserende methode omlaag en volgt de wanden van een trechter: van de abstracte, sturende norm die is geschonden, naar het concrete oordeel over de voor de normschending ingeroepen verweren en dus over de rechtmatigheid van de normschending in dit concrete geval.⁴⁹

8.3.4 Het belang van het voorlopige oordeel: het verhaal van koning Salomo

Gebruik van de analyserende methode leidt tot een voorlopig standpunt, dat later eventueel kan worden herzien. Het voordeel van deze benadering blijkt wanneer we het oordeel der oordelen beschouwen: dat van koning Salomo.⁵⁰ Twee vrouwen betwisten elkaar het moederschap van een jongetje, waarop Salomo oordeelt dat het kind in tweeën gehakt moet worden. Volgens de gangbare exegese van het verhaal schuilt de kracht van de koning (zijn 'goddelijke wijsheid') in zijn gave de psyche van de partijen te doorgronden.⁵¹ Met de dreiging het kind te treffen denkt Salomo de moeder een reactie te ontlokken. Asser geeft een andere uitleg:

'Als het waar is dat Salomo slechts bluft om er achter te komen wie de ware moeder is, dan toont hij zich eerst recht de despoot. (...) [M]aar Salomo blijft niet bij zijn beslissing. Hij luistert nu naar beide vrouwen: wat zij gezegd hebben en ook wat zij niet hebben gezegd. Hij heeft zich laten overtuigen en in mijn visie op het verhaal niet zijn eigen voorbarige en despotische oordeel doorgedrukt.'⁵²

Koning Salomo 'blijft niet bij zijn beslissing'. Zijn wijsheid bestaat in zijn vermogen een eenmaal ingenomen standpunt te herzien; terug te komen op zijn oorspronkelijke oordeel, wanneer de feiten daartoe aanleiding geven.

In het voorgaande is al Eggen aangehaald, die heeft beschreven hoe deze herziening van het oordeel bij het zoeken naar een juridische oplossing plaatsvindt:

'Zo doet het doden van een ander zich in het algemeen voor onder het aspect der onrechtmatigheid, om eventueel te verkeren in het oordeel: noodweer, die de onrechtmatigheid opheft. Zo kan er ook een dubbele "verkering" van oordeel plaats vinden indien b.v. bij de beoordeling van de aanvankelijk als onrechtmatig gekwalificeerde doodslag, deze handeling (nader) bepaald wordt als rechtmatig, gelet op het feit dat deze handeling gepleegd werd door een soldaat op wacht of een

49 Het beeld van de trechter gebruikte ik eerder. Zie: Franke, *Doel van het subjectieve recht* 1996, p. 139.

50 1 Koningen 3: 16-28.

51 Vgl. bijv: Reuven Hochberg en A.J. Rosenberg, *I Kings, A new English Translation*, New York 1984, p. 37. En: S.J. de Vries, *Word Biblical Commentary, Vol. 12 (Kings)*, Waco, TX: Word Books 1985, p. 62.

52 Asser, *Salomo's wijsheid* (oratie) 1992, p. 32-33.

politieagent in achtervolging (en nadat eventueel andere voorwaarden zijn vervuld), om uiteindelijk (weer) om te slaan in het oordeel onrechtmatig, wanneer blijkt dat de daad – op grond van nader blijken omstandigheden – had behoren achterwege te blijven.⁵³

‘Heen en weer/Heen en weer’, zo dichtte reeds drs. P. De analyserende methode is de techniek van de tegenspraak. Vergelijk in dit verband Wieacker, die het hierboven beschreven Romeinse systeem omschrijft als typerend voor een denkwijze:

‘In der *exceptio* kommt eine alte Gewohnheit des römischen Rechtsdenkens zur schroffen Gegenüberstellung von Antithesen zum Ausdruck.’⁵⁴

De vaststelling dat het gaat om these en antithese is van belang, omdat in deze visie schending van een onrechtmatigheidscategorie (de bewezen these) in beginsel tot aansprakelijkheid leidt. Het nut van het voorlopige oordeel schuilt hierin dat het een uitgangspunt biedt voor de te nemen beslissing. Het maakt ook een efficiënte besluitvorming mogelijk; bij een niet of onvoldoende weerproken these (ontbreken van een toereikende antithese) is met dit *prima facie*-oordeel tevens het eindoordeel gegeven.

De rol van rechtvaardigingsgronden en andere verweren tegen aansprakelijkheid is in een methode als deze een belangrijke. Zij vormen voor de gedaagde de enige mogelijkheid te ontkomen aan het gevolg van wat de eiser bewezen heeft: aansprakelijkheid. Daarmee is ook de rolverdeling van partijen duidelijk. Eiser stelt de normschending; gedaagde de aanwezigheid van een rechtvaardiging of van een andere aansprakelijkheidsuitsluiting. In dit verband kan nogmaals worden gewezen op wat Hart beschreef als ‘the defeasible character of legal concepts’.⁵⁵ Wanneer een bepaalde voorwaarde voor aansprakelijkheid – in dit geval: handeling wordt als onrechtmatige daad gekwalificeerd – is vervuld, komt het aan op de invulling van het ‘tenzij’ (‘unless’), wat op de weg van de gedaagde ligt.⁵⁶

8.3.5 De relativiteit van rechten en plichten

Uitgaan van rechtsinbreuk en plichtschending als zelfstandige categorieën is niet hetzelfde als uitgaan van *absolute* rechten en *absolute* plichten. Alle recht

53 Eggens, *Over het wezen van misbruik van recht* 1947, p. 122.

54 Wieacker, *Vom römischen Recht* 1961, p. 109.

55 Hart, *The Ascription of Responsibility and Rights* 1963, p. 154.

56 Hart, *The Ascription of Responsibility and Rights* 1963, p. 148. Hart wijst erop dat verschillende verweren met verschillende sterkten denkbaar zijn. Die kwestie komt hierna, in H. 11 aan de orde, zie m.n. par. 11.1.6 (*Nadere beschouwing: ondersteuning, weerlegging en krachtaanduiding*) en 11.4.1 (*De samenhang tussen krachtaanduiding en weerlegging*).

is relatief, alle onrecht ook.⁵⁷ Het in paragraaf 8.2.2 besproken pleidooi voor een multi-factorbenadering ging gepaard met een aanval op de legistische traditie. Die laatste mag inmiddels echter als ruimschoots achterhaald worden beschouwd.⁵⁸

Zelfs het meest absolute recht, het eigendomsrecht, geldt nooit onvoorwaardelijk. Interessant is de veelgeciteerde achttiende-eeuwse omschrijving in de *Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen*. Aan het uitgangspunt dat eigendom '*un droit inviolable et sacré*' is, wordt onmiddellijk de (minder vaak geciteerde) uitzondering toegevoegd:

'nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité'.⁵⁹

Ook de in artikel 6:162 opgenomen categorieën zijn geen absolute onrechtmatigheidsgronden in die zin dat overtreding altijd aansprakelijkheid met zich meebrengt. Hierboven is de Toelichting Meijers op dat punt al aangehaald: zo'n regel zou 'tot een te groot automatisme, tot onaanvaardbare gevolgen leiden'.⁶⁰

Hetzelfde is door de rechter expliciet uitgemaakt, zowel voor de rechtsinbreuk als voor de plichtschending. Vergelijk voor de schending van een wettelijke plicht:

'terecht wordt aangevoerd 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'.⁶¹

En voor inbreuk op een subjectief recht:

'De hiervoor (...) weergegeven feiten laten geen andere conclusie toe dan dat K inbreuk op het recht van G op eerbiediging van haar persoonlijke levenssfeer heeft gemaakt. (...) Dit brengt evenwel nog niet mee dat K onrechtmatig heeft gehandeld'.⁶²

57 Vgl. Schut, *Rechtelijke verantwoordelijkheid* (diss.) 1963, p. 127 e.v.

58 P.C. Kop plaatst de bloei van het legisme tussen 1848 en 1880. Hij constateert dat al ruim voor het begin van de twintigste eeuw 'de afbrokkeling van de machtspositie van het legisme' plaatsvindt (*Legisme en Privaatrechtwetenschap*, Deventer: Kluwer, 1992, p. 58).

59 Article 17, *Déclaration du 26 août 1789*.

60 TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 616.

61 HR 16 februari 1973, ECLI:NL:HR:1973:AD7415, NJ 1973/463 (*Maas/Willems*), O. omtrent de onderdelen 2e en 3b, p. 1255-1256.

62 HR 9 januari 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5500, NJ 1987/928 (*Edamse bijstandsvrouw*). Zie uitgebreid over de relativering van het subjectieve recht: Streefkerk, *Onrechtmatigheid van de rechtsinbreuk* 1996, p. 67-86.

Niet in de vraag *of* gerelativeerd wordt, maar in de *wijze waarop* dit gebeurt, verschilt de analyserende derhalve van de nu te bespreken methode.

8.4 DE SYNTHETISERENDE METHODE

8.4.1 De leer-Smits

De opvatting dat het oordeel over de onrechtmatigheid uiteindelijk altijd neerkomt op een toets aan de zorgvuldigheid, is bijna onverbrekelijk verbonden met de naam van Smits, hoewel hij niet de eerste was die haar verdedigde.⁶³

Smits stelde tegenover elkaar twee manieren van denken over de wijze waarop de onrechtmatigheid van een handeling moet worden vastgesteld:

‘Eenerzijds de gedachte, welke de grens tusschen het al dan niet rechtens geoorloofde zoekt in verband met bepaalde, in de wet vastgelegde, algemeen geldende, objectieve kenteekenen voor de onrechtmatigheid eener handeling. Dit is de richting, die (...) de door den Hoogen Raad aanvaarde kenmerken bracht: strijd met een bepaald, in wet of wettelijke verordening geformuleerd, gebod of verbod en inbreuk op een op de wet steunend subjectief recht. Daartegenover ziet men (...) de gedachte, welke los van zulke objectieve maatstaven voor het concrete geval wil zien uitgemaakt of degeen, die schade toebracht, al dan niet rechtens toelaatbaar heeft gehandeld, waarmede de rechter (...) wordt verwezen naar de ongeschreven normen voor wat in het maatschappelijk verkeer in een gegeven geval betaamt.’⁶⁴

Volgens hem maakte de Hoge Raad geen echte keus voor een van beide zienswijzen:

‘De Hooge Raad op 31 Januari 1919 in de bekende uitbreiding der formule der onrechtmatigheid laatstgenoemde gedachte aanvaardend, heeft daarbij gehandhaafd de beide criteria, die het resultaat waren der eerst vermelde gedachte der objectieve maatstaven: schennis van rechtsplicht en rechtsinbreuk.’⁶⁵

Hiertegen richt zich Smits kritiek. De tweede gedachte moet volgens hem geen combinatie vormen met de eerste, maar haar *vervangen*. Voor het concrete geval moet altijd los van objectieve, algemeen geldende maatstaven worden uitgemaakt of onrechtmatig is gehandeld. De rechtsinbreuk en wetschending hebben afgedaan als zelfstandige onrechtmatigheidsvormen, omdat

‘over de geheele linie der onrechtmatige daad bij de oordeelsvorming voor het concrete geval steeds een toetsing plaats heeft aan ongeschreven gedragsnormen,

63 Zie bijv.: Van Oven, *Onrechtmatigheid en schuld* 1932, m.n. p. 509-510.

64 Smits, *Aantasting en uitoefening van subjectieve rechten* 1940, p. 373.

65 Smits, *Aantasting en uitoefening van subjectieve rechten* 1940, p. 373.

voor het gegeven geval opgesteld in verband met opzet of voorzienbaarheid van een rechte ongewenscht gevolg; ook waar dit bestaat in objectieve rechtsaantasting'.⁶⁶

Steeds moet worden getoetst aan de ongeschreven normen van maatschappelijke betamelijkheid. Daarmee is volgens Smits de rechtsinbreuk terzijde gesteld als zelfstandig criterium voor de oordeelsvorming over de onrechtmatigheid van een handeling. Maar daarmee is volgens hem niet terzijde gesteld 'de belangrijke factor, die voor de vorming van de beslissing of al dan niet onmaatschappelijk is gehandeld, juist is gegeven in het objectieve rechtsoordeel, vastgelegd in de erkenning van een subjectief recht'.⁶⁷ In twee opzichten kan de kwalificatie 'subjectief recht' van nut zijn:

'En wel *eenerzijds*, doordat ons in het oordeel, dat zeker resultaat, als vormend een ingrijpen in eens anders rechtssfeer, objectief onrechtmatig is – te midden van de vele vermogensbelangen, die niet een zoodanige bijzondere bescherming genieten – een bijzonder steunpunt is gegeven voor het opstellen van gedragsnormen bij voorzien of voorzienbaar zijn dier rechtsschennis. En, *anderzijds*, doordat men in de omstandigheid, dat men bij de schadetoebrenging heeft gehandeld in de uitoefening van eigen subjectief recht, aantreft – wel niet een volstrekten rechtvaardigingsgrond, zoals men vroeger in den regel "*neminem laedit*" las – maar dan toch een rechtvaardigingsfactor, die al naar de gevallen die het geldt van meerdere of mindere betekenis kan zijn voor de vorming van het oordeel omtrent wat in concreto al dan niet geboden is als maatschappelijk behoorlijk handelen ten opzichte van eens anders persoon of goed'.⁶⁸

Rechtsschending en rechtsuitoefening. Zij worden wel aangeduid als de defensieve en de agressieve functie van het subjectieve recht.⁶⁹ Zoals blijkt uit bovenstaand citaat, meent Smits dat in beide gevallen het subjectieve recht geen zelfstandig criterium is voor de oordeelsvorming. De omstandigheid dat een subjectief recht *geschonden* is, betekent nog niet dat de handeling daarmee *onrechtmatig* is. De omstandigheid dat een subjectief recht is *uitgeoefend*, betekent nog niet dat de handeling daarmee *rechtmatig* is. Maar in beide gevallen zal het subjectieve recht een belangrijke factor zijn voor het oordeel over de zorgvuldigheid van de handeling. Hetzelfde betoogde Smits in verband met de wetschending. Volgens hem

'is de betekenis der wetsovertreding voor de beoordeling of er een onrechtmatige daad is (...) slechts die eener reflexwerking in den zin, dat de rechter met het feit

66 Smits, *Aantasting en uitoefening van subjectieve rechten* 1940, p. 402.

67 Smits, *Aantasting en uitoefening van subjectieve rechten* 1940, p. 402.

68 Smits, *Aantasting en uitoefening van subjectieve rechten* 1940, p. 402 (cursiveringen in origineel).

69 Zie bijv: Wolfsbergen, *Onrechtmatige daad* 1946, p. 131.

der gegeven wetsovertreding moet rekening houden bij het zoeken van de ongeschreven normen van behoeven'.⁷⁰

Bij het zoeken van de ongeschreven fatsoensnorm moet de rechter rekening houden met de concrete wetsovertreding. Deze laatste is een factor bij het oordeel over de onrechtmatigheid van de handeling.

8.4.2 De toets: overkoepelend, open en concreet

8.4.2.1 Overkoepelend

Het aantrekkelijke van de benadering van Smits is dat zij een – in twee opzichten – overkoepelend criterium biedt voor de beoordeling van onrechtmatig gedrag.

Overkoepelend in de zin dat het van toepassing is op alle vormen van onrechtmatig handelen. Immers: ook in geval van rechtsinbreuk en wetschending zou de zorgvuldigheidsnorm van toepassing zijn. En daarmee zijn de criteria inbreuk en wetschending als in feite overbodig ontmaskerd:

'In een rechtsstelsel dat als geheel steeds genuanceerder wordt, lijken de wetsstrijd en de rechtsinbreuk onnodig grofmazige criteria, die slechts kunnen overleven door zich zoveel mogelijk in het kleed der zorgvuldigheid te hullen.'⁷¹

Het criterium is ook overkoepelend in die zin dat het een 'tweezijdig criterium'⁷² is, dat de positie van zowel de veroorzaker als de benadeelde in de beoordeling betreft. Volgens Van Dam, een moderne vertolker van de leer van Smits, lijden de rechtsinbreuk en wetschending aan de 'gebrekigheid'⁷³ van de eenzijdigheid:

'De principiële tekortkoming van de rechtsinbreuk is, dat bij deze categorie alleen het aangetaste recht van de benadeelde aan de orde komt. Het gedrag van de veroorzaker en de vraag of dat gedrag onzorgvuldig is blijven bij dit criterium per definitie buiten beeld; alleen het resultaat, de rechtsinbreuk, telt. En dit terwijl de grondslag van de persoonlijke aansprakelijkheid in elk land nu juist het gedrag van de veroorzaker is. Het inbreukcriterium vormt in wezen maar één kant van

70 Smits, *Over de vraag der relativiteit* 1938, p. 492.

71 J. Hijma, annotatie bij HR 12 oktober 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC2674, AA 1991, p. 342 (Geerts/Ten Dam).

72 Van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm* (diss.) 1989, nr. 74, p. 97.

73 De term is van Van Dam. Zie: Van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm* (diss.) 1989, nr. 74, p. 98.

de aansprakelijkheidsmedaille; het kijkt alleen naar de benadeelde en niet naar de veroorzaker.⁷⁴

Voor de wetschending geldt hetzelfde. De voor deze categorie gestelde relativiteitseis ziet Van Dam als

‘een correctie op de eenzijdigheid van het criterium van de wettelijke norm. Bij deze norm staat immers de gedragsplicht van de veroorzaker centraal en blijven de te beschermen belangen van de benadeelde in beginsel onderbelicht. Weliswaar weegt ook de wetgever bij het opstellen van wettelijk normen belangen tegen elkaar af maar in concrete gevallen behoeft deze afweging niet op te gaan, bijvoorbeeld omdat de wetgever geen rekening heeft gehouden met de concrete benadeelde.’⁷⁵

Van Dam introduceert daarom een criterium waarin omstandigheden aan de kant van *beide* partijen in de beoordeling worden betrokken. Hij ziet als elementen van de zorgvuldigheidsnorm: 1. de aard en omvang van de schade; 2. de waarschijnlijkheid van de schade; 3. de aard van de gedraging; 4. de bezwaarlijkheid van het nemen van voorzorgsmaatregelen.⁷⁶ De eerste twee elementen betreffen de zijde van de benadeelde; de laatste twee die van de veroorzaker.

Nader onderzoek van het betoog van Smits leert dat *ook* in zijn voorstelling de toets is opgebouwd uit deze twee elementen. Omdat het hier een kernpunt uit de visie van Smits betreft, is het van belang hier iets langer bij stil te staan. Wat is precies de zorgvuldigheidsnorm waaraan in een concrete situatie moet worden getoetst? Volgens Smits gaat het om een aantal factoren, waarvan hij in zijn bespreking van het subjectieve recht voorbeelden geeft.⁷⁷ Hij onderzoekt drie categorieën gevallen, te weten:

1. aantasting van het voorwerp van eens anders subjectief recht;
2. hinder;
3. misbruik van recht.

Voor de eerste categorie (kortweg: zaaksbeschadiging) gaat Smits na wanneer een gepleegde rechtsinbreuk *toch* niet tot gevolg heeft dat de handeling als onrechtmatig moet worden beschouwd.⁷⁸ Hij geeft de volgende voorbeelden: de aanwezigheid van een bijzondere rechtvaardigingsgrond; rechtsdwaling;

74 Van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm* (diss.) 1989, nr. 72, p. 95. Tegenwoordig beschrijft hij het kort: ‘De kern van het probleem ligt in de eenzijdigheid van de rechtsinbreuk’, Van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht* 2020/227, p. 116.

75 Van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm* (diss.) 1989, nr. 73, p. 97. Inmiddels iets genuanceerder, zie Van Dam *Aansprakelijkheidsrecht* 2020/222.

76 De elementen staan bekend als de criteria van het Kelderluik-arrest. Zie: HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, NJ 1966/136 (Kelderluik). Zie ook: Van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm* (diss. 1989), nr. 79, p. 110.

77 Smits, *Aantasting en uitoefening van subjectieve rechten* 1940, p. 375.

78 Smits, *Aantasting en uitoefening van subjectieve rechten* 1940, p. 376-379.

de uitoefening van een eigen recht, of handelen in het algemeen belang.⁷⁹ Evenals de rechtsinbreuk zelf, kunnen al deze omstandigheden relevante factoren zijn voor de oordeelsvorming over de rechtmatigheid van de handeling. De onrechtmatigheidstoets blijkt in deze gevallen dus opgebouwd uit enerzijds de normschending en anderzijds de rechtvaardigende of schuldsluitende omstandigheden.

In de derde categorie krijgt de toets op dezelfde manier vorm: In het geval van misbruik van recht gaat het om de afweging tussen de schade toebrengende handeling aan de ene kant en het recht waarop de schadeveroorzaker zich ter rechtvaardiging van zijn handelen beroept aan de andere kant.⁸⁰

In de tussengroep (hinder) is de toets uiteindelijk dezelfde.⁸¹ Volgens Smits treft men hier de 'factor aantasting van subjectief recht (...) in innig verband met een factor uitoefening van subjectief recht'; enerzijds de rechtsinbreuk door 'genotsbelemmering', anderzijds de rechtsuitoefening die hinder teweegbrengt.⁸² Ook hier gaat het dus om de afweging tussen de hinder en de rechtvaardiging van die hinder.

Deze nadere beschouwing van het gedachtengoed van Smits en Van Dam laat zien dat in de synthetiserende methode de te toetsen elementen precies dezelfde zijn als in de visie van de wetgever, namelijk: de onrechtmatige handeling en de rechtvaardiging ervan. En dat is ook niet vreemd. De te beoordelen gedraging is immers dezelfde en ook de criteria worden niet anders bij gebruik van een andere toetsingsmethode. Het verschil met de analyserende methode schuilt echter in de *noodzaak* om altijd ook de omstandigheden aan de zijde van de handelende te bezien.

Verder blijkt waarom de benadering een synthetiserende kan worden genoemd: alle omstandigheden die van belang zijn voor het oordeel over de aansprakelijkheid van de veroorzaker (zowel de 'voors' als de 'tegens'), zijn samengevoegd in één toets. H. Drion formuleert het zo, dat de leer-Smits 'uiteenlopende overwegingen voor het aannemen of verwerpen van aansprakelijkheid op één hoop gooit'.⁸³

79 Smits, *Aantasting en uitoefening van subjectieve rechten* 1940, resp. p. 376, links; p. 376, rechts; p. 377-379 en p. 388.

80 Smits, *Aantasting en uitoefening van subjectieve rechten* 1940, p. 398-402.

81 Smits, *Aantasting en uitoefening van subjectieve rechten* 1940, p. 397-398.

82 Niet in ieder geval van hinder zal de hinderende partij zich kunnen beroepen op een bevoegdheid tot de hinderende activiteit. Dat Smits daar wel van uitgaat, is te verklaren uit het feit dat zijn onderzoek met betrekking tot hinder zich vooral richt op het 'terrein, waarop de vraag van den verboden hinder zich doorgaans afspeelt: dat van het burencrecht'. Juist op dat terrein zal naast de 'vraag der rechtsaantasting' aan de kant van de gehinderde steeds de vraag opduiken 'naar het rechtmatige van de rechtsuitoefening van den eigenaar, die den hinder in de uitoefening van zijn eigendomsrecht veroorzaakt', aldus Smits. Zie: Smits, *Aantasting en uitoefening van subjectieve rechten* 1940, p. 398 (cursivering in origineel).

83 H. Drion, in: *2000 weken rechtspraak* 1978, p. 38.

8.4.2.2 Open

Met de beschrijving van de inhoud van de zorgvuldigheidstoets wordt ook het *karakter* van de toets zichtbaar. Het blijkt dat hier geen sprake is van een echte norm, in de zin dat zij zou kunnen worden overtreden. Immers: nu ook de rechtvaardigende elementen in de norm zijn opgenomen, kan van een norm-schending nooit sprake zijn. De term ‘zorgvuldigheidsnorm’⁸⁴ is dus enigszins misleidend; het zal geen toeval zijn dat men haar bij Smits niet tegenkomt.⁸⁵

In plaats van een norm biedt het model van Smits en Van Dam een kader voor de beoordeling van de omstandigheden van het concrete geval. Het is een gezichtspuntenlijst, zoals we die kennen uit arresten als *Saladin/HBU*.⁸⁶ De onderdelen van de zorgvuldigheidstoets zijn geen *voorwaarden* voor aansprakelijkheid, maar zijn *wegingsfactoren* aan de hand waarvan men in een bepaald geval kan komen tot een oordeel over de aansprakelijkheid.

In dit opzicht is een duidelijk verschil te constateren met de andere twee onrechtmatigheids-categorieën van artikel 6:162. Op een subjectief recht kan inbreuk worden gemaakt en een bepaalde, in de wet omschreven, plicht kan worden geschonden. Het gaat daarbij om richtinggevende onrechtmatigheidsvormen: met de vaststelling van de inbreuk of plichtschending, is men al een eind op weg met het oordeel over de onrechtmatigheid van de handeling.⁸⁷ Zoals de Hoge Raad overwoog met betrekking tot het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer:

‘Een inbreuk op dit recht levert in beginsel een onrechtmatige daad op.’⁸⁸

Uiteraard is het mogelijk dat de inbreukmaker of wetsovertreder allerlei verweren heeft om aan aansprakelijkheid te ontkomen. Maar die verweren zal hij dan ook daadwerkelijk moeten voeren. Anders is het gevolg van de

84 Vgl. bijv.: Van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm* (diss.) 1989, passim.

85 Smits spreekt (in *Aantasting en uitoefening van subjectieve rechten* 1940) van ‘het onderzoek van de maatschappelijke betamelijkheid der gedraging’ (p. 377); ‘toetsing aan ongeschreven gedragsnormen, voor het gegeven geval opgesteld’ (p. 402) en van ‘het oordeel omtrent wat in concreto al dan niet geboden is als maatschappelijk behoorlijk handelen ten opzichte van eens anders persoon of goed’ (p. 402).

86 HR 19 mei 1967, ECLI:NL:HR:1967:AC4745, NJ 1967/261 (*Saladin/HBU*).

87 Zie daarover bijv.: Franke, *Doel van het subjectieve recht* 1996, p. 142-143.

88 HR 9 januari 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5500, NJ 1987/928 (*Edamse bijstandsvrouw*), r.o. 4.4. Zie ook: HR 31 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9609, NJ 2003/589, r.o. 3.5.2; HR 12 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN8483, NJ 2009/549, r.o. 3.16 (*XS4ALL*). En over de strijd met een wettelijke plicht is te wijzen op een stroom van lagere rechtspraak bijv.: Rb. Midden-Nederland 6 maart 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:957, r.o. 2.3; Rb. Den Haag 10 juli 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:6864, r.o. 4.3-4.5; Rb. Rotterdam 15 augustus 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:6399, r.o. 4.3.

inbreuk of wetschending: aansprakelijkheid.⁸⁹ De zorgvuldigheidscategorie daarentegen, is een open categorie, die niet richtinggevend is, maar wegend. In het ene geval zal de ene omstandigheid meer gewicht in de schaal leggen; in het andere geval zal een andere omstandigheid doorslaggevend zijn.

8.4.2.3 Concreet

Een ander wezenlijk onderdeel in de beschouwingen van Smits is de afwijzing van het concrete geval overstijgende normen ter beoordeling van de onrechtmatigheid van een bepaalde handeling. Het kwam in een hierboven⁹⁰ aangehaalde passage al aan de orde. Smits zet zich af tegen het standpunt van de Hoge Raad, dat (ook na 1919) de rechtsinbreuk en wetschending als zelfstandige onrechtmatigheidscategorieën gehandhaafd dienen te blijven naast de zorgvuldigheidscategorie. Beide rubrieken merkt Smits aan als ‘algemeen geldende, objectieve kenteekenen voor de onrechtmatigheid eener handeling’, terwijl de beoordeling van een handeling volgens hem moet worden gezocht in ‘de ongeschreven normen voor wat in het maatschappelijk verkeer in een gegeven geval betaamt’.⁹¹

Het zoeken van een maatstaf buiten de concrete situatie is volgens Smits niet alleen onjuist, maar ook onmogelijk. In zijn artikelenreeks uit 1940 verwoordt hij het zo:

‘De normovertreding, die bij opzettelijke rechtsinbreuk ons in een gegeven geval tot onrechtmatigheid doet besluiten, is niet de overtreding van de *abstracte* norm: “gij zult *eens anders* recht niet aantasten”, “gij zult niet doden”. Men heeft in een concreet geval met een *bepaald* recht te doen, dat is aangetast. Aangerand is een bepaalde machtskring van een bepaald persoon. De norm, waartegen is gezondigd, luidt dan ook: “gij zult *dit*, in concreto gegeven, mij toekomend recht niet aantasten”; “gij zult mij mijn leven niet benemen”.⁹²

‘De concrete gedragsnorm ligt nimmer – ook niet bij bewust ingrijpen in eens anders rechtssfeer – in het geschonden recht zonder meer gereed’. Voor de beoordeling van de schadevergoedingsvordering wegens bij voorbeeld een rechtsinbreuk, zijn volgens Smits algemene normen op zichzelf onbruikbaar. Het gedrag van de schadeveroorzaker moet worden ‘gewaardeerd’ met het oog op de concrete, door hem veroorzaakte situatie.

89 Zie (uit vele) voor de rechtsinbreuk: Rb. Midden-Nederland 13 februari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:514, r.o. 2.2 en 2.4. Zie voor de plichtschending: Rb. Amsterdam 2 januari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BY8384, r.o. 4.3 en 4.6; GiEA Aruba 22 augustus 2018, ECLI:NL:OGEAA:2018:501, r.o. 4.5.

90 Zie: par. 8.4.1 (*De leer-Smits*).

91 Smits, *Aantasting en uitoefening van subjectieve rechten* 1940, p. 373.

92 Smits, *Aantasting en uitoefening van subjectieve rechten* 1940, p. 386.

Uit dit verzet tegen het gebruik van algemene normen is overigens ook Smits' afwijzing van de relativiteit als een apart leerstuk te verklaren.⁹³ Relativeren is de algemene norm pasklaar maken voor gebruik in een concrete situatie. Wie, als Smits, de 'norm' altijd alleen concreet formuleert, heeft aan zo'n relativering geen behoefte; de norm *is* al van het abstracte naar het concrete niveau getild.

8.4.3 Smits en de postmoderne tijdgeest

In zijn beschouwing over de overgang van de moderniteit naar de postmoderniteit in het midden van de twintigste eeuw signaleert Toulmin in de wetenschapsbeoefening: *The Return to the Oral, the Particular, the Local, the Timely*. Hij besluit zijn beschouwingen met de volgende observatie:

'The present state of the subject marks the return from a theory-centered conception, dominated by a concern for *stability* and *rigor*, to a renewed acceptance of practice, which requires us to *adapt* action to the special demands of particular occasions.'⁹⁴

Het is niet moeilijk in Smits, met zijn aandacht voor het concrete, particuliere en zijn verzet tegen toepassing van abstracte, algemene maatstaven ('the theory-centered conception'), de vertolker avant-la-lettre van het postmoderne levensgevoel te herkennen.⁹⁵ Kennelijk had Smits de tijdgeest goed verwoord: bijna alle twintigste eeuwse Nederlandse civilisten, op een enkele uitzondering na,⁹⁶ waren van mening dat de tijd van de algemene categorieën in het aansprakelijkheidsrecht voorbij was. De 'overredingskracht van het kleine' (zoals Van Peursen de postmoderne visie karakteriseerde)⁹⁷ blijkt groot.

Kan de visie van Smits c.s. worden geplaatst binnen het postmodernisme; het laatste kan op zijn beurt ook in de tijd worden geplaatst. Van den Braembussche wijst op het verband tussen de opkomst van het postmodernisme en het *fin de siècle*: 'Het lijkt erop dat het postmoderne vertoog de typische kenmerken lijkt te onthullen van de huidige eeuwswende.'⁹⁸ Hij verwijst daarbij naar de eindtijdverwachtingen die rond iedere eeuwwisseling de kop opsteken (en niet ondenkbaar is dat *fin de siècle*-emoties nog heviger gevoeld worden

93 Zie: Smits, *Over de vraag der relativiteit* 1938.

94 Toulmin, *Cosmopolis* 1990, p. 192 (cursivering in origineel).

95 Zie daarover: Franke, *Doel van het subjectieve recht* 1996, p. 140.

96 Brunner, 'De zorgvuldigheid op de troon', *NJB* 1991, p. 1624-1627; Franke, *Doel van het subjectieve recht* 1996, p. 142-143; Nieuwenhuis, *Ramp op het Pikmeer* (oratie Groningen) 1997, passim; Sieburgh, *Wat is rechtsinbreuk?* 1997.

97 C.A. van Peursen, *Na het postmodernisme. Van metafysica tot filosofisch surrealisme*, Kampen: Kok Agora 1994, H. II.7, p. 71-77.

98 A.A. van den Braembussche, *Fin du temps?*, in: *Voorbij het postmodernisme. Bedenkingen aan gene zijde van het fin de siècle*, Best: Uitgeverij Damon B.V. 1996, p. 93.

bij de wisseling van een millennium).⁹⁹ Deconstructie als eeuwig terugkerend fenomeen. Na de eind-negentiende eeuwse doodverklaring van God, wordt nu het grote verhaal – voor het aansprakelijkheidsrecht: de algemene onrechtmatigheidscategorie – naar het graf verwezen.

Overigens is aannemelijk dat de hoogtijdagen van het postmodernisme alweer voorbij zijn. In de naoorlogse sociaalwetenschappelijke filosofie is een hernieuwde belangstelling zichtbaar voor de grote theorieën.¹⁰⁰ Te verwachten is dat de invloed hiervan zich (als altijd: iets later) zal doen gelden in het juridische denken.¹⁰¹ In ieder geval is een hernieuwde waardering voor de categorieën rechtsinbreuk en plichtschending zichtbaar in de civielrechtelijke literatuur.¹⁰²

Zo beschouwd, hoeft de leer van Smits niet per se de genadeklap voor de algemene aansprakelijkheidscategorieën als de rechtsinbreuk en de plichtschending te betekenen. Zij kan beter worden gezien als een onderdeel van de grote golfbeweging in het denken over het recht. Ik ga nu na wat na de kritiek van Smits nog resteert van de algemene categorieën in het aansprakelijkheidsrecht.

8.5 NAAR EEN BETER BEGRIIP VAN HET PROBLEEM. RECHT VINDEN

Het Smitsiaans zoeken naar concrete, ongeschreven normen ‘voor wat in het maatschappelijk verkeer in een gegeven geval betaamt’ is op te vatten als een pleidooi voor vage normen. Algemeen wordt de zorgvuldigheidsnorm, naast de redelijkheid en billijkheid, gezien als *het* voorbeeld van een vage norm.¹⁰³

Abstract of concreet, scherp of vaag. Ik geloof niet dat het denken in deze tegenstellingen een vruchtbare benadering van het probleem is. Het subjectieve recht, de wettelijke plicht en de zorgvuldigheidsnorm zijn uiteindelijk *alle* vage normen. Alleen gaat het bij de eerste twee om een ander type vaagheid dan bij de laatste. Instructief is het onderscheid dat Hart maakt tussen ‘communication by general standards of conduct’ en ‘communication by example’.

99 Zie over de voorlaatste millenniumwisseling in dit verband: A.C. ‘t Hart, *Recht als schild van Perseus. Voordrachten over strafrechtstheorie*, Arnhem: Gouda Quint 1991, p. 11-14.

100 Daarover: Q. Skinner, *The Return to the Grand Theory in the Human Sciences*, ed. Quentin Skinner, Cambridge: Cambridge University Press 1985.

101 Als voorbeeld van een beginnende tegenbeweging kan worden beschouwd het pleidooi tegen vage normen van Barendrecht in zijn proefschrift. Zie: Barendrecht, *Recht als model* (diss.) 1992. Ook Loenen, *Recht en het onvulbare verlangen naar individuele gerechtigheid* 1996 was al kritisch over het postmoderne denken (‘met zijn focus op het unieke, het eigene, het individuele’, zie p. 136).

102 Zie bijv. Verheul, ‘Rechtsinbreuk en onrechtmatigheid’, *WPNR* 2018/7215; Lindenbergh, *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding* 2018/29, 30 en 42; genuanceerd: Hartlief, ‘Vooruitgang in het recht’, *RMThemis* 2019, p. 18-25, *Asser/Sieburgh* 6-IV 2019/44-48.

103 Zie bijv.: Barendrecht, *Recht als model* (diss.) 1992, p. 3.

Van beide geeft hij het voorbeeld van de vader die zijn zoon onderwijst hoe een kerk te betreden:

‘One father before going to church says to his son, “Every man and boy must take off his hat on entering a church”. Another baring his head as he enters the church says, “Look: this is the right way to behave on such occasions”.’¹⁰⁴

Het nadeel van de norm-per-geval is dat zij geen informatie geeft voor andere gevallen:

‘Communication by example in all its forms (...) may leave open ranges of possibilities, and hence of doubt, as to what is intended (...). How much of the performance must be imitated? Does it matter if the left hand is used, instead of the right, to remove the hat? That it is done slowly or smartly?’¹⁰⁵

Alle vragen die het kind in deze situatie kan stellen, zijn te herleiden tot deze ene: ‘What precisely is it about his conduct that is to be my guide?’ En zo is ook de vraag gerechtvaardigd in het geval van de zorgvuldigheidsnorm: *Hoe* handelt de zorgvuldige persoon? Hoe gedraagt de goede huisvader, buurman, bouwer zich?¹⁰⁶ ‘Zoals in de gegeven omstandigheden volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt’, is het antwoord dat artikel 6:162 geeft. En daaruit blijkt hoe weinig informatief de zorgvuldigheidsnorm is.¹⁰⁷

Op het eerste gezicht lijken normen als het subjectieve recht en de wettelijke plicht duidelijker bakens voor wie zich zorgvuldig wil gedragen. Algemener gesteld, in de woorden van Hart:

‘In contrast with the indeterminacies of examples, the communication of general standards by explicit general forms of language (...) seems clear, dependable and certain. (...) In order to know what to do on other occasions the child has no longer to guess what is intended, or what will be approved (...). He has only to recognize instances of clear verbal terms, to “subsume” particular facts under general classificatory heads and draw a simple syllogistic conclusion. (...) He has a rule which he can apply by himself to himself.’¹⁰⁸

Maar aan deze welomschreven normen kleeft een ander nadeel:

‘In all fields of experience, not only that of rules, there is a limit, inherent to the nature of language, to the guidance which general language can provide. There will indeed be plain cases constantly recurring in similar contexts to which general

104 Hart, *Concept of Law* 2012, p. 124.

105 Hart, *Concept of Law* 2012, p. 125.

106 Hart, *Concept of Law* 2012, p. 125.

107 Vgl. M.E. Franke, ‘Beroepsaansprakelijkheid’, *TvPr.* 1992, p. 566.

108 Hart, *Concept of Law* 2012, p. 125-126.

expressions are clearly applicable (...) but there will also be cases where it is not clear whether they apply or not (...). Canons of "interpretation" cannot eliminate, though they can diminish, these uncertainties; for these canons are themselves general rules (...) and make use of general terms which themselves require interpretation.¹⁰⁹

Ook deze categorieën blijken vaag. De vaagheid is alleen van een andere soort dan zojuist besproken. Het gaat nu niet om de vraag in hoeverre de voor dit ene geval opgestelde regel ook voor andere gevallen geldt. Maar om de kwestie welke gevallen precies door de algemene regel worden bestreken.

De onderscheiding tussen vage en scherpe normen draagt derhalve niet bij aan een beter zicht op het probleem.¹¹⁰ Dat geldt dus ook voor de door Smits gehanteerde onderscheiding tussen abstracte en concrete regels,¹¹¹ anders uitgedrukt: tussen systeem- of probleemdenken.¹¹² Er moet, om in de zojuist gebruikte terminologie te blijven, een regel (oplossing) voor het concrete probleem worden gevonden. En de vraag is welk nut abstracte regels, of 'het systeem' daarbij kunnen hebben. Die vraag is nu aan de orde.

8.6 THEORETISCHE BENADERING: HET NUT VAN RECHTSREGELS

8.6.1 Vooraf: gedragsbeïnvloeding of geschillenbeslechting

In de paragrafen 8.3 en 8.4 zijn twee visies op rechtvaardigen gepresenteerd. In beide geldt de rechtvaardiging als de uitzondering op de regel wat als onrechtmatig wordt aangemerkt; alleen de *functie* van de rechtvaardiging verschilt in beide benaderingen. In de ene visie is de uitzondering een geïntegreerd onderdeel van de regel. De rechtvaardiging werkt hier intern, als deel van de norm. Haar aanwezigheid voorkomt dat de daad als onrechtmatig wordt gekwalificeerd. In de andere visie staat de rechtvaardiging buiten de regel en perkt haar reikwijdte in. Haar werking ten opzichte van de norm is nu een externe. Zij verandert niets aan de norm zelf. De daad wordt, zoals we zagen, voorlopig als onrechtmatig gekwalificeerd. Maar de aanwezigheid van de rechtvaardiging verklaart waarom dat oordeel in dit geval wordt teruggenomen. Welke visie op het functioneren van de rechtvaardiging verdient de voorkeur?

Voordat de vraag naar de functie van de uitzondering op de regel wordt beantwoord, is het van belang eerst stil te staan bij de functie van de regel

109 Hart, *Concept of Law* 2012, p. 126.

110 Wat niet wil zeggen dat aan de discussie daarover geen argumenten zouden kunnen worden ontleend.

111 Zie hierboven: par. 8.4.2 (*De toets: overkoepelend, open en concreet*).

112 Daarover J. ter Heide, 'Tudex Viator: Probleem- of systeemdenken, of gesystematiseerd probleemdenken', *AA* 1967, p. 3-31.

zelf. In de Nederlandse juridische literatuur is betrekkelijk weinig over deze kwestie geschreven. Wel is uitgebreid aandacht besteed aan de verhouding tussen feit en regel.¹¹³ Datzelfde geldt voor de verhouding tussen regel en beginsel.¹¹⁴

Een verhelderende algemene beschouwing over het functioneren van rechtsregels is te vinden bij Feldbrugge.¹¹⁵ Hij onderscheidt twee functies van rechtsregels. Enerzijds de functie van *geschillenbeslechting*. Dat is de functie die een regel heeft bij de oplossing van een gerezen conflict. Anderzijds de functie van de *normering* van gedrag. Dan gaat het om de regel als middel om een bepaalde wijze van gedrag aan te wijzen, om het maatschappelijk leven te beïnvloeden – kortom: de regel als voorschrift om naar te handelen.¹¹⁶

De literatuur over de functie van regels in het aansprakelijkheidsrecht betreft meestal de laatstgenoemde: de functie van de regel als baken van gedrag.¹¹⁷ In deze zin is hierboven, in het tweede hoofdstuk,¹¹⁸ gesproken over de functie van het aansprakelijkheidsrecht. In deze zin bespreekt ook bijvoorbeeld Van Dam de functies van de zorgvuldigheidsnorm.¹¹⁹ Hij ziet als functies: preventie, vergoeding en spreiding van schade en betreft daarbij de invloed van verzekering en economie.¹²⁰ In al deze gevallen gaat het om de functie die de norm vervult in het maatschappelijk verkeer, ‘als een middel voor het bereiken van bepaalde doelstellingen’.¹²¹

113 Zie bijv.: Asser/Scholten, *Algemeen Deel** 1974, p. 120 e.v.; Vranken, *Kritiek en methode in de rechtsvinding* (diss.) 1978, p. 112 e.v.; Barendrecht, *Recht als model* (diss.) 1992, p. 162 e.v.

114 Zie: Larenz, *Richtig Recht* 1979, p. 23 e.v.; Hart, *Concept of Law* 2012, postscript, p. 259-263.

115 Feldbrugge, *Tussen theologie en medicijnen* (oratie) 1968.

116 Feldbrugge, *Tussen theologie en medicijnen* (oratie) 1968, p. 14-16. Naast de hier besproken functies noemt Feldbrugge ook de symboolfunctie van regels. Zie: Feldbrugge, *Tussen theologie en medicijnen* (oratie) 1968, p. 14, voetnoot 24, slot. Deze zou ik scharen onder de regulerende functie van rechtsregels. Zie in dat verband: B. van Roermund, *Het verdwijnpunt van de wet. Een opstel over symboolwerking van wetgeving*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997 en B. van Klink, *De wet als symbool. Over wettelijke communicatie en de Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen bij de arbeid* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998 (bijv. p. 66-76).

117 Ook daarbuiten wordt meestal vooral aandacht besteed aan het functioneren van regels in de samenleving in het algemeen, dus los van de functie in het proces. Zie bijv. William Twining en David Miers, *How To Do Things With Rules. A Primer of Interpretation*, London: Weidenfeld and Nicolson 1982, p. 159-163.

118 Zie par. 2.3.4 (*Civilrecht: functies van schadevergoeding in het aansprakelijkheidsrecht, algemeen*) e.v.

119 Onbesproken blijft hier de vraag of het subjectieve recht en de wettelijke plicht niet dezelfde functies vervullen als Van Dam toekent aan de zorgvuldigheidsnorm.

120 In zijn Aansprakelijkheidsrecht duidt hij deze functies naast straf en genoegdoening aan als de ‘secundaire’ functies van het aansprakelijkheidsrecht. Zie zijn *Aansprakelijkheidsrecht* 2020, 103.

121 Van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm* (diss. 1989), p. 199. In dezelfde zin over functies van rechtsregels bijvoorbeeld (specifiek over smartengeld) S.D. Lindenberg, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer, 1998, p. 5-62.

8.6.2 De functie van de rechtsregel bij geschillenbeslechting

Anders dan de normerende functie, blijft de functie van de regel als middel om een juridisch geschil op te lossen dus vaak onderbelicht.¹²² Dat is voor een onderzoek naar de werking van de rechtvaardiging te betreuren.

Immers: *voor de regulering van gedrag* zal het van weinig belang zijn in welke vorm een norm precies is gegoten, zolang er maar duidelijkheid is over het bestaan van de regel en de eventuele uitzonderingen erop. Naar een waardering van de bovengeschetste methoden van rechtvaardigen zal men in deze hoek dus niet hoeven zoeken. En een antwoord op de in de inleiding tot dit hoofdstuk gestelde vragen,¹²³ zal men hier niet mogen verwachten.

Maar *bij het oplossen van een gerezen conflict*, zoals bij de vraag of een daad al dan niet gerechtvaardigd is, kan de wijze waarop een norm gestalte heeft gekregen van groot belang zijn, bijvoorbeeld in verband met de verdeling van de bewijslast. De wijze waarop de norm (rechtsregel) functioneert bij de oplossing van een geschil, kan veel inzicht verschaffen in de rol die de rechtvaardiging speelt bij de beoordeling van een beweerd schending van de norm. Als érgens de waarde van de in de vorige paragrafen genoemde methoden van rechtvaardigen zou blijken, moet het dus hier zijn. Daarom staat de functie van de rechtsregel bij geschillenoplossing nu centraal.

Onderzocht wordt welke functies regels hebben bij de oplossing van een juridisch geschil. Bij de bespreking van de functies ga ik na welke van de twee hiervoor besproken methoden van rechtvaardigen de voorkeur verdient.

Vooraf dient nog te worden opgemerkt dat de uitzondering op de regel, zoals een rechtvaardiging, zelf ook een (sub-)regel is. In gelijke of gelijksoortige andere gevallen zal immers eenzelfde uitzondering op de regel worden gemaakt. Wat hierna over de functie van de regel wordt geschreven, geldt daarom ook voor de functie van de uitzonderingen op die regel.

8.6.3 Situeringsfunctie; de legitimerende kracht

Over de functies van rechtsregels in een juridisch proces is geschreven door H. Drion.¹²⁴ Hij ziet twee functies: situeren en voorspellen.

De situeringsfunctie van de rechtsregel staat volgens Drion in dienst van de rechtsgelijkheid, die hij beschouwt als: 'misschien het meest essentiële criterium waarmee recht van onrecht wordt onderscheiden: het criterium dat

122 Een uitzondering is het onderzoek van Smeehuijzen naar de vraag hoe de rechterlijke oordeelsvorming plaatsvindt. Ook hij concludeert dat er weinig literatuur te vinden is die dat inzichtelijk maakt. Smeehuijzen, *Hoe oordeelt de feitenrechter?* 2017, p. 350-358.

123 Welke rol speelt de rechtvaardiging bij de vorming van het oordeel over een eventuele normschending?, En: op welke wijze vervult zij deze rol? Zie: par. 8.1 (*Normschending en rechtvaardiging*).

124 H. Drion, *Functies van rechtsregels* 1973, p. 49-61.

gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld'.¹²⁵ De rechtsregel stelt de rechter in staat zijn beslissing te situeren tussen 'alle andere reeds gegeven of voorzienbaar nog te geven beslissingen'. Drion legt uit:

'Dit situeren laat zich enigszins – maar slechts enigszins – vergelijken met het situeren van een stukje van een legpuzzle. Bij een duidelijke en scherpe tekening is het situeren gemakkelijker. Maar iedere legpuzzeliefhebber kent het probleem van de grote vlakken van een blauwe hemel met maar hier en daar een vaag wolkje. Zulke weinig getekende vlakken kennen we in de wetgeving bij blanketnormen. Met een verwijzing naar 1374 lid 3 of art. 1401 is de zaak nog maar weinig gesitueerd. Door zich te beperken tot een blanketnorm doet de wetgever zo een beetje wat de puzzelaar doet die begint met alle blauwe stukjes bij elkaar te leggen, met de bedoeling ze later nog wel eens in elkaar te passen.'¹²⁶

Hoe scherper de norm, hoe eenvoudiger de beslissing van de rechter te situeren is. Dat kan men Drion onmiddellijk toegeven.¹²⁷ Maar waar het eigenlijk om gaat als de rechter zijn beslissing plaatst, is dat hij daarmee zijn beslissing legitimeert. De rechter maakt zijn beslissing *controleerbaar* door haar te plaatsen naast andere en verleent haar daarmee draagkracht tegenover de partijen. De regel stelt de rechter dus in staat aan te geven waarom zijn beslissing in de te beoordelen casus gerechtvaardigd is; 'Einzelfallgerechtigheit is een contradictio in terminis: voor de rechtvaardigheid van beslissingen is hun herhaalbaarheid in analoge geschillen een *sine qua non*', aldus Nieuwenhuis.¹²⁸

De rol van uitzondering is hierbij een rechtsverfijnende. Zij stelt de rechter in staat aan te geven waarom hij in casu van de regel afwijkt. Zij geeft uitdrukking aan het *tweede* gedeelte van het gelijkheidsbeginsel: 'Gelijke gevallen moeten gelijk worden behandeld; *ongelijke gevallen ongelijk, naar de mate van ongelijkheid*.'

Net als een beroep op de regel zelf, kan het beroep op de uitzondering een rechtvaardiging opleveren voor het rechterlijk oordeel. De rechter geeft dan aan de eiser toe dat de door hem ingeroepen norm inderdaad is overtreden, maar geeft tevens aan waarom in *dit* geval toch niet de conclusie volgt dat het gedrag van de gedaagde onrechtmatig is. Juist het scheiden van enerzijds de regel en anderzijds de redenen waarom zij buiten toepassing blijft, maakt een rechterlijke uitspraak inzichtelijk. Dit laatste is goed te illustreren aan de hand van de zaak Maas/Willems.

Maas en Willems zijn beide vervoerders. Maas berekent lagere tarieven dan het wettelijk vastgestelde minimum. Dat leidt ertoe dat een belangrijke cliënt van Willems zijn vervoer voortaan laat verzorgen door Maas. Willems meent dat Maas hem hiermee oneerlijke concurrentie aandoet. Maas handelt

125 H. Drion, *Functies van rechtsregels* 1973, p. 52.

126 H. Drion, *Functies van rechtsregels* 1973, p. 54.

127 Met bijv.: Barendrecht, *Recht als model* (diss.) 1992, p. 75.

128 Nieuwenhuis, *Legitimatatie en heuristiek* 1976, p. 499.

immers in strijd met een wettelijke regeling, die is uitgevaardigd, juist om te voorkomen dat het internationaal goederenvervoer zijn taak niet naar behoren zou kunnen verrichten, wanneer het 'uit concurrentieoverwegingen gedwongen (zou) zijn met een te geringe vergoeding genoeg te nemen'. Maas stelt echter dat de door hem gevolgde berekeningswijze 'onder de internationale goederenvervoerders, waaronder Willems' algemeen gangbaar is. De Hoge Raad oordeelt dat Maas moet worden toegelaten tot het bewijs van de door hem gestelde usance, omdat

'in dat geval die vervoerders, waaronder Willems, door zich niet aan het wettelijk tariefvoorschrift te houden, zich op grond van hun eigen gedrag zouden hebben onttrokken aan de privaatrechtelijke bescherming welke zij, voor zover zij zich daar wel aan plachten te houden, aan dat voorschrift op grond van art. 1401 BW tegenover de overtreder hadden kunnen ontnemen'.¹²⁹

In principe biedt het prijsvoorschrift bescherming tegen schade veroorzaakt door overtreders van het voorschrift. Voor een uitzondering op deze regel is plaats wanneer de gedupeerde zich zelf ook niet houdt aan het voorschrift.¹³⁰ Willems wint als hij zich altijd netjes aan de voorschriften heeft gehouden. Dat zal Willems rechtvaardig voorkomen. Hij zal het proces verliezen als Maas aantoonde dat ook Willems de regels overtreedt. En ook met die uitslag zal Willems kunnen leven. Het 'waarom' van wel of geen aansprakelijkheid wordt in deze methode afdoende verwoord.

Deze legitimerende functie van regel en uitzondering komt goed tot haar recht bij de analyserende methode, maar niet in de synthetiserende. In die benadering is beslissend of Maas zich jegens Willems 'onzorgvuldig' gedraagt. En wat onzorgvuldig is, verschilt van geval tot geval. De constatering dat in casu onzorgvuldig is gehandeld zal de in het ongelijk gestelde partij weinig

129 HR 16 februari 1973, ECLI:NL:HR:1973:AD7415, NJ 1973/463 (*Maas/Willems*), O. omtrent de onderdelen 2e en 3b, p. 1256, l.k.

130 Door nogal wat auteurs werd het besproken arrest gezien als aanvaarding van de leer-Smits. (Zie voor verwijzingen: *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/83). Nieuwenhuis bijv. wijst op het arrest met de opmerking 'De Hoge Raad lijkt niet afkerig van deze zienswijze', *Hoofdstukken vermogensrecht* 2019, 7.2.1, p. 100. In die lezing is echter niet te verklaren waarom de Hoge Raad uitdrukkelijk stelt dat de vervoerders, zouden zij zich wel aan de regeling houden, 'tegenover de overtreder (bescherming) zouden hebben kunnen ontnemen' aan de voorschriften. De Hoge Raad wijst hiermee expliciet de wettelijke regeling aan als grondslag voor een vordering, wanneer de gedupeerde zelf de regels wel in acht had genomen. Door Van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht* 2020, 233-3 wordt het arrest, m.i. terecht, besproken in het kader van de relativiteit, bij het pot-ketel-verweer. Zie in deze zin reeds F.J. de Vries, 'Clean hands en algemene voorwaarden', in: *BWKJ* 1990, p. 136-138 en Lankhorst, *Relativiteit* (diss.) 1992, p. 90-92.

informatie verschaffen en – erger – mogelijk niet overtuigen.¹³¹ Welke factoren deze keer in zijn nadeel hebben gewerkt en hoe de toets een volgende maal zal uitvallen, hij moet ernaar gissen. Op een algemener niveau, voor de rechtsontwikkeling in het algemeen, geldt dit bezwaar evenzeer.¹³² Door Drion is al op dit nadeel van de synthetiserende methode gewezen:

‘Het lijkt me het bezwaar van de leer van Smits (...) dat zij uiteenlopende overwegingen voor het aannemen of verwerpen van aansprakelijkheid op één hoop gooit en daardoor een schijnbare of werkelijke tegenspraak in rechterlijke beslissingen in de hand werkt, met alle bezwaren van dien.’¹³³

8.6.4 Voorspellingsfunctie; het traagheidsbeginsel

De tweede door Drion onderscheiden functie is de voorspellingsfunctie. Deze staat in dienst van de rechtszekerheid, ‘waardoor het handelen op grond van gerechtvaardigde verwachtingen mogelijk wordt: verwachtingen die burgers jegens elkaar mogen koesteren en hun verwachtingen ten aanzien van overheidsreacties (of het uitblijven daarvan)’.¹³⁴

Het enkele bestaan van een rechtsregel brengt mee dat burgers op de werking van de regel zullen vertrouwen en hun handelen eraan zullen aanpassen. Het sterkst is de verwachtingsfunctie bij de zogenaamde receptregels, ‘rechtsregels die aangeven hoe bepaalde rechtsgevolgen in het leven kunnen worden geroepen’, aldus Drion:

‘Het vertrouwen dat een met inachtneming van de regels verrichte handeling de daarvan te verwachten rechtsgevolgen heeft, mag niet gauw beschaamd worden. Daarom zal de rechtspraak dan ook niet licht terugkomen op vroegere rechtspraak, waarbij voor de geldigheid van een rechtshandeling bepaalde handelingen of vormen niet werden vereist.’¹³⁵

Het is interessant de hier weergegeven voorspellingsfunctie van de rechtsregel in verband te brengen met het door Perelman in de jaren vijftig van de vorige eeuw voor het recht geformuleerde *traagheidsbeginsel*. Het beginsel houdt in dat een algemeen aanvaarde mening of (gedrags)regel niet zonder voldoende reden opzij gezet kan worden.

131 Vgl. i.v.m. misbruik van recht en de redelijkheid en billijkheid: Valk, *Recht en billijkheid* 1992, p. 51. Vgl. i.v.m. de overtuigende kracht van rechterlijke uitspraken nog G. van der Bruggen, ‘En toen vloog er een stoel door de rechtszaal. De communicatieve functie van uitspraken’, *NJB* 2015/679, p. 874-877.

132 Vgl. Barendrecht, *Recht als model* (diss.) 1992, p. 71-73, die betoogt dat vage normen de rechtsontwikkeling in de weg staan.

133 H. Drion, in: *2000 weken rechtspraak* 1978, p. 37.

134 H. Drion, *Functies van rechtsregels* 1973, p. 54.

135 H. Drion, *Functies van rechtsregels* 1973, p. 56.

‘Le plus souvent, pourtant, l’orateur ne peut tabler, pour ses présomptions, que sur l’inertie psychique et sociale, qui, dans les consciences et dans les sociétés, fait pendant à l’inertie en physique. On peut présumer, jusqu’à preuve du contraire, que l’attitude adoptée antérieurement – opinion exprimée, conduite préférée – se continuera dans l’avenir, que soit par désir de cohérence ou grâce à la force de l’habitude. (...) En fait, l’inertie permet de compter sur le normal, l’habituel, le réel, l’actuel, et de le valoriser, qu’il s’agisse d’une situation existante, d’une opinion admise ou d’un état de développement continu et régulier. Le changement, par contre, doit être justifié; une décision, une fois prise, ne peut être renversée que pour des raisons suffisantes. Un grand nombre d’argumentations insistent sur ce que rien en l’occurrence ne justifie un changement.’¹³⁶

Voor een uitzondering op een geaccepteerde regel is alleen plaats bij gegronde (voldoende) redenen (‘des raisons suffisantes’). Vergelijk de Nederlandse rechter over medische protocollen:

‘Van Stichting M. c.s. mag verwacht worden dat zij zich in beginsel houden aan de door henzelf opgestelde voorschriften met betrekking tot medisch verantwoord handelen. Afwijking van die voorschriften is slechts aanvaardbaar indien zulks in het belang van een goede patiëntenzorg wenselijk is. Nu het niet toepassen van de door het protocol voorgeschreven behandeling uitsluitend te wijten was aan “vergeten” en dus van een beargumenteerde afwijking van het voorschrift geen sprake was, behoeft de Hof niet in te gaan op de stelling van Stichting M. c.s. dat binnen de beroepsgroep als geheel verschil van inzicht bestond omtrent de in het protocol voorgeschreven behandeling.’¹³⁷

Voor afwijking van geldende voorschriften moet een zwaarwegend belang worden aangevoerd.

Dat stelt eisen aan het verweer van de gedaagde. Zijn verdediging schiet tekort wanneer zij alleen een mist aan ‘universellen Zweifel’¹³⁸ optrekt. Een rechtvaardigingsgrond als ‘afwezigheid van onzorgvuldigheid’, zoals voorgesteld door Valk en Engelen,¹³⁹ moet daarom worden verworpen, omdat zij niet uitdrukt waarom het handelen in casu zorgvuldig was. Het is hierboven al gezegd: de legitimerende kracht van een vage regel is klein. En datzelfde geldt voor een vage uitzondering.

136 Perelman & Olbrechts-Tyteca, *Traité de l’argumentation* 1983, p. 142.

137 HR 2 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0377, NJ 2001/649 (*Medisch protocol I*), r.o. 3.3.3. Overigens betekent het *opvolgen* van het protocol nog niet zonder meer dat ook juist is gehandeld. Zie: HR 1 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS6006, NJ 2006/377 (*Medisch protocol II*), r.o. 3.4.

138 De term is afkomstig uit het hierna aan te halen citaat van Alexy. Zie: Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation* 1991, p. 216-217.

139 Valk, *Recht en billijkheid* 1992, p. 55. In dezelfde zin: Engelen, *Rol van de wettelijke gedragsnorm* 1986, p. 224.

Hiermee raken we aan het belang van de regel (en de uitzondering) voor de bewijslast. Juist op dit vlak ligt volgens Alexy de waarde van het door Perelman beschreven traagheidsbeginsel:

‘Damit hat es den Charakter einer Argumentationslastregel: die Berufung auf eine bestehende Praxis bedarf keiner Rechtfertigung, “nur die Änderung bedarf der Rechtfertigung”. (...) Dies bedeutet nicht, “das alles, was ist, unverändert bleiben soll”. Es besagt lediglich, daß es unvernünftig ist, eine bisher akzeptierte Auffassung ohne Grund aufzugeben. Wer etwas bezweifelt oder kritisiert, muß einen Grund für seinen Zweifel oder seine Kritik angeben. Es begründet ferner die Unzulässigkeit des universellen Zweifels. Damit wird der Bereich der Erforderlichkeit der Rechtfertigung erheblich eingeschränkt. Es ist nicht erforderlich, alles zu rechtfertigen, sondern nur das, was mit Gründen bezweifelt wird. Dies bedeutet nicht nur eine erhebliche Entlastung der Argumentation, es macht das Argumentieren überhaupt erst möglich. Ohne irgend etwas vorauszusetzen, kann keine Argumentation beginnen.’¹⁴⁰

De rechtsregel als voorwaarde voor het debat en als vooronderstelling in verband met de bewijslastverdeling. Daarmee kom ik op de volgende functie van rechtsregels.

8.6.5 Bewijsrechtelijke functie; de domeinen der partijen

Het debat voor de rechter verloopt in fasen, volgens een bepaald patroon. Nieuwenhuis spreekt van ‘de rechtsregel als agenda’:

‘De bepalingen van het Burgerlijk Wetboek fungeren vooral als discussieregels, normen die aangeven met behulp van welke argumenten het debat gevoerd moet worden. (...) Voordeel van een goede agenda is dat duidelijk wordt aangegeven wie, wat, op welk moment ter sprake kan brengen, zodat er zo weinig mogelijk hoeft te worden overgelaten aan het vangnet w.v.t.t. (wat verder ter tafel komt). In dit opzicht slaat het nieuwe Burgerlijk Wetboek zeker geen slecht figuur. Met behulp van enkele vaste tournures (“wordt vermoed”; “tenzij”) worden doorgaans voldoende aanwijzingen gegeven voor de goede orde van het debat.’¹⁴¹

De hier beschreven agenda is te herkennen in artikel 6:162 lid 1 en 2. Op de eiser rust de verplichting aan te tonen dat de gedaagde een onrechtmatige daad heeft gepleegd (lid 1), waarbij de wet aangeeft wat als onrechtmatige daad geldt (‘Als onrechtmatige daad wordt aangemerkt ...’, aldus lid 2, opening). Aan de gedaagde is het vervolgens om aan te tonen waarom de genoemde verplichting in dit geval toch niet bestaat (‘... een en ander behoudens de

140 Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation* 1991, p. 216-217.

141 Nieuwenhuis, ‘Hoe bestaat een recht?’, in: *Confrontatie en compromis* 2007, p. 54.

aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond', lid 2, slot). Op hem rust de plicht het "tenzij" te onderbouwen.¹⁴²

Met deze agenda van het debat voor de rechter hangt een bewijslastverdeling samen. Door de normovertreding is het belang van de eiser geschaad. Daarom is het redelijk hem te belasten met het bewijs hiervan. Artikel 150 Rv zegt het als volgt: 'De partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, draagt de bewijslast van die feiten of rechten.' Aan de andere kant heeft de gedaagde er belang bij omstandigheden aan te voeren die hem van aansprakelijkheid ontheffen. De bewijslast daarvan rust (eveneens volgens artikel 150 Rv) op hem. Dat is niet alleen redelijk, omdat zijn belang ermee gediend is, maar het is ook logisch, omdat hij de meest gereede partij zal zijn om de genoemde omstandigheden aan te tonen.¹⁴³ Normschending en rechtvaardiging behoren in het debat voor de rechter tot verschillende 'domeinen' (de term is in dit verband gelanceerd door Stein):¹⁴⁴ dat van de eiser en dat van de gedaagde.

De zojuist geschetste natuurlijke ordening in het debat komt tot uitdrukking in een methode van rechtvaardigen, waarbij regel en uitzondering los van elkaar worden beschouwd. Dat blijkt ook uit de beschrijving door Gerards en Senden van de bewijslastverdeling bij mensenrechtenschendingen:

'One of the most important arguments in favor of the bifurcation in fundamental rights cases is that it ensures a fair division of the burden of proof. In the first (...) stage, the applicant must demonstrate that the complaint concerns a fundamental right and that it actually comes within the scope of that right. (...) If the applicant succeeds, a *prima facie* case of an infringement of the Convention is established. As a consequence of this, the burden shifts to the government in the second or application stage: the state must then refute the assumption of a Convention violation by proving that the interference was justified.'¹⁴⁵

Deze domeinidee is slecht te verenigen met een synthetiserende methode. De eiser moet immers de normschending bewijzen. In de synthetiserende methode betekent dit dat hij aan de hand van een aantal factoren aantoonst dat jegens hem onbetamelijk is gehandeld. Denkbaar is dat de rechter hem wat de bewijs-

142 De excepties zijn door Hart ook verwoord als: 'what can follow on the word "unless"', Hart, *The Ascription of Responsibility and Rights* 1963, p. 148.

143 Vgl. Verheij, Hage & Van Maanen, *De logica van de onrechtmatige daad* 1999, p. 99.

144 P.A. Stein, 'Het nieuwe bewijsrecht voor de civiele procedure', *NJB* 1988, p. 389, die het aldus uitdrukt, 'dat voor iedere procespartij als een eigen bewijsdomein kan worden aangewezen al hetgeen zich bij haar heeft afgespeeld'. Vgl. ook W.L. Haardt, annotatie bij HR 20 november 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0058, NJ 1988/500 (Timmer/Deutman).

145 Gerards & Senden, *The structure of fundamental rights*, *ICON* 2009/4, p. 641. Zij pleiten, mede vanwege dit gevolg voor de bewijslastverdeling, voor een benadering waarbij enerzijds het recht en de inbreuk erop en anderzijds de rechtvaardiging van die inbreuk scherp zo scherp mogelijk worden onderscheiden. Zie: Gerards & Senden, *The structure of fundamental rights*, *ICON* 2009/4, p. 644 en de algemene conclusie op p. 652.

last betreft tegemoet komt op de punten die het domein van zijn wederpartij betreffen, zoals de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond. Maar niet te ontkennen valt dat de eiser fundamenteel in een moeilijker positie verkeert, wanneer hij zich moet beroepen op de zorgvuldigheidsnorm dan wanneer hij zich op een rechtsinbreuk of plichtschending kan beroepen. Molengraaff, toch verklaard voorstander van de invoering van de maatschappelijke betamelijkheid als onrechtmatigheidscategorie,¹⁴⁶ was er volstrekt duidelijk over:

‘Het behoeft geen betoog dat dus de positie van den eischer in cas van oneerlijk concurrentie een geheel andere is dan die van hem die zich beroept op een uitsluitend recht, bijv. op zijn naam. De laatste zal kunnen volstaan met aan te toonen dat de gedaagde dien naam gebruikt heeft ter aanduiding van zich zelve, of van zaken die met den drager van den naam niets te maken hebben, de eerste daarentegen zal moeten bewijzen dat misleiding van het publiek mogelijk was; het bezigen van den naam onder omstandigheden geschikt om te zijnen nadeele het publiek op een dwaalspoor te brengen (...). Bestaat er een uitsluitend recht dan is ook het enkele gebruik van den naam reeds onrechtmatig, is er slechts eene actie wegens concurrence déloyale, dan alleen het gebruik van den naam op zulk eene wijze dat door misleiding van het publiek eens anders debiet wordt benadeeld.’¹⁴⁷

Het citaat is lang, maar doet uitkomen dat de keus voor een van de twee categorieën niet alleen processuele gevolgen heeft, maar ook materieel invloed heeft op het oordeel of onrechtmatig is gehandeld.¹⁴⁸ Deze kwestie is het volgende punt van behandeling.

8.6.6 Richtinggevende functie; de sturende kracht

Op een algemeen niveau hebben regels een voorspellingsfunctie: een in een bepaald geval gegeven regel geldt ook voor andere gevallen, tot de regel met reden opzij wordt gezet voor een andere. Op een concreter niveau, zoals in een juridische procedure, hebben regels een functie die hierop lijkt, maar er toch van onderscheiden moet worden. Het gaat daarbij om wat ik de sturende functie van de regel zou willen noemen: de kracht die de rechtsregel heeft op de oordeelsvorming in een procedure. De functie is te vergelijken met de processuele functie van bezit. Wie in een procedure met betrekking tot de

146 Ruim 30 jaar voor 1919, het jaar waarin Lindenbaum/Cohen werd gewezen, pleitte Molengraaff voor een ruimer criterium van het begrip onrechtmatigheid in zijn Molengraaff, ‘De “oneerlijke concurrentie” voor het forum van den Nederlandschen rechter’, *RMThemis* 1887, p. 378. Zijn omschrijving van de maatschappelijke betamelijkheid klinkt door in het arrest van 1919. Zie over de betekenis van Molengraaffs opstel ook: Jansen, *Lindenbaum/Cohen in historisch-rechtsvergelijkend perspectief* 2019, p. 3-7.

147 W.L.P.A. Molengraaff, ‘De “oneerlijke concurrentie” voor het forum van den Nederlandschen rechter’, *R.M.* 1887, p. 378.

148 Vgl. ook Asser/Sieburgh 6-IV 2019/54.

betwisting van de eigendom van een zaak zijn bezit van de zaak kan aantonen staat sterk: wie bezit heeft, wordt vermoed ook eigendom te hebben, zie artikel 3:119 lid 1 (behoudens tegenbewijs, te leveren door de wederpartij). Algemeener geformuleerd: Uit het bestaan van een bepaalde situatie vloeit (het vermoeden van) een bepaald rechtsgevolg voort.

Een vergelijkbaar fenomeen doet zich voor bij de aanwezigheid van een rechtsinbreuk of plichtschending. Wie zich kan beroepen op bijvoorbeeld een geldig octrooirecht staat in een procedure over een inbreuk op dat recht sterk: de octrooihouder hoeft inbreuk op zijn recht niet te dulden. Als een inbreuk is gepleegd, moet de inbreukmaker aantonen waarom hij niet aansprakelijk zou zijn voor de schade van de gerechtigde. De enkele rechtsinbreuk, met andere woorden, schept het vermoeden van onrechtmatigheid. Aldus ook de Hoge Raad:

‘Een inbreuk op een exclusief recht is immers een onrechtmatige daad, behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.’¹⁴⁹

Datzelfde geldt in geval van de overtreding van een wettelijke plicht (voor zover, uiteraard, deze de eiser beschermt tegen de geleden schade). In de woorden van Van Dam: ‘Schending van een wettelijke plicht levert immers, zeker maar niet alleen bij voldoende concreetheid van de norm, in beginsel onrechtmatigheid op.’¹⁵⁰

Men kan zeggen dat het subjectieve recht en de wettelijke plicht een sturende kracht in de procedure hebben.¹⁵¹ Schending van deze normen is van grote, in veel gevallen zelfs: doorslaggevende,¹⁵² betekenis voor het oordeel over de rechtmatigheid van de daad. De enkele schending duwt het oordeel richting ‘onrechtmatig’.¹⁵³ Van de kracht van de door gedaagde aangevoerde verweren hangt af of dit oordeel ook het definitieve is.

Waar de regel een sturende functie heeft, vervult de uitzondering een *bijsturende* rol; zij kan het oordeel weer terugduwen richting ‘rechtmatig’. Dat geldt allereerst voor rechtvaardigingsgronden. Wanneer aanvankelijk een onrechtmatige daad wordt aangenomen, is er reden dat oordeel te herzien, wanneer sprake is van een toereikende rechtvaardiging. Hetzelfde geldt voor

149 HR 14 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7537, NJ 2007/270 (*Onttrekking delfstoffen*), r.o. 8.4.2.

150 Van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht* 2020/222, slot.

151 Zie over dit aspect reeds: Franke, *Doel van het subjectieve recht* 1996, p. 143-145.

152 Namelijk in de eenvoudige gevallen, waarin de rechtsinbreuk of plichtschending is vastgesteld en geen of slechts een onvoldoende rechtvaardiging kan worden aangevoerd. Ik kom daarop zo dadelijk terug, mede aan de hand van een citaat van Bloembergen.

153 Smeehuijzen beschrijft dat wettelijke bepalingen ook ‘prominent figureren’ bij de invulling van wat de zorgvuldigheid eist; hetzelfde geldt voor ‘maatschappelijke normvorming’ in protocollen en richtlijnen. Zie Smeehuijzen, *Hoe oordeelt de feitenrechter?* 2017, p. 352-355.

andere omstandigheden die aan aansprakelijkheid in de weg kunnen staan, zoals het relativiteitsverweer, of een beroep op een schulditsluitingsgrond.

Het sturende karakter van rechtsregels is zichtbaar in beide hierboven genoemde methoden van rechtvaardigen. Alleen vindt de 'sturing' bij de synthetiserende methode plaats *binnen* de zorgvuldigheidstoets. De schending van een subjectief recht of wettelijke plicht zal dan een belangrijke factor zijn voor het uiteindelijke oordeel over de zorgvuldigheid van de handeling. Bij de analyserende methode bestaat de sturing daarin, dat schending van een der categorieën tot gevolg heeft dat de daad in principe als onrechtmatig wordt aangemerkt.

Toch is er een belangrijk verschil tussen de beide methodes. Het komt aan het licht in de situatie waarin geen of onvoldoende rechtvaardiging bestaat voor een begane rechtsinbreuk of plichtschending. Toepassing van de synthetiserende methode eist dat altijd de zorgvuldigheid van de gedraging wordt getoetst. Maar die toetsing is in dit geval, na de vaststelling van inbreuk of wetschending een lege. Aan het oordeel dat de daad onrechtmatig is, wordt niets meer veranderd door de extra zorgvuldigheidstoets; het uiteindelijke oordeel is te verklaren (en ook alleen te verklaren) uit de rechtsinbreuk of plichtschending.

De zorgvuldigheidstoets lijkt een *overall* toets te zijn, maar is in veel gevallen niets anders dan een enkelvoudige toets van rechtsinbreuk of wetschending. En dat bezwaar klemmt, omdat het in het aansprakelijkheidsrecht in zeer veel gevallen (en dan denk ik met name aan alle gevallen die de rechter niet eens 'halen' of alleen in eerste aanleg worden afgedaan) gaat om domme fouten waardoor voor een ander schade is ontstaan en waarvoor de handelende dus geen goed excuus of goede rechtvaardiging heeft. Vergelijk in dat verband Bloembergen:

'Al het vorenstaande neemt niet weg, dat er natuurlijk ook bij de rechter in eerste aanleg zaken aan de orde komen, die juridisch interessant zijn en waarin de rechter optreedt als vinder van het recht, waarin hij de wet interpreteert of vage normen – in het maatschappelijk verkeer betamende zorgvuldigheid, goede trouw, dringende reden, enz., enz. – hanteert. Maar als ik het goed zie vormt dit soort zaken slechts een vrij kleine minderheid.'¹⁵⁴

Het oordeel over het gedrag van de handelende kan in dit soort zaken eenvoudig worden gebaseerd op de categorie rechtsinbreuk of plichtschending. Uiteraard is het denkbaar om dan toch na te gaan of het gedrag van de handelende de toets der zorgvuldigheid kan doorstaan, maar erg zinnig is dat niet, omdat dit geen andere uitkomst oplevert. Sterker: toepassing van de zorgvuldigheidsnorm vergt hier een zeer inefficiënte wijze van oordeelsvorming, die dus beter achterwege kan blijven.

154 A.R. Bloembergen, *Het belang van de rechter als persoon*, AA 1967/2-3, p. 131-132.

Nog in een ander verband is de richtinggevende functie van de norm van belang. Daarmee kom ik op de, verderop in deze studie nader te bespreken,¹⁵⁵ koppeling tussen de normschending en de rechtvaardiging. De keus voor een bepaalde normschending als grondslag voor een vordering van schadevergoeding of verklaring voor recht bepaalt vaak dwingend welke verweren gevoerd kunnen worden. De gekozen norm geeft met andere woorden richting aan de verweermogelijkheden. Zo zal bij een risicoaansprakelijkheid als die van artikel 6:174 (gebrekkige opstal) het verweer van de bezitter dat hij de zaak goed onderhield en niet bekend was met het gebrek geen kans van slagen hebben; en wanneer een werknemer schade lijdt bij de uitoefening van zijn werkzaamheden, slaagt in het verweer tegen aansprakelijkheid volgens artikel 7:658 lid 2 alleen de werkgever die aantoonst dat hij zijn zorgplichten is nagekomen.¹⁵⁶ Tegen sommige normschendingen past geen enkel verweer, zoals het al eerder genoemde folterverbod van artikel 3 EVRM.¹⁵⁷

De gekozen norm stuwt het debat dus in een bepaalde richting. Dat gegeven blijft onverklaard in een methode waarbij wordt uitgegaan van een overkoepelende norm die zowel de normschending als de rechtvaardiging omvat, en waarbij uiteindelijk altijd aan de zorgvuldigheid wordt getoetst. Bij sommige normen is die zorgvuldigheid van het gedrag van de aansprakelijke immers irrelevant, en bij sommige normen zijn schendingen in het geheel niet te rechtvaardigen. Bij andere normen is slechts een beperkt aantal verweren mogelijk.

8.6.7 Kapstokfunctie: de heuristische kracht

De rechtsregel helpt de rechter niet alleen bij het situeren van zijn beslissing, zij helpt hem ook bij het vinden ervan.¹⁵⁸ Dat is wat ik de kapstok- of gidsfunctie van de rechtsregel noem. Het enkele bestaan van een norm kan de

155 Zie hoofdstuk 11 (Invloed op oordeel handeling), m.n. par. 11.2.2 (*De samenhang tussen grond en weerlegging*).

156 Of de werkgever die kan aantonen dat de schade het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer.

157 Zie nogmaals Van Dijk c.s., die over het absolute karakter van dit artikel schrijven, Van Dijk c.s. *European Convention on Human Rights* 2017, p. 383. Zie bijv. ook EHRM 11 juli 2006, ECLI:NL:XX:2006:AY9133, NJ 2007/226 (*Jalloh v. Duitsland; Folterverbod*), m.nt. Schalken onder 2.

158 Gerards wijst erop dat het juridisch raamwerk van rechtsregels en rechtspraak ook bijdraagt aan de rationaliteit en kwaliteit van het rechterlijk oordeel. Vooral in zaken van botsende belangen komt de rechter vaak (in de woorden van Gerards) 'intuïtief tot een bepaalde keuze'. Het motiveringsvereiste dwingt de rechter tot inpassing van die keuze in het bestaande raamwerk, dus tot rationalisering. Daarmee geeft het een belangrijke controle op subjectiviteit. Zie: Gerards, *Belangenafweging* (oratie) 2006, p. 5-6. Bij een beroep op een rechtvaardiging gaat het per definitie om 'botsende belangen'.

rechter helpen bij het vinden of formuleren van zijn beslissing – of kan de partijen een argument geven om de rechter van hun gelijk te overtuigen.¹⁵⁹

Een goed voorbeeld van deze functie in geval van een wettelijke plicht, is de invoering van een Arbowet-bepaling tegen seksuele intimidatie.¹⁶⁰ Door deze regeling wordt de werkgever verplicht maatregelen te treffen om seksuele intimidatie op de werkplek tegen te gaan. Hoewel het hier om een vage norm gaat en de Arbowet zelf nauwelijks sancties bevat voor het geval de bepaling niet wordt nageleefd, heeft de norm een belangrijk effect gehad op de beoordeling van mogelijk onbetamelijk gedrag in de werksfeer. Holtmaat concludeert uit onderzoek naar de eerste vijftien jaar jurisprudentie op dit gebied:

‘Via de civiele- en de ambtenarenrechter wordt de norm dat seksuele intimidatie op de werkplek een objectieve grensoverschrijding betreft van wat “betamelijk gedrag” is in de omgang met collega’s en ondergeschikten nu wel degelijk gehandhaafd en worden werkgevers aangespoord om tegen dit verschijnsel op te treden. De publiekrechtelijke verplichting in de Arbowet heeft, met andere woorden, een belangrijke reflexwerking binnen het civiele arbeidsrecht en binnen het ambtenarenrecht. Uit (...) jurisprudentie-onderzoek is duidelijk geworden dat rechters nu dankzij de bepaling in de Arbowet aanzienlijk beter met het verschijnsel seksuele intimidatie op de werkplek uit de voeten kunnen dan 15 jaar geleden.’¹⁶¹

In wezen kan alle ‘reflexwerking’ worden omschreven als: de gidsfunctie die het bestaan van een norm in een bepaald deel van het recht heeft voor de oplossing van een probleem in een ander deel van het recht, dat een duidelijke norm ontbeert. Aan de reeds gevonden norm, kan de oplossing voor het nog te beslissen geval worden ‘opgehangen’. Het onderzoek van Holtmaat toont dat aan voor de bestrijding van seksuele intimidatie. Volgens Holtmaat heeft de normstelling in de Arbowet een ‘blikverruimende werking’ gehad.¹⁶² Waar vóór het bestaan van de Arbobepaling geen duidelijke norm bestond, blijkt het enkele ontstaan van een wettelijke regeling van cruciaal belang voor het honoreren van juridische claims:

‘Rechters kregen daarmee een wettelijke definitie van seksuele intimidatie op de werkplek in handen, en konden het alleen daarom al niet langer afdoen als een modieus verschijnsel. Onder verwijzing naar de zorgverplichting in de Arbowet

159 Vgl. Van Maanen die in deze heuristische functie overigens het enige nut ziet van de verschillende onrechtmatigheidscategorieën van art. 6:162. Zie: Van Maanen, *Onrechtmatige daad* (diss.) 1986, par. 7.6, p. 222.

160 Art. 1 lid 1, lid 3 sub e jo. art. 3 Arbowet 1998 (oorspronkelijk art. 4 Arbowet 1994).

161 Holtmaat, *Seksuele intimidatie* 1999, p. 1724, onder verwijzing naar haar jurisprudentieonderzoek: R. Holtmaat, *Seksuele Intimidatie op de werkplek. Een juridische gids*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999.

162 Holtmaat, *Seksuele intimidatie* 1999, p. 1725.

stelt de kantonrechter te Amsterdam in 1996 expliciet vast dat seksuele intimidatie op de werkplek een "objectieve normoverschrijding" betreft.¹⁶³

Sinds het bestaan van de Arbobepaling worden vorderingen van werkneemsters¹⁶⁴ tegen hun werkgever eerder toegewezen. De rechter heeft, zoals hierboven bleek, met de wettelijke norm een houvast (kapstok) gekregen bij de beoordeling van de claim. Bovendien hebben meer werkneemsters een vordering ingediend. Ook dat hangt samen met het ontstaan van de wettelijke norm. Voor de meest voorkomende vordering (ontbinding wegens gewichtige redenen, gecombineerd met een schadevergoedingseis) moet de benadeelde aantonen dat sprake is van veranderingen in de omstandigheden 'welke van dien aard zijn, dat de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve dadelijk of na korte tijd behoort te eindigen' (art. 7:685 lid 2 jo lid 8 BW). Bij de invulling van deze open norm kon eerder in een procedure nog worden gesteld dat het slechts in de subjectieve beleving van het slachtoffer om een dringende reden ging. Aan de hand van de wettelijke bepaling (inmiddels neergelegd in artikel 7:646 lid 6 e.v.) kan het slachtoffer wijzen op een objectieve normoverschrijding, wat voor haar bewijspositie (m.b.t. de zojuist genoemde omstandigheden) uiteraard een enorme vooruitgang betekent.¹⁶⁵

De geschetste ontwikkeling kan niet worden verklaard met de leer-Smits. Het is immers weliswaar voorstelbaar dat de wettelijke norm de zorgvuldigheidsnorm mede invult. Maar het is niet goed te verklaren dat precies na het ontstaan van die wettelijke norm de zorgvuldigheidstoets anders uitvalt dan ervoor – althans als men, zoals de 'Smitsianen', aanneemt dat het gaat om een grotere hoeveelheid factoren dan alleen de wettelijke norm. Kennelijk is het bestaan van een wettelijke norm in een geval als hierboven beschreven van doorslaggevende invloed op de beoordeling van de zorgvuldigheid of onrechtmatigheid van het gedrag.

Overigens hoeven de hier bedoelde normen niet per se wettelijke regels te zijn. Ook rechterlijke uitspraken vervullen deze gidsfunctie, en wel sterker naarmate ze van een hoger rechtscollege afkomstig zijn. Uiteraard zal de invloed ervan groter zijn naarmate de uitspraak ruimer geformuleerd is en niet alleen ingaat op de omstandigheden van dit concrete geval. Verder kunnen

163 Holtmaat, *Seksuele intimidatie* 1999, p. 1725, onder verwijzing naar Rb. Amsterdam (ktr.) 9 oktober 1996, besproken in: Holtmaat, *Seksuele intimidatie op de werkplek. Een juridische gids*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999, nr. 92, p. 199/200.

164 Of, uiteraard, werknemers. Holtmaat wijst er echter op dat in verreweg de meeste gevallen het slachtoffer vrouw is.

165 Het hier betoogde geldt natuurlijk ook wanneer de vordering wordt gegrond op een andere open norm als die van art. 7: 611 BW (goed werkgeverschap), of art. 7:658 BW (zorgplicht voor veiligheid). Zie over de mogelijke acties van de benadeelde: R. Holtmaat, *Seksuele intimidatie op de werkplek. Een juridische gids*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999, H. 4. Overigens zal de normoverschrijding bij betwisting uiteraard wel bewezen moeten worden, zie bijv. Hof 's-Hertogenbosch 21 juni 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:2705, r.o. 4.4.

behalve wetten ook *wetsontwerpen* een gidsfunctie hebben, zoals de casus van Lindenbaum/Cohen¹⁶⁶ en VSH/Shell¹⁶⁷ hebben geleerd.

8.6.8 Dialectische functie; de dynamiek van de methode¹⁶⁸

In de inleiding van deze studie werd de rechtvaardiging voorgesteld als het 'spiegelbeeld' van de onrechtmatige daad.¹⁶⁹ Dat begrip is meerduidig.

Enerzijds is de rechtvaardiging het tegenovergestelde van de onrechtmatige daad. In beide gevallen gaat het om normschendingen, maar bij een toereikende rechtvaardiging is de normschending *gerechtvaardigd*. In deze zin gaat het om beeld en spiegelbeeld: onrechtmatige en rechtmatige daad.

Anderzijds kan de rechtvaardigingsgrond worden gezien als de *spiegeling* van de onrechtmatige daad. En daarmee kom ik op haar dialectische werking. De aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond is de reden waarom in een concreet geval géén sprake is van onrechtmatig handelen. Met andere woorden: zij markeert de grens van de onrechtmatigheid; is daardoor medebepalend voor wat onrechtmatigheid *is*. In letterlijke zin bevestigt de uitzondering de regel.¹⁷⁰ In zoverre is de rechtvaardigingsgrond niet alleen het tegenbeeld van de onrechtmatige daad. Zij spiegelt, reflecteert, deze ook. En zij geeft daarmee een beter beeld van wat onrechtmatigheid inhoudt dan de enkele beschouwing van de onrechtmatige daad zou opleveren.¹⁷¹ De Hegeliaanse les wordt zo verwoord door Van der Walt:

'The driving force of Hegel's dialectic system, commonly and overly simplistically understood in terms of a triad of thesis, antithesis and synthesis, is the insight that the demarcation of an identity (for example A) involves the identity of what it is not (-A, that is B, C or any letter which is not A) in that demarcation. Hegel therefor

166 HR 31 januari 1919, ECLI:NL:HR:1919:AG1776, NJ 1919, p. 161 (*Lindenbaum/Cohen*), waarin de tekst van het wetsontwerp-Heemskerk (vgl. Bijl. Hand. *Kamerstukken II* 1912/13, nr. 38) werd overgenomen. Het ontwerp werd nooit wet. Zie daarover: M.E. Franke, *Verkort Verklaard* 1996, p. 18-19. Uitgebreid, ook over de invloed van buitenlands recht, Jansen, *Lindenbaum/Cohen in historisch-rechtsvergelijkend perspectief* 2019, p. 3-10.

167 HR 23 oktober 1987, ECLI:NL:HR:1988:AD0018, NJ 1988/1017 (*VSH/Shell*), waarin het geschrapte art. 6.5.2.8a is overgenomen. Zie daarover Smits, *Verkort Verklaard* 1996, p. 120.

168 In verband met de dynamiek van het recht moet gewezen worden op het opstel van Schut, *Im Kampfe sollst du dein Recht finden* 1976, waar hij de idee van recht als 'eeuwig worden' beschrijft, p. 4.

169 Par. 1.2.4 (*De polaire verhouding tussen norm en rechtvaardiging*).

170 Zie over dit karakter van de regel: Nieuwenhuis, *Regel en uitzondering* 1995, p. 125, die schrijft dat de uitzondering het draagvlak van de regel verstevigt, zo kan 'met recht worden gezegd: *exceptio firmat regulam*'.

171 Aan het begin van dit onderzoek is dat 'kijken met je nachtoog' genoemd, zie par. 1.1.2 (*Kijken met je nachtoog*).

already realized that the other is always the other of the same, that the same can only be written with reference to the other.’¹⁷²

De klassieke voorstelling van de rechtvaardiging als uitzondering op de norm moet worden genuanceerd. De rechtvaardiging geeft niet alleen aan dat een regel buiten toepassing blijft, zij geeft die regel zelf daarmee ook vorm.¹⁷³ Deze werking van de uitzondering beschrijft Nieuwenhuis zo:

‘Voor zover de regel voorbijschiet aan zijn strekking, wordt zijn reikwijdte ingeperkt. Daardoor wordt echter tevens de band tussen de regel en de eraan ten grondslag liggende strekking verstevigd.’¹⁷⁴

In Hegeliaanse termen: zij verrijkt de norm. Dit normvormende karakter zou ik de dialectische functie van rechtvaardigingen willen noemen.

Het is aannemelijk dat deze functie van meer belang wordt, naarmate de norm vager van karakter is. Bij een vormeloze norm als die van bijvoorbeeld de zorgvuldigheid is het zoeken naar de begrenzing het belangrijkste houvast wanneer men in een bepaald geval een uitspraak over de onrechtmatigheid wil doen. Vanuit deze gedachte is goed te verklaren waarom Van Dam bij zijn beschrijving van de zorgvuldigheidsnorm aan onder meer de rechtvaardigingsgrond een ‘sleutelrol bij het vaststellen van de waarde van de andere elementen’ toedichtte.¹⁷⁵

8.6.9 De corrigerende werking van de uitzondering

Hierboven is de rechtvaardiging als een uitzondering op de regel ook als een (sub-)regel aangemerkt.¹⁷⁶ Dat betekent dat zij op dezelfde wijze functioneert als de regel zelf. Wat daaromtrent in het bovenstaande is opgemerkt, geldt dus ook voor de uitzondering op de regel. Ter afsluiting daarover nog een enkel woord.

De rechtvaardiging heeft een bijzondere kwaliteit, die de algemene regel mist. De uitzondering corrigeert de regel. Dat is ook precies de rol die de rechtvaardiging speelt bij het hierboven beschreven functioneren van de rechtsregel.

172 J.W.G. van der Walt, *The Critique of Subjectivism and its Implications for Property Law – Towards a Deconstructive Republican Theory of Property* in: G.E. van Maanen, A.J. van der Walt & G.S. Alexander, *Property Law on the Threshold of the 21st Century*, Antwerpen/Apeldoorn: Maklu 1996, p. 142.

173 Het kwam reeds aan de orde in par. 1.2.2 (*Normschending in abstracto en normschending in concreto*).

174 Nieuwenhuis, *Regel en uitzondering* 1995, p. 125.

175 Van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm* (diss.) 1989, p. 120 beschrijft de rechtvaardigingsgrond als voorbeeld van het element ‘aard van de schadeveroorzakende gedraging’.

176 Zie: par. 8.6.2 (*De functie van de rechtsregel bij geschillenbeslechting*), slot.

Bij de bespreking van de situerende functie van de regel kwam deze functie van de uitzondering al scherp aan het licht. Daar waar de regel een situerende functie heeft, heeft de uitzondering een hersituerende functie. De regel stelt de rechter in staat zijn beslissing te funderen binnen het systeem en haar daarmee te legitimeren. De uitzondering biedt de rechter de mogelijkheid om aan te geven waarom hij in casu van de regel afwijkt en waarom zijn beslissing daarmee gerechtvaardigd is.¹⁷⁷

Eenzelfde, herschikkende functie van de rechtvaardiging bleek bij de bespreking van de sturende kracht van de regel. De regel stuurt bij een geschil de beslissing in een bepaalde richting. De uitzondering corrigeert die sturing; haar werking is een *bijsturende*.

Op grond van het traagheidsbeginsel kan echter niet iedere uitzondering die rol vervullen. Het bestaan van een regel brengt mee dat op toepassing van de regel mag worden gerekend. Een geldende regel kan niet zomaar opzij worden gezet. Dat stelt eisen aan de in te roepen rechtvaardiging. Voor afwijking van een geaccepteerde regel zijn *gegronde* redenen nodig. Wie meent dat een geaccepteerde, welomschreven regel in een bepaald geval buiten toepassing moet blijven, dient daarvoor goede argumenten aan te dragen. Een te algemeen of vaag verwoorde, niet beargumenteerde uitzondering zal de regel niet opzij kunnen zetten. Om die reden is hierboven al de idee van een rechtvaardigingsgrond als 'afwezigheid van onzorgvuldigheid' verworpen.¹⁷⁸

Bij de behandeling van de dialectische functie van de regel bleek welke invloed de rechtvaardiging heeft op de regel *zelf*. Zij begrenst de norm, geeft aan wanneer de norm buiten toepassing moet blijven en herijkt daarmee de inhoud van de norm.

8.7 CONCLUSIE EN OVERGANG NAAR WAT VOLGT

In dit hoofdstuk is de rechtvaardiging beschouwd in verband met de onrechtmatige daad. Centraal stond de vraag op welke wijze de rechtvaardiging functioneert bij de oordeelsvorming over de onrechtmatigheid van een handeling.

In het Nederlandse burgerlijk recht worden twee methoden gehanteerd en gepropageerd worden om de plaats van normschending en rechtvaardiging te bepalen, ze zijn hier de analyserende en de synthetiserende methode genoemd. Bij de analyserende methode worden de voor het onrechtmatigheidsoordeel te toetsen elementen als het ware uiteen getrokken, normschending

177 Vgl. nogmaals de in par. 8.6.4 (*Voorspellingsfunctie; het traagheidsbeginsel*) besproken functie van protocollen en HR 2 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0377, NJ 2001/649 (*Medisch protocol I*), HR 1 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS6006, NJ 2006/377 (*Medisch protocol II*).

178 Bij de bespreking van de voorspellingsfunctie in par. 8.6.4 (*Voorspellingsfunctie; het traagheidsbeginsel*).

en rechtvaardiging worden daarbij apart beschouwd en hebben beide een zelfstandige status. In de synthetiserende methode worden alle elementen die van belang zijn voor de beoordeling van een bepaalde handeling tezamen genomen. Normschending en rechtvaardiging zijn dan – enkele van de – elementen waaraan getoetst moet worden.

Bezien werd in hoeverre de twee methoden verschillen als het gaat om het zoeken van een oplossing voor een concrete casus (geschillenbeslechting). De analyserende methode bleek juist bij dat oplossen van geschillen veel voordelen te hebben boven de synthetiserende methode. Zij heeft een sterkere legitimerende kracht,¹⁷⁹ haar voorspellende waarde is groter, wat van belang is voor de rechtszekerheid,¹⁸⁰ zij sluit beter aan bij de bewijsrechtelijke positie van de procespartijen,¹⁸¹ geeft duidelijker richting aan de oordeelsvorming,¹⁸² en heeft een grotere heuristische¹⁸³ en normvormende¹⁸⁴ waarde. Om die reden kom ik tot de conclusie dat de analyserende methode bij het oplossen van juridische geschillen de voorkeur verdient. Normschending en rechtvaardiging dienen dan ook zoveel mogelijk apart van elkaar beoordeeld te worden.¹⁸⁵ Verderop in dit onderzoek zal blijken dat de gekozen analyserende methode ook beter aansluit bij de praktijk van regeltoepassing.¹⁸⁶

Nu onderzocht is wat de verhouding is tussen enerzijds de onrechtmatigheid en anderzijds de daartegen te voeren verweren, is het tijd stil te staan bij het volgende element van artikel 6:162: schuld. Daarover gaat het volgende hoofdstuk.

179 Par. 8.6.3 (*Situeringfunctie; de legitimerende kracht*).

180 Par. 8.6.4 (*Voorspellingsfunctie; het traagheidsbeginsel*).

181 Par. 8.6.5 (*Bewijsrechtelijke functie; de domeinen der partijen*).

182 Par. 8.6.6 (*Richtinggevende functie; de sturende kracht*).

183 Par. 8.6.7 (*Kapstokfunctie: de heuristische kracht*).

184 Waaronder de dialectische en corrigerende functie begrepen kan worden. Zie resp. par. 8.6.8 (*Dialectische functie; de dynamiek van de methode*) en par. 8.6.9 (*De corrigerende werking van de uitzondering*).

185 Dezelfde conclusie wordt door Gerards en Senden getrokken voor fundamentele rechten, in *The structure of fundamental rights* (2009), p. 652.

186 Dat komt in hoofdstuk 11 (*Involed op oordeel handeling*), aan de orde, mede aan de hand van een argumentatiemodel.