

# HET TOEPASSINGSBEREIK VAN RECHTSREGELS

Jaap Hage en Marjolein Visser

Universiteit Maastricht

## Inleiding

1. Juridische beslissingen in concrete gevallen worden meestal gebaseerd op rechtsregels. De problematiek van rechtsvinding en rechtsvorming heeft dan ook vaak betrekking op de vraag wanneer rechtsregels moeten worden toegepast, een problematiek die in de literatuur wel onder de noemer van vage normen wordt gebracht. Wij willen in dit artikel een systematische opsomming geven van de verschillende factoren die maken dat het toepassingsbereik van rechtsregels voor betwisting vatbaar kan zijn. Het is ons er om te doen deze factoren systematisch te onderscheiden, teneinde de discussie over vage normen een duidelijker grondslag te bieden.

Het is niet ons doel om directe handvatten te geven voor juridisch besluitvorming. Daarvoor zijn namelijk naast de onderhavige rechtsnorm aanvullende beslissingen nodig die niet door een analytische studie als deze kan worden geboden. We zullen daar in de paragrafen 16, 23 en 32 nog op terugkomen.

Wat wij hier wel kunnen bieden is inzicht in de soort van besluitvorming die nodig is in de verschillende gevallen. In zoverre kan het hier aangeboden analytisch kader ook van direct praktische betekenis zijn. Ter afsluiting van dit artikel vergelijken we onze analyse met die welke Vranken geeft in zijn kleine typologie van moeilijke(r) gevallen.<sup>1</sup> In aansluiting daarop laten we zien hoe de gemaakte analytische onderscheidingen inzicht kunnen geven in de problematiek rond de toepassing van rechtsregels en hoe het analytisch instrumentarium en de inhoudelijke (meta)juridische discussie elkaar aanvullen.

## Toepasselijkheid en toepassing

2. Het redeneren met behulp van rechtsregels wordt traditioneel voorgesteld als een syllogisme, waarbij de rechtsregel de major vormt van de redenering en de feiten van het concrete geval de minor. Als de feiten voldoen aan de voorwaarden van de regel treedt het rechtsgevolg in en anders niet.<sup>2</sup> De problemen van de rechtstoepassing worden dan 'opgehangen' aan de formulering van de regel, de interpretatie van de regel en aan de classificatie van de feiten.

---

<sup>1</sup> J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Algemeen deel*, Tjeenk Willink, Zwolle 1995, par. IV,4.

<sup>2</sup> Vgl. J.H. Nieuwenhuis, Legitimatatie en heuristiek van het rechterlijk oordeel, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 1976, blz. 494-515 en D.N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford 1978.

Dit model voldoet voor het merendeel van de rechtsbeslissingen, zij het dat het weinig zicht biedt op de complicaties van juridische besluitvorming. Deze complicaties worden vaak 'weggestopt' in de premissen van de redenering. Toch zijn er ook gevallen waarin het syllogistische model in het geheel niet voldoet, bijvoorbeeld als zich een uitzondering op een regel voordoet.<sup>3</sup> Om zicht te krijgen op deze gevallen introduceren we een technische onderscheiding, namelijk die tussen de *toepasselijkheid* van een rechtsregel en de *toepassing* ervan.

3. Een rechtsregel is toepasselijk in een bepaald geval, indien de feiten van dat geval voldoen aan de voorwaarden van die regel. Of een regel in een concreet geval toepasselijk is, kan voorwerp zijn van discussie. De factoren die daarbij een rol spelen zullen we bespreken in de paragrafen 4 tot en met 23.

Als een regel in een concreet geval toepasselijk is, zal hij normaliter op dat geval worden toegepast en zal het rechtsgevolg van die regel intreden. Toch is het denkbaar dat een toepasselijke regel in een concreet geval niet wordt toegepast, bijvoorbeeld omdat dit in strijd zou zijn met de *strekking van de regel*, of omdat *toetsing* aan een grondrecht of een (ander) rechtsbeginsel daartoe aanleiding geeft. Deze gevallen, waarin een uitzondering op de regel wordt gemaakt, bespreken we in de paragrafen 26 t/m 30.

Als een regel in een concreet geval niet toepasselijk is, zal hij normaliter niet op dat geval worden toegepast. Toch is het in uitzonderlijke gevallen denkbaar dat een regel toch wordt toegepast, ook al is hij strikt genomen niet toepasselijk. In dergelijke gevallen spreken we van *analoge toepassing* van de regel, omdat het geval waarop de regel wordt toegepast dan sterke gelijkenis zal vertonen met gevallen waarop de regel wel toepasselijk is. In de paragrafen 24 en 25 zullen we ingaan op de analoge regeltoepassing.

### **Interpretatie en kwalificatie**

4. Bij het vaststellen of een rechtsregel in een concreet geval toepasselijk is, spelen twee kwesties een rol. Aan de ene kant moet de tekst van de regel worden geïnterpreteerd teneinde de betekenis van de regelvoorwaarden vast te stellen. Aan de andere kant moeten de feiten van de casus worden gekwalificeerd om vast te stellen of ze onder de regelvoorwaarden kunnen worden gebracht.

Interpretatie en kwalificatie vormen communicerende vaten. Door interpretatie kunnen de voorwaarden van een regel tot een grote mate van concreetheid worden uitgewerkt. Door kwalificatie kunnen de feiten uit een casus in abstractere termen worden omschreven.<sup>4</sup> De uiteindelijke vraag is of

---

<sup>3</sup> Uitzonderingen komen uitvoeriger aan de orde in de paragrafen 26-30.

<sup>4</sup> Het gaat bij kwalificatie niet altijd om abstrahering. Als een gedraging als onrechtmatig wordt gekwalificeerd, gaat het niet om een abstractere omschrijving van die gedraging, maar om een waardering. Deze nuancering doet echter niet af aan de hoofdlijnen van het in de tekst gestelde.

het mogelijk is een gemeenschappelijk niveau van abstractie te vinden waartoe de regel geconcretiseerd en de casus geabstraheerd kan worden. Bijvoorbeeld, de term 'onrechtmatig' uit art. 6:162 lid 1 BW wordt door interpretatie geconcretiseerd tot 'onzorgvuldig', terwijl in het kelderluik-arrest het open laten staan van een kelderluik door kwalificatie wordt geabstraheerd tot 'onzorgvuldig handelen'.<sup>5</sup> Juist omdat interpretatie en kwalificatie communicerende vaten zijn, is er geen principieel verschil tussen interpretatie zoals hierboven omschreven en kwalificatie. Het enige verschil is het vertrekpunt. Wordt uitgegaan van de regel, dan spreken we van interpretatie; wordt uitgegaan van de casus, dan gaat het om kwalificatie.

5. De interpretatie waarover we het hierboven hadden betreft de betekenis van individuele uitdrukkingen die in de voorwaarden van een regel voorkomen. De vraag waar het bij deze interpretatie om gaat is welke casus nog wel en welke casus niet meer onder het bereik van een uitdrukking vallen. We zouden deze vorm dan ook *semantische interpretatie* kunnen noemen, omdat het gaat om het betekenisbereik van bepaalde uitdrukkingen.

Daarnaast kunnen we een andere vorm van interpretatie onderscheiden, namelijk die welke op basis van de wettekst tracht te komen tot de precieze voorwaarden van een regel. Art. 51 lid 1 Sr. kan bijvoorbeeld zo worden gelezen dat daarin de regel staat dat enkel natuurlijke en rechtspersonen strafbare feiten kunnen plegen.<sup>6</sup> In deze lezing zouden bijvoorbeeld verenigingen zonder rechtspersoonlijkheid geen strafbare feiten kunnen plegen. Het artikel kan echter ook zo worden gelezen dat het bepaalt dat niet alleen natuurlijke, maar ook rechtspersonen strafbare feiten kunnen plegen. In die laatste lezing zegt het niets over samenwerkingsverbanden zonder rechtspersoonlijkheid. Het kiezen voor één van deze beide lezingen is een kwestie van interpretatie van art. 51 lid 1 Sr., maar het betreft niet de betekenis van één van de in dat artikel gebruikte termen, maar veeleer de structuur van de door interpretatie vastgestelde regel. We zouden daarom van *syntactische interpretatie* kunnen spreken.

6. Anders dan de uitdrukkingen 'semantische interpretatie' en 'syntactische interpretatie' misschien suggereren, gaat het bij deze soorten interpretatie niet om wat wel *interpretatiemethoden* worden genoemd. Deze zogenaamde interpretatiemethoden zijn naar onze mening veelal soorten argumenten die gebruikt kunnen worden om een bepaalde inhoudelijke interpretatie te rechtvaardigen.<sup>7</sup> Bijvoorbeeld, het feit dat een bepaalde interpretatie (of kwalificatie; zie nr. 7) in overeenstemming is met de bedoelingen van de historische wetgever is een reden om deze interpretatie of kwalificatie te prefereren boven een andere. Semantische en syntactische interpretatie betreffen niet redenen voor of tegen

---

<sup>5</sup> HR 5 november 1966; NJ 1966, 405.

<sup>6</sup> Art. 51 lid 1 Sr. luidt: "Strafbare feiten kunnen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen."

<sup>7</sup> Enzo R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt a/M 1978, blz. 301.

een *bepaalde* interpretatie, maar vormen veeleer categorieën van gevallen waarin interpretatie nodig is.

7. Omdat er twee soorten interpretatie zijn, waarvan er één eigenlijk samenvalt met kwalificatie, stellen we de volgende terminologische conventie voor:

*Als we spreken van interpretatie gaat het steeds om het vaststellen van de precieze voorwaarden en het rechtsgevolg van een regel.*

Volgens deze conventie is interpretatie steeds syntactische interpretatie; semantische interpretatie wordt ondergebracht bij de kwalificatie. Interpretatie heeft dan niet zozeer betrekking op *rechtsregels*, maar op *rechtsbronnen*. Het is het vaststellen van welke rechtsregels voortvloeien uit de bronnen van het recht. *Kwalificatie* is dan het bepalen of een concreet geval, of een soort van gevallen, onder de voorwaarden van een regel valt.

De vraag hoe een regel precies luidt valt buiten het bestek van dit artikel, dat gaat over het toepassingsbereik van gegeven regels. We zullen ons daarom in het vervolg slechts bezig houden met kwalificatie, daarbij in gedachten houdend dat kwalificatie zo ruim opgevat dient te worden dat daarvoor ook semantische interpretatie valt.

### **Betekenis­theorieën**

8. Het is vaak voor discussie vatbaar of een casus gekwalificeerd kan worden met een bepaalde term die in de voorwaarden van een rechtsregel wordt genoemd. In dergelijke gevallen wordt die term en soms ook de regel waarin die term voorkomt *vaag* genoemd.<sup>8</sup> Eén van de belangrijkste punten die we in dit artikel aan de orde willen stellen is dat die vaagheid geen eenduidig verschijnsel is, maar dat er een groot aantal verschillende oorzaken is aan te wijzen voor de kwalificatie-problematiek. Vaagheid in engere zin is dan ook maar één van de oorzaken van de vaagheid in ruime zin die de kwalificatie-problemen veroorzaakt. We zullen in deze en de volgende paragrafen ingaan op vaagheid en open texture van termen (par. 12-15), abstracte en concrete termen en graduele termen (par. 17 en 18), normatieve en evaluatieve termen (par. 19-21) en op verwijzingen naar ongeschreven normen en beginselen (par. 22).

9. Er wordt vaak aangenomen dat het bij kwalificatie gaat om de *betekenis* van de kwalificerende term.<sup>9</sup> Daarom is het zinvol om deze uiteenzetting over kwalificatie te beginnen met enkele opmerkingen over betekenis. Het is niet ongebruikelijk om bij beschrijvende termen zoals zelfstandige en

---

<sup>8</sup> Vgl. bijvoorbeeld G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, 3e druk, Tjeenk Willink, Zwolle 1988, blz. 47, J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid*, Kluwer, Deventer 1992, blz. 3 en Vranken, *Algemeen deel*, blz. 36.

<sup>9</sup> Vgl. bijv. Franken e.a., *InLeiden tot de rechtswetenschap*, 6e druk, Gouda Quint, Arnhem 1993, hoofdstuk 3, M. Loth, *Recht en Taal. Een kleine methodologie*, 2e druk, Gouda Quint, Arnhem 1991, blz. 93 e.v. en R. Zippelius, *Einführung in die juristische Methodenlehre*, zweite Auflage, Beck, München 1974, blz. 51 e.v.

bijvoeglijke naamwoorden en werkwoorden een driedeling te maken.<sup>10</sup> Om te beginnen is er het woord zelf, een symbool waar nog geen betekenis aan wordt toegekend. De betekenis van het woord wordt gevormd door de intensie en de extensie van dit woord.

De extensie van een woord bestaat uit de verschijnselen die met het woord kunnen worden aangeduid. De extensie van het woord 'goed' zoals gebruikt in art. 310 Sr. omvat bijvoorbeeld alle goederen in de zin van art. 310 Sr. Deze goederen worden de *extensie* van de term 'goed' genoemd.

Het verband tussen een term en zijn extensie wordt, volgens een betekenis­theorie die vroeger een grote populariteit genoot, gelegd door de *intensie* van de term.<sup>11</sup> Deze intensie zou bestaan uit een verzameling eigenschappen, zodanig dat iets dat al die eigenschappen heeft onder de betreffende term valt, en iets dat niet (al) die eigenschappen heeft niet onder die term valt. Als we de Hoge Raad in het elektriciteitsarrest<sup>12</sup> volgen, zou de intensie van het woord 'goed' (tenminste) de volgende eigenschappen bevatten: (een goed) kan een zeker zelfstandig bestaan niet worden ontzegd, het kan door menselijk toedoen op een zaak worden overgebracht, en zelfs geaccumuleerd worden, het kan door toedoen van de mens worden opgewekt c.q. tot stand gebracht en ter beschikking blijven van degene die haar opwekte, en het vertegenwoordigt een zekere vermogenswaarde.

De eigenschappen in de intensie van een term vormen in deze theorie, die we gemakshalve de *criteriatheorie* zullen noemen, afzonderlijk bezien noodzakelijke voorwaarden voor de toepasselijkheid van de term en tezamen een voldoende voorwaarde. De betekenis van een term bestaat uit de intensie, die criteria geeft voor wat er onder de term valt. De intensie van de term bepaalt de extensie.<sup>13</sup> Als de criteria die de Hoge Raad in het elektriciteitsarrest noemde de intensie van de term 'goed' in art. 310 Sr. vormen, dan is elk van die voorwaarden noodzakelijk voor het zijn van een goed, terwijl iets dat aan alle voorwaarden voldoet daarmee zeker een goed is, aldus de criteriatheorie.

10. De criteriatheorie lijdt aan ernstige bezwaren van zowel theoretische als praktische aard. Een theoretisch bezwaar is dat de criteria die de betekenis van een term bepalen zelf ook weer in taal geformuleerd zijn en dus termen bevatten die een betekenis hebben. Die betekenis zou zelf ook weer in termen van criteria gegeven worden, enz.. Er ontstaat een oneindig regres van termen die gedefiniëerd worden in andere termen, maar nergens wordt er verband gelegd met de werkelijkheid. Dit regres kan worden voorkomen door aan te nemen dat sommige termen rechtstreeks naar hun extensie

---

<sup>10</sup> Vgl. bijvoorbeeld Franken e.a., *In Leiden tot de rechtswetenschap*, blz. 68 en Loth, *Recht en taal*, blz. 73/4 die het over A-, B- en C-grootheden heeft. Het onderscheid heeft ingang gevonden door het werk van de logicus Frege. Vgl. diens *Über Sinn und Bedeutung*, *Zeitschrift für Philosophie und philosophische Kritik*, Teil 100 (1892), blz. 25-50.

<sup>11</sup> Deze theorie vond zijn meest uitvoerige uiteenzetting in R. Carnap, *Meaning and Necessity*, 2e druk, Chicago University Press 1956. Hij wordt voor een aantal termen en genuanceerd ook nog verdedigd door Brouwer en Loth in de voornoemde werken.

<sup>12</sup> HR 23 mei 1921; NJ 1921, 564.

<sup>13</sup> Vgl. Loth, *Recht en taal*, blz. 76-79. Zie ook S.P. Schwartz (red.), *Naming, Necessity and Natural Kinds*, Cornell University Press, Ithaca 1977, de inleiding door de redacteur.

verwijzen zonder tussenkomst van een intensie. Maar als wordt aangenomen dat er van die direct verwijzende termen zijn, rijst direct de vraag welke termen dat zijn en of er ook termen zijn die niet direct verwijzen.

Die laatste vraag is nogal dringend, want - en nu komt een praktisch bezwaar tegen de criteria-theorie - mensen zijn vaak prima in staat om dingen in de werkelijkheid aan te wijzen die onder een term vallen, maar slagen er slechts hoogstzelden in om criteria te formuleren die noodzakelijke en voldoende voorwaarden geven voor de toepasselijkheid van een term. We kunnen bijvoorbeeld prima een oppervlaktewater herkennen, maar we zijn niet in staat noodzakelijke en voldoende voorwaarden te geven voor wanneer iets een oppervlaktewater is. Kortom, we lijken in het algemeen prima in staat te zijn om de extensie van een term te identificeren zonder de intensie te kunnen aangeven. Dat roept de vraag op of we normaliter wel criteria hanteren om het verband te leggen tussen termen en hun extensie.

Een modern alternatief voor de criteriatheorie gaat ervan uit dat die laatste vraag in het algemeen ontkennend dient te worden beantwoord.<sup>14</sup> De relatie tussen een term en zijn extensie wordt niet gelegd door een intensie, maar is rechtstreeks. Wel is het zo dat mensen stereotype voorstellingen hebben van wat tot een soort behoort. Zo hebben we stereotype voorstellingen wanneer iets kan worden aangeduid als een woning, een bankbiljet, een auto, enz. Als iets voldoende op dat stereotype lijkt, dan zijn we geneigd om het bij de categorie van dat stereotype onder te brengen. Maar het betreft hier een psychologische theorie over hoe we species van een soort herkennen, niet om een semantische theorie over de betekenis van de term die de soort aanduidt. Laten we deze moderne theorie gemakshalve de *stereotypentheorie* noemen.

11. Volgens de stereotypentheorie zijn er geen officiële semantische criteria die de grenzen van categorieën afbakenen. Met andere woorden, er zijn geen taalregels die bepalen wat wel en wat niet onder een bepaalde categorie valt. Wel is het mogelijk om empirisch te onderzoeken of de elementen van een categorie bepaalde groepen van eigenschappen gemeenschappelijk hebben. Aldus is het mogelijk om empirische hypothesen te vormen over wat kenmerkend is voor bijvoorbeeld een woning, die als voorlopige criteria gaan functioneren. Het resultaat van dergelijk onderzoek kan zijn dat de door 'gewone' mensen gehanteerde stereotypen geen goede afbakening van de categorieën vormen, bijvoorbeeld omdat ze walvissen ten onrechte tot vissen maken en wit goud ten onrechte niet tot

---

<sup>14</sup> Deze moderne theorie is filosofisch uitgewerkt in Wittgenstein's theorie over familiegelekenissen en Putnam's theorie over stereotypen. Vgl. L. Wittgenstein, *Philosophische Grammatik*, nr. 74 e.v. en H. Putnam, *The Meaning of Meaning*, in *Mind, Language and Reality, Philosophical papers, Vol. 2*, Cambridge University Press, Cambridge Mass. 1975. Het psychologische onderzoek over kwalificatie vindt zijn basis in het werk van Rosch. Vgl. E. Rosch, *Principles of Categorization*, in E. Rosch en B.B. Lloyd (red.), *Cognition and Categorization*, Erlbaum Associates, Hillsdale 1978. Voorlopers in de sociale en rechtswetenschap zijn Weber's theorie van de normaaltypen, respectievelijk Meijer's theorie van de ideaaltypen.

goud. Een juridisch voorbeeld van een dergelijk falen van de stereotypen zijn de termen diefstal en verduistering. De juridische leek ziet hier gemakkelijk juridisch relevante verschillen over het hoofd.

In een aantal gevallen voldoen de psychologische tests voor het herkennen van species van soorten niet, omdat er fijnzinnige onderscheidingen dienen te worden gemaakt. In dat geval kunnen bovenop de psychologische 'criteria' aanvullende semantische criteria worden gegeven om soorten te onderscheiden. Zo kunnen we op grond van juridische criteria onderscheid maken tussen verschillende varianten van diefstal of van opzet. Deze criteria bepalen evenwel niet uitputtend wat onder de verschillende varianten van diefstal of opzet dient te worden verstaan, maar zijn primair een verfijning op de bestaande psychologische mechanismen.

### **Vaagheid en open texture**

12. Met behulp van de stereotypentheorie is het mogelijk een analyse te geven van de semantische problematiek rond de toepassing van rechtsregels. We zullen eerst de verschijnselen vaagheid (in enge zin) en open texture bespreken. Maar alvorens daartoe over te gaan nog een algemene opmerking. Veel van wat juristen onder de noemer 'vaagheid' plegen te brengen valt onzes inziens beter op een andere manier te kwalificeren. De in dit verband gehanteerde termen 'vaag', 'open', 'abstract' en 'normatief' lijken niet eenduidig te worden gebruikt. In de nu volgende paragrafen zal worden aangegeven op welke manier deze termen eenduidig te gebruiken zijn.

Volgens de stereotypentheorie correspondeert er met een term een soort van verschijnselen in de werkelijkheid. Deze soort is niet anders gedefinieerd dan doordat mensen de betreffende term er op van toepassing achten. Mensen gebruiken een stereotype om species van een soort te *herkennen*. Een stereotype is dan ook *geen definitie die bepaalt* wat er onder een soort valt. (Rechts)wetenschappers kunnen proberen op te sporen wat typerend is voor een bepaalde soort, bijvoorbeeld 'woning' uit artikel 97 Sv. Een dergelijk onderzoek leidt enkel tot empirische hypothesen die als voorlopige criteria kunnen fungeren, maar niet tot definities die bepalend zijn voor wat een woning is.<sup>15</sup> (We zullen dit in par. 14 nog nuanceren.) Verschijnselen die stereotype voorbeelden van een woning zijn, zoals woonhuizen, zullen zeker met de term 'woning' gekwalificeerd kunnen worden. Verschijnselen die van het stereotype afwijken zullen soms minder stereotype woningen zijn, zoals bijvoorbeeld gevangencellen, woonwagens en woonboten, soms duidelijk geen woningen zijn, zoals electriciteitshuisjes, en soms op de grens liggen van wat wel en wat geen woning is, zoals winkels en kartonnen dozen die daklozen gebruiken om in te slapen.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> Zie over het begrip woning in de zin van art. 97 Sv: Mevis in de losbladige Strafvordering, aant. 8 en 10 bij art. 97 Sv; HR 14 december 1914, W. 9755, NJ 1915 p. 368; HR 3 oktober 1995, NJ 1996, 219.

<sup>16</sup> In dit verband schrijft Hart over een 'core of meaning' en een 'penumbra of doubt'. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford 1961, blz. 119.

13. Voor alle termen geldt, op zijn minst in theorie, dat ze zo'n grensgebied hebben van wat wel of niet onder de term valt.<sup>17</sup> Men zou daarom kunnen zeggen dat alle termen vaag zijn. Dat zou evenwel het onderscheidend vermogen van de uitdrukking 'vaag' in verband met termen opheffen. Niet alle termen die een grensgebied in hun betekenisbereik hebben zijn vaag. Enkel als we veel te maken hebben met gevallen die in dat grensgebied liggen, spreken we van een vage term. Als zulke gevallen zich in de praktijk niet voordoen, of als we er zelden mee te maken hebben, heeft de term voldoende onderscheidend vermogen om zijn extensie van die van andere termen af te bakenen en noemen we de term niet vaag. De term 'brug' bijvoorbeeld, is niet vaag, want hoewel men met wat fantasie wel voorwerpen kan bedenken waarvan onduidelijk is of ze nog wel een brug genoemd kunnen worden, komen we dergelijke voorwerpen in de praktijk niet of hoogst zelden tegen. De term 'goed' daarentegen is wel vaag, want we komen in praktijk vaak dingen tegen waarvan het onduidelijk is of het een goed is.

14. De vaagheid van een term kan worden verholpen door het bereik van die term door criteria af te bakenen. In het recht is dat een belangrijke functie van de jurisprudentie. Als dergelijke criteria (gezaghebbend) worden geformuleerd, fungeren ze in de afbakening van de betreffende term als noodzakelijke of voldoende voorwaarden. Deze functie vervullen ze evenwel tegen de achtergrond en ter aanvulling van de aan het gewone taalgebruik ontleende afbakening van de begripsomvang. Als bijvoorbeeld de Hoge Raad criteria formuleert ter onderscheiding van goederen komen die criteria niet in plaats van het gewone taalgebruik, maar dienen ze ter aanvulling van dat taalgebruik.<sup>18</sup>

Nu is het de vraag waar die aanvullende criteria vandaan komen. Aan de ene kant vloeien ze niet eenduidig voort uit het verschijnsel dat ze karakteriseren, want dan zou de term niet vaag zijn en zou er geen behoefte zijn aan criteria. Aan de andere kant kunnen de criteria niet willekeurig zijn, want ze moeten de stereotype gevallen onder de soort laten vallen en ze moeten een praktisch werkbare af-scheiding maken tussen de gekarakteriseerde soort en wat er buiten valt. Als de Hoge Raad criteria formuleert voor wat te gelden heeft als goed in de zin van art. 310 Sr., moeten die criteria typische goederen tot goederen verklaren en bovendien moeten ze een werkbaar onderscheid maken tussen goederen en niet-goederen.

---

<sup>17</sup> Sommige termen zijn expliciet gedefinieerd, zoals de term 'weg' als gebruikt in art. 1 lid 1 sub b van de Wegenverkeerswet 1994. Voor die termen gaat de criteriathorie van betekenis op, omdat de officiële definitie die criteria geeft. Echter die definitie zal zelf weer termen gebruiken die niet expliciet zijn gedefinieerd en waarvoor de criteriathorie niet opgaat. De vaagheid van deze laatste termen veroorzaakt dan de vaagheid van de expliciet gedefiniëerde term. Bijvoorbeeld, voor wat als weg geldt in de zin van de Wegenverkeerswet 1994 is ondermeer gedefinieerd in termen van het begrip 'brug'. De grensgevallen van wat als een brug geldt zijn daardoor ook grensgevallen van wat als een weg geldt.

<sup>18</sup> Dit sluit niet uit dat in het recht geformuleerde preciseringen ten dele kunnen afwijken van het gewone taalgebruik. Het sluit wel uit dat het gewone taalgebruik geheel terzijde wordt gesteld. In dat laatste geval zou het namelijk niet meer gaan om semantische *interpretatie*, maar om het toekennen van een geheel nieuwe betekenis aan een term.

Wat een onderscheid tot werkbaar maakt is afhankelijk van de context waarin het wordt gemaakt. In het recht zullen daarbij onder meer het systeem van het recht, rechtszekerheid en rechtvaardigheid van belang zijn, maar welke factoren precies een rol spelen en wat hun onderlinge verhouding is, is een kwestie van ongeschreven (rechts)beginselen.

15. Hiermee komen we op een onderwerp dat nauw verwant is aan vaagheid, maar daarvan toch moet onderscheiden, te weten de 'open texture' van termen.<sup>19</sup> We hebben gezien dat de vaagheid van een term niet zozeer een eigenschap is van de term op zich, maar veeleer van de term in combinatie met de verschijnselen die we tegenkomen. Het is denkbaar dat een term, eventueel in combinatie met aanvullende criteria voor toepasselijkheid, op een bepaald moment niet vaag is, omdat er zich geen grensgevallen voordoen, en op een later tijdstip wel vaag is, omdat de grensgevallen zich opeens wel gaan voordoen. In verband met die mogelijkheid spreken we van 'open texture'. Een voorbeeld van open texture biedt de term 'geschrifte' uit artikel 225 Sr. Door de introductie van software en computers was bijvoorbeeld onduidelijk of een weggeschreven computerbestand valt aan te merken als 'geschrift'.<sup>20</sup>

Op zich is open texture geen reden waarom het toepassingsbereik van rechtsregels omstreden is. Alle beschrijvende termen hebben open texture, maar dat houdt slechts in dat ze de potentie hebben om vaag te worden. Zolang die potentie zich niet realiseert, is er niets aan de hand. Als die potentie zich wel realiseert, is de betreffende term vaag geworden en zijn de problemen met betrekking tot het toepassingsbereik van de regel die van vaagheid.

### **Intermezzo: ongeschreven recht**

16. Als het toepassingsbereik van een regel omstreden is tengevolge van de vaagheid van één of meer termen, is het nodig om aanvullende criteria te formuleren die de omvang van de betreffende categorie bepalen. Daarbij moet enerzijds recht worden gedaan aan de betekenskern van die term(en) en anderzijds aan het functioneren van die regel in de rechtspraktijk.

Soms geeft het geschreven recht in de vorm van interpretatienormen geschreven aanwijzingen met betrekking tot die aanvullende maatstaven.<sup>21</sup> Meestal is dat niet het geval en dan moet een beroep worden gedaan op ongeschreven maatstaven. In dat verband doet zich een tweetal problemen voor. Ten eerste zijn er weinig of geen dwingende aanknopingspunten bij de keuze van die maatstaven. Weliswaar kan men proberen aan te sluiten bij bijvoorbeeld het systeem van het recht, of bij de be-

---

<sup>19</sup> De term 'open texture' is afkomstig van Waismann in een artikel waarin hij zich afzet tegen de mogelijkheid om termen in wetenschappelijke theorieën uitputtend te definiëren in termen van waarnemingsgegevens. (F. Waismann, *Verifiability, Proceedings of the Aristotelian Society*, suppl. vol. 20, 1949) De term is in het recht geïntroduceerd door Hart, *The Concept of Law*, blz. 120.

<sup>20</sup> De Hoge Raad oordeelde van wel. HR 15 januari 1991; NJ 1991, 668 (Rotterdamse computerfraude)

<sup>21</sup> Zo bevatte het oude BW voorschriften over het uitleggen van overeenkomsten.

doelingen van de wetgever en men kan ook proberen wenselijk geachte maatschappelijke gevolgen te bewerkstelligen<sup>22</sup>, zowel in het concrete geval als voor toekomstige gevallen, maar het risico van goedbedoelde willekeur is groot.

Ten tweede is het onduidelijk in hoeverre men hierbij aan het recht gebonden is, nu geen steun gevonden kan worden in het geschreven recht. Met name rijst de vraag of binnen de ruime categorie van ongeschreven normen, maatstaven en criteria onderscheid kan en dient te worden gemaakt tussen juridische normen enz. en niet-juridische. Dat is vooral van belang als de afbakening van categorieën aan de hand van het (ongeschreven) recht dient te gebeuren.

Barendrecht wijdde in zijn proefschrift uitgebreide beschouwingen aan de binding aan 'de wet en het recht'. Opvallend is hoe hij in dit verband wet en recht identificeert. Uitgaande van die identificatie komt hij tot de conclusie dat de gebondenheid aan het recht (lees: de wet) vaak niet veel voorstelt. Als de wet echter slechts gezien wordt als een (zwaar wegende) reden waarom een regel een rechtsregel is, houdt de gebondenheid aan het recht meer in dan gebondenheid aan de wet. Met name de gebondenheid aan het ongeschreven recht wordt dan een belangrijke kwestie, een kwestie overigens die de vraag oproept welke ongeschreven normen rechtsnormen zijn.

---

<sup>22</sup> Vgl. bijvoorbeeld de door Scholten gepropageerde 'factoren bij vaststelling van de zin van de wet'. P. Scholten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Algemeen deel*, derde druk, bewerkt door G.J. Scholten, Tjeenk Willink, Zwolle 1974

Langemeijer pleitte ervoor te onderscheiden tussen wenselijke gedragsnormen en gedragsnormen die we bereid zouden moeten zijn juridisch af te dwingen.<sup>23</sup> In aansluiting op dit pleidooi zou men onderscheid kunnen maken tussen ongeschreven *rechtsnormen* en, bijvoorbeeld, ongeschreven normen van moraal en fatsoen die men niet als rechtsnormen wil aanvaarden.<sup>24</sup> Normen die we bereid zijn af te dwingen zouden volgens dit criterium rechtsnormen zijn; normen die we niet bereid zijn af te dwingen zijn dan geen rechtsnormen. De gebondenheid aan het recht zou volgens dit criterium inhouden dat ter rechtvaardiging van rechtsbeslissingen slechts een beroep kan worden gedaan op ongeschreven normen die we bereid zijn als rechtsnormen te aanvaarden, dat wil zeggen: bereid zijn af te dwingen.

Het valt buiten het bestek van dit artikel om te proberen de problemen met betrekking tot gebondenheid aan (ongeschreven) recht op te lossen, zo dat al mogelijk ware. Wel willen we er op wijzen dat het deze problematiek van het vaststellen van ongeschreven (rechts)normen is, die centraal is in de problematiek van rechtsvinding en rechtsvorming. Bij de bespreking van Vranken's typologie van moeilijke(r) gevallen komen we hier nog op terug.

### **Abstracte, concrete en graduele termen**

17. Naar onze mening kan abstractie *op zich* nooit reden zijn waarom het toepassingsbereik van regels omstreden is. Laten we om te beginnen vaststellen dat de term *abstract* en zijn tegenhanger *concreet* graduele termen zijn. Een term is niet abstract of concreet zonder meer, maar meer of minder abstract en minder of meer concreet. Daarbij geldt dat er geen absolute onder- of bovengrenzen aan abstractie zijn, zodat eigenlijk alleen maar gezegd kan worden dat een term abstracter of concreter is dan een andere term. Zo is bijvoorbeeld de term 'motorrijtuig' uit de Wegenverkeerswet 1994 abstracter dan de term 'bromfiets' uit diezelfde wet.<sup>25</sup>

(Relatieve) abstractie van een term op zich leidt niet tot onduidelijkheid omtrent het toepassingsbereik van die term. Bijvoorbeeld, de term 'mishandeling' is relatief abstract, maar dat leidt niet tot onduidelijkheid. Weliswaar zijn er grensgevallen in het toepassingsbereik van die uitdrukking, maar die grensgevallen vormen, als ze veelvuldig voorkomen, vaagheid. Het is dan die vaagheid die de problemen veroorzaakt en niet de mate van abstractie.

Nu zou men nog kunnen verdedigen dat relatief abstracte termen vaak vaag zijn, maar dat lijkt ons geen juist standpunt. Om terug te komen op ons voorbeeld uit de Wegenverkeerswet, de relatief concrete term 'bromfiets' zou wel eens vager kunnen zijn dan de abstractere term 'motorrijtuig', om-

---

<sup>23</sup> G.E. Langemeijer, *Inleiding tot de studie van de wijsbegeerte des rechts*, derde herziene druk, Tjeenk Willink, Zwolle 1973, blz. 252 e.v.

<sup>24</sup> Dit sluit vanzelfsprekend niet uit dat sommige normen van moraal en fatsoen als rechtsnormen kunnen worden aangemerkt.

dat hij alle vaagheid van 'motorrijtuig' erft en bovendien nog de extra vaagheid heeft van 'een door constructie bepaalde maximumsnelheid'. Het omgekeerde standpunt dat concretere termen in het algemeen vager zijn dan abstractere gaat ook niet op. Zo is de term 'goed' vager dan de concretere uitdrukking 'materieel voorwerp'.

18. We schreven dat een term niet zonder meer abstract of concreet is, maar veeleer meer of minder abstract. 'Gevaar', zoals gebruikt in art. 173a Sr in verband met gevaar voor de openbare gezondheid, is een ander voorbeeld van een graduele term en 'strijdig' (met het algemeen belang) ook. Het gaat hier om termen die steeds in meerdere of mindere mate op iets van toepassing zijn.<sup>26</sup>

Graduele termen en uitdrukkingen<sup>27</sup> kunnen tot problemen leiden, omdat ze in regelvoorwaarden vaak worden gebruikt alsof ze absoluut zijn. Zo stelt art. 261 van de Provinciewet dat besluiten van het provinciaal bestuur worden vernietigd (ondermeer) voor zover ze in strijd zijn met het algemeen belang. Dit suggereert dat een besluit of wel of niet in strijd met het algemeen belang is, terwijl het in werkelijkheid meer of min daarmee in strijd zal zijn. De 'oplossing' dat een besluit vernietigd wordt als het ook maar enigszins in strijd met het algemeen belang is, gaat te ver.<sup>28</sup> In praktijk zal op een glijdende schaal van minder naar meer strijd met het algemeen belang een grens moeten worden getrokken die aangeeft wanneer een besluit geacht wordt in absolute zin in strijd te zijn met het algemeen belang. Waar die grens moet worden getrokken hangt weer af van ongeschreven aanvullende criteria.

### **Normatieve en evaluatieve termen**

19. Als juristen het over vage termen hebben, bedoelen ze meestal evaluatieve of normatieve termen.<sup>29</sup> Voorbeelden van evaluatieve termen zijn 'redelijk', 'billijk', 'verwijtbaar', 'deugdelijk' en 'duidelijk'. Voorbeelden van normatieve termen zijn 'onrechtmatig', 'wederrechtelijk', 'toegelaten' en 'opgedragen'. Deze twee categorieën hebben gemeenschappelijk dat het gewone taalgebruik geen antwoord geeft op de vraag of een concreet geval onder hun toepassingsbereik valt. Het is geen kwestie van de Nederlandse taal of iemands gedrag als redelijk, een kaart als duidelijk, een handeling als onrechtmatig, en een toeëigening als wederrechtelijk dient te worden gekwalificeerd. Het verschil tussen evalua-

---

<sup>25</sup> Vgl. Wegenverkeerswet 1994 art. 1 lid 1 sub e.

<sup>26</sup> Ook 'gewone' termen als 'dief' kunnen in meerdere of mindere mate van toepassing zijn, maar dan gaat het om de mate van overeenstemming met de typische (stereotype) dief. Er bestaat dan een normaal geval en slechts bij niet normale gevallen spelen gradaties een rol. Bij graduele termen is er vaak geen normale situatie en is er steeds sprake van gradaties.

<sup>27</sup> Graduele termen en uitdrukkingen werden reeds als aparte categorie onderkend in H.F.M. Crombag, J.L. de Wijkerslooth en M.J. Cohen, *Een theorie over rechterlijke beslissingen*, Tjeenk Willink, Groningen 1977.

<sup>28</sup> Overigens zijn er in dit voorbeeld nog een aantal complicaties, omdat 'algemeen' in algemeen belang vaag is en omdat de term 'belang' evaluatief is. Deze complicaties komen in andere paragrafen aan de orde.

<sup>29</sup> Crombag et al., *Een theorie over rechterlijke beslissingen*, onderscheidde ook al tussen vaagheid in enge zin en wat zij 'juridische maatstaven' noemden.

tieve en normatieve termen is dat evaluatieve termen gebruikt worden voor waardeoordelen die inherent gradueel zijn, terwijl normatieve termen gebruikt worden voor moeten- of mogen-oordelen, die niet gradueel zijn. Daarnaast leiden waardeoordelen niet automatisch tot gedragsvoorschriften, al bestaat er wel een nauw verband tussen waardeoordelen en gedragsvoorschriften.

De problemen waar evaluatieve en normatieve termen toe leiden worden veroorzaakt door het feit dat de toepassing van deze termen niet-talige criteria veronderstelt. Voor zover het geschreven recht deze criteria zelf geeft, vallen die problemen wel mee. Bijvoorbeeld, de regels van het strafrecht en de civielrechtelijke regels met betrekking tot de subjectieve rechten vullen de criteria voor onrechtmatigheid in de zin van art. 6:162 lid 1 BW in belangrijke mate in. Maar als er een beroep moet worden gedaan op ongeschreven recht of zelfs op criteria die niet eens juridisch van aard zijn, rijst direct de vraag naar de rechtvaardiging van de te hanteren criteria. Bijvoorbeeld, wat is een rechtvaardigingsgrond in de zin van art. 6:162 lid 2 BW?

20. In het geval van evaluatieve termen komt daar nog het probleem bij dat deze termen gradueel zijn, zodat ook nog een lijn op een glijdende schaal moet worden getrokken. Hoe verwijtbaar moet een gedraging zijn, om te kunnen spreken van schuld in strafrechtelijke zin? Soms geeft het geschreven recht zelf aanwijzingen, bijv. door te eisen dat toepassing van een regel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (art. 6:2 BW lid 2). Daarmee wordt aangegeven dat de grens hoog op de schaal ligt. Maar zelfs dan zegt het geschreven recht niet hoe hoog die grens precies ligt. Aanvullende criteria blijven nodig en het is niet op voorhand duidelijk waar die vandaan zouden moeten komen.

21. Als een term vaag is moet veelal een beroep worden gedaan op ongeschreven criteria om de door die term aangeduide categorie af te bakenen. Hetzelfde geldt voor graduele, evaluatieve en normatieve termen. Bij de keuze voor die aanvullende criteria zal vaak enigerlei vorm van waardering een rol spelen. Toch is er in dit verband een belangrijk verschil tussen vage en graduele termen enerzijds en evaluatieve en normatieve termen anderzijds. De aanvullende criteria die nodig zijn in geval van vage en graduele termen zullen zelf niet waarderend of normatief zijn, al zal hun keuze op waardering zijn gebaseerd. Bij evaluatieve en normatieve termen zullen de aanvullende criteria zelf waarderingsmaatstaven en gedragsnormen zijn. Hier speelt evaluatie een rol bij zowel de inhoud en de keuze van de criteria.

### **Verwijzingen naar ongeschreven normen en beginselen**

22. De toepassing van regels waarin evaluatieve of normatieve termen voorkomen veronderstelt het gebruik van aanvullende criteria die veelal zullen worden gebaseerd op ongeschreven normen en/of beginselen. Men zou kunnen zeggen dat dergelijke regels impliciet verwijzen naar andere normen. Het komt ook voor dat geschreven rechtsregels expliciet verwijzen naar ongeschreven normen

of beginselen. Zo gebiedt art. 7a:1781 BW de bruiklener voor het geleende te zorgen als een goed huisvader. Daarmee wordt aangegeven dat de normen die een goed huisvader zou hanteren (op vrijwillige basis, mogen we aannemen) ook gelden voor een bruiklener, of deze laatste het nu wil of niet. Vergelijkbaar is het gebod van art. 7a:1638z BW aan werkgevers om zich als een goed werkgever te gedragen. Ook hier vormt het in belangrijke mate ongeschreven karakter van de normen waarnaar wordt verwezen een bron van onzekerheid.<sup>30</sup>

### **Kwalificatie**

23. Het bovenstaande samenvattend kunnen we stellen dat om te bepalen of een regel op een casus moet worden toegepast in de eerste plaats de vraag moet worden beantwoord of de regel toepasselijk is, of - met andere woorden - aan de voorwaarden van de regel is voldaan. We hebben voorgesteld deze vraag te benaderen als een kwalificatie-vraag: Is het mogelijk de casus zo te kwalificeren dat hij voldoet aan de regelvoorwaarden?

Als de casus niet reeds in termen van de regelvoorwaarden is beschreven, zijn aanvullende criteria nodig, die verband leggen tussen een 'brute' beschrijving van de casus en de gekwalificeerde casus die nodig is om de regel toepasselijk te doen zijn. Deze aanvullende criteria kunnen zelf weer bestaan uit geschreven rechtsregels (bijvoorbeeld wettelijke definities), maar ze kunnen ook ongeschreven zijn. In het laatste geval rijst primair de vraag hoe die aanvullende criteria gerechtvaardigd kunnen worden en secundair in welke mate ze nog recht zijn.

### **Analoge regeltoepassing**

24. Soms kan men een rechtsregel die strikt genomen niet toepasselijk is, analoog toepassen. Dit zal mede afhankelijk zijn van het rechtsgebied. Het strafrecht kent immers het uit artikel 1 Sr. afgeleide analogieverbod. Men kan op verschillende wijzen tegen analoge regeltoepassing aankijken.<sup>31</sup> Zo kan men de analogie zien als het toepassen van een abstractere regel dan de oorspronkelijke, maar men kan ook aannemen dat de oorspronkelijke regel wordt toegepast, hoewel hij niet toepasselijk is.

Afhankelijk van hoe men tegen de analogie aankijkt, moeten verschillende vragen worden beantwoord ter rechtvaardiging van de analogie. Als men de redenering ziet als het toepassen van een abstractere regel, dan moet het gebruik van die abstractere regel worden gerechtvaardigd. Als men de mening is toegedaan dat rechtsbeslissingen steeds op het recht dienen te zijn gebaseerd, moet aannemelijk worden gemaakt dat deze abstractere regel rechtsgeldig is. Aangezien de abstractere regel *als*

---

<sup>30</sup> De wet geeft vele regels die gelden voor werkgevers en dus a fortiori voor goede werkgevers, maar de strekking van art. 7a:1638z is juist om daarnaast ongeschreven regels van kracht te doen zijn.

<sup>31</sup> Vgl. J.C. Hage, *Reasoning with Rules. An essay on legal reasoning and its underlying logic*. Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, te verschijnen in 1997, par. III.11.

*zodanig* niet in een rechtsbron te vinden zal zijn, moet worden aangetoond dat het een regel van ongeschreven recht betreft.

25. Als men de redenering naar analogie ziet als het toepassen van een niet-toepasselijke regel, moet worden gerechtvaardigd waarom de regel wordt toegepast. De normale rechtvaardiging van regeltoepassing, namelijk dat de regel toepasselijk is, ontbreekt hier. Er moeten in dit geval dus andere redenen worden aangevoerd waarom de regel dient te worden toegepast. Wat dergelijke redenen zouden kunnen zijn, hangt af van welke ongeschreven (rechts)regels men aanneemt.

### **Uitzonderingen op regels**

26. Uitzonderingen op regels kunnen in twee hoofdcategorieën worden ondergebracht. De eerste categorie, die wij de *oneigenlijke uitzonderingen* zouden willen noemen, bestaat uit negatieve regelvoorwaarden. Zo geeft art. 6:106 lid 1 BW aan onder welke voorwaarden er sprake is van een recht op schadevergoeding. In de aanhef wordt als voorwaarde gesteld dat het nadeel waarvoor recht op schadevergoeding bestaat, geen vermogensschade is. Dat wil zeggen dat als het wel om vermogensschade gaat, art. 6:106 lid 1 BW niet toepasselijk is. Oneigenlijke uitzonderingen betreffen 'gewone' regelvoorwaarden, met dien verstande dat ze negatief geformuleerd zijn. Dat brengt evenwel geen speciale complicaties met zich en er is dan ook geen reden om verder speciale aandacht te besteden aan deze categorie van 'uitzonderingen'.

27. Interessanter is de categorie van *uitzonderingen in strikte zin*. Als we het verder over uitzonderingen hebben, zal het gaan om deze uitzonderingen in strikte zin.

Eén soort uitzondering op een regel doet zich voor als een toepasselijke regel niet wordt toegepast en er geen geschreven regels zijn die aangeven dat er zo'n uitzondering is. In dit verband valt te denken aan toetsing van regels aan ongeschreven grondrechten of (andere) rechtsbeginselen. Een dergelijke toetsing kan tot de conclusie leiden dat de regel *onverbindend* is. Dan is er eigenlijk geen sprake van een uitzondering op de regel, want onverbindende regels bestaan strikt genomen niet. Het gaat dan slechts om een mislukte poging tot regelgeving, waarbij wel wettelijke bepalingen zijn gemaakt, maar waarbij die bepalingen er niet in zijn geslaagd rechtsregels te genereren.<sup>32</sup>

28. Toetsing kan er ook toe leiden dat een regel in zijn algemeenheid wel verbindend is, maar in een concreet geval buiten toepassing dient te blijven, bijvoorbeeld wegens strijd met een fundamenteel rechtsbeginsel. Uit het Harmonisatiewet-arrest viel af te leiden dat de Hoge Raad bereid is tot

---

<sup>32</sup> Het is denkbaar dat 'rechtsgevolgen' van de onverbindende regel ter wille van de rechtszekerheid in bepaalde gevallen toch intreden. Die rechtsgevolgen worden dan niet ontleend aan de onverbindende regel, maar bijvoorbeeld aan het rechtszekerheidsbeginsel dat aan het feit van de onverbindende regelgeving rechtsgevolgen verbindt.

rechtstreekse toetsing van lagere regelgeving aan algemene rechtsbeginselen.<sup>33</sup> De Hoge Raad ging hiertoe de facto over in het arrest Legesverordening Beerta.<sup>34</sup>

29. Als een partij in een juridisch geding een beroep op de regel wil doen, hoeft hij in beginsel niet aannemelijk te maken dat zich geen uitzondering op de regel voordoet. In het algemeen moet de eisende partij aannemelijk maken dat aan de voorwaarden van de regel is voldaan, en moet de verdedigende partij de uitzondering aannemelijk maken.<sup>35</sup> Daarnaast kan het soms ook ambtshalve door rechter gebeuren. Het onderscheid tussen de voorwaarden van de regel en de gronden om een uitzondering te maken uit zich ondermeer in de verdeling van de bewijslast.<sup>36</sup>

Dit geldt ook voor expliciet genoemde uitzonderingen. In art. 6:162 lid 2 BW wordt aangegeven wanneer er sprake is van een onrechtmatige daad. Daarbij wordt ook vermeld dat er geen sprake is van een onrechtmatige daad indien er sprake is van een rechtvaardigingsgrond. De aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond is een geschreven uitzondering op de regel van art. 6:162 lid 2 BW. De eisende partij moet aannemelijk maken dat er bijvoorbeeld sprake was van handelen in strijd met een wettelijke plicht, maar hoeft in beginsel niet te bewijzen dat er geen sprake is van een rechtvaardigingsgrond. In dit opzicht verschilt een geschreven uitzondering in strikte zin van een oneigenlijke uitzondering, want de eisende partij moet wel bewijzen dat zich geen oneigenlijke uitzondering voordoet.

30. Uitzonderingen op rechtsregels op zich leiden niet altijd tot onduidelijkheid over de vraag of een regel moet worden toegepast. Dat ze toch regelmatig tot een dergelijke onduidelijkheid aanleiding geven, is te wijten aan twee factoren. Ten eerste berusten uitzonderingen vaak op regels van ongeschreven recht, waarvan de inhoud voor discussie vatbaar is. De problemen rond de inhoud van het ongeschreven recht spelen dus niet alleen als de oplossing van een casus aan het ongeschreven recht dient te worden ontleend, maar ook als regels van geschreven recht op grond van ongeschreven recht buiten toepassing worden gelaten.

De tweede factor die aanleiding geeft tot onduidelijkheid met betrekking tot de toepassing van een regel is dat uitzonderingen vaak berusten op normatieve of evaluatieve oordelen die op hun beurt vaak niet op het positieve recht kunnen worden gebaseerd. Het reeds eerder genoemde art. 6:162 lid 2 BW illustreert dit door een uitzondering op de gewone criteria voor onrechtmatigheid afhankelijk te maken van het normatieve oordeel dat de betreffende gedraging rechtmatig was. In dergelijke geval-

---

<sup>33</sup> HR 14 april 1989; NJ 1989, 469 (Harmonisatiewet-arrest)

<sup>34</sup> HR 7 oktober 1992; NJ 1994, 44 (Legesverordening Beerta)

<sup>35</sup> We nemen gemakshalve aan dat het de eisende partij is die de regel toegepast wil zien.

<sup>36</sup> Vgl. G. Sartor, *The Structure of Norm Conditions and Nonmonotonic Reasoning in Law*, *Proc. of the Third International Conference on Artificial Intelligence and Law*, ACM Press 1991, blz. 155-164.

len speelt de problematiek rond normatieve en evaluatieve termen niet alleen bij gewone regelvoorwaarden, maar ook bij uitzonderingen.

### **Voorlopige samenvatting**

31. Het bovenstaande samenvattend kunnen we constateren dat er twee momenten zijn waarop discussie kan ontstaan over de toepassing van een rechtsregel op een concreet geval. Om te beginnen is er de vraag of de regel toepasselijk is, dat wil zeggen, of aan de voorwaarden van de regel is voldaan. Er van uitgaande dat de voorwaarden van de regel zelf bekend zijn, kunnen er bij de kwalificatie van de casus problemen ontstaan doordat termen in de regelvoorwaarden vaag, gradueel, normatief of evaluatief zijn. In alle vier deze gevallen zijn aanvullende criteria die soms wel, maar meestal niet aan het geschreven recht kunnen worden ontleend. Is het laatste het geval, dan zal een beroep moeten worden gedaan op ongeschreven recht, of op niet-juridische criteria.

Als een regel niet toepasselijk is, is in theorie nog een analogie-redenering mogelijk. Deze kan op verschillende wijzen worden geconstrueerd, maar steeds zal een beroep op ongeschreven (rechts-)normen nodig zijn.

Als een regel toepasselijk is, zal hij normaal gesproken ook worden toegepast, maar het is denkbaar dat een uitzondering wordt gemaakt. De gronden om een uitzondering te maken kunnen soms aan het geschreven recht worden ontleend. Daarbij doen zich mogelijk de bovengenoemde complicaties rond de toepasselijkheid van uitzonderingen gevoelen. Vaak echter moeten de gronden om een uitzondering te maken aan ongeschreven (rechts-)normen worden ontleend.

32. Uit dit korte overzicht blijkt dat de problematiek rond de toepassing van rechtsregels direct, of via een - soms lange - omweg, steeds terug valt te voeren op de noodzaak een beroep te doen op niet geschreven (rechts-)normen. De aard van die normen is verschillend al naar gelang de aard van de complicatie, maar hetgeen de situatie problematisch maakt is niet zozeer de aard van de ongeschreven normen die moeten worden ingeroepen, alswel het feit dat er geen harde maatstaven bestaan voor het kiezen van die normen.

De onderscheidingen die we hierboven hebben gemaakt geven een handvat om vast te stellen wat voor soort aanvullende norm gezocht moet worden, maar bieden geen hulp bij de rechtvaardiging van die normen. Welke aanvullende ongeschreven normen aanvaardbaar zijn en welke niet is voorwerp van inhoudelijke (meta-)juridische discussie. Veel rechtsvindingsliteratuur laat zich lezen als een bijdrage aan die discussie.

Enerzijds om te laten zien hoe bovengemaakte analytische onderscheidingen inzicht kunnen geven in de problematiek rond de toepassing van rechtsregels en anderzijds om te laten zien hoe dit analytisch instrumentarium en inhoudelijke (meta)juridische discussie elkaar aanvullen, zullen we ter af-

sluiting van dit artikel kort ingaan op de recentelijk door Vranken voorgestelde typologie van moeilijke(r) gevallen.

### **Moeilijke(r) gevallen**

33. In navolging van Drion onderscheidt Vranken tussen eenvoudige en moeilijke(r) gevallen.<sup>37</sup> Vranken onderscheidt vijf categorieën van gevallen die moeilijker zijn, waarbij geldt dat een concrete casus onder meer dan één categorie kan vallen.

De eerste categorie die door Vranken wordt onderscheiden betreft 'situaties waarin de toepasselijke norm in beginsel gegeven is, op zichzelf ook niet omstreden is, maar alleen in de omstandigheden van het individuele geval niet (zonder meer) past.' Deze omschrijving zou iets duidelijker kunnen en Vranken geeft een begin van zo'n verduidelijking als hij schrijft dat de rechter moet bezien of hij door extensieve of restrictieve interpretatie van de norm, of door een uitzondering te maken en de norm niet toe te passen, op het niet-passende karakter van de norm kan inspelen.

Uit de door Vranken voorgestelde remedie maken we op dat het gaat om een regel die niet toepasselijk lijkt waar toepassing wel gewenst zou zijn, of die toepasselijk lijkt waar toepassing ongewenst is. Het gaat om gevallen waarin, blijkbaar (deels) buiten de norm om, wordt vastgesteld wat de wenselijke oplossing zou zijn, en waarbij de norm zodanig moet worden geconstrueerd dat die wenselijke oplossing juridisch ook haalbaar wordt. Zoals Vranken ook aangeeft zal een dergelijke constructie juridisch niet altijd mogelijk of wenselijk zijn, bijvoorbeeld omdat het om dwingendrechtelijke normen gaat.

In situaties die tot Vranken's eerste categorie behoren moet een aantal vragen aan de orde komen. Ten eerste rijst de vraag op grond van welke criteria wordt vastgesteld wat een wenselijke oplossing van de casus is, als deze criteria niet (enkel) worden ontleend aan de toe te passen norm. Gaat het hier om rechtsbeginselen, en zo ja, enkel om die welke aan de betreffende norm ten grondslag liggen, of ook andere. Zo nee, welke maatstaven mogen verder nog worden gehanteerd om juridisch wenselijke oplossingen vast te stellen?

Als de wenselijke oplossing voorlopig is vastgesteld (voorlopig, want hij moet juridisch haalbaar zijn), zijn er bij een gegeven norm drie mogelijkheden. Ten eerste kan de norm zondermeer toepasselijk zijn en tot het gewenste rechtsgevolg leiden. Dan is er sprake van een eenvoudige casus. Ten tweede kan het wenselijk zijn dat de norm wordt toegepast, maar lijkt de norm op het eerste gezicht niet toepasselijk omdat aan één of meer voorwaarden niet is voldaan.

De voorwaarde waaraan niet is voldaan (we nemen gemakshalve aan dat het probleem slechts in één voorwaarde zit) kan in theorie een gewone beschrijvende term bevatten, zoals bijvoorbeeld 'mo-

---

<sup>37</sup> Asser-Vranken 88 e.v.

torrijtuig', een graduele term, een normatieve term, of een evaluatieve term (die ook altijd gradueel is). De laatste twee theoretische mogelijkheden zullen in praktijk niet vaak voorkomen, omdat de redenen waarom het wenselijk is de regel toe te passen ook redenen zullen zijn waarom een evaluatieve of een normatieve term van toepassing zijn. Als we het bijvoorbeeld wenselijk vinden om de regel van art. 6:162 BW toe te passen, zullen we in het algemeen van mening zijn dat er sprake is van onrechtmatig gedrag.

Meestal zal een schijnbare discrepantie tussen de toepasselijkheid van een norm en de wenselijkheid die norm toe te passen dus het gevolg zijn van niet-toepasselijk lijkende descriptieve of graduele termen. Indien een norm niet toepasselijk lijkt maar toepassing gewenst is kan dit probleem eventueel op twee manieren worden verholpen. De eerste mogelijkheid is door een extensieve interpretatie van de betreffende term, waardoor de norm toch toepasselijk wordt. Een andere oplossing is om toe te geven dat de norm niet toepasselijk is. Dan kan gekozen worden voor het analoog toepassen van de norm. In beide gevallen is aanvullende argumentatie nodig waarom wordt gekozen voor een extensieve interpretatie, dan wel de analoge toepassing.

In het omgekeerde geval, dat een norm toepasselijk lijkt, maar toepassing ongewenst is, zijn de mogelijke oplossingen dat de norm restrictief wordt uitgelegd, waardoor de norm niet meer toepasselijk is, of dat een uitzondering wordt gemaakt, zodat de norm - hoewel toepasselijk - toch niet wordt toegepast. Verder is de situatie geheel analoog aan die waarin het wenselijk is een niet-toepasselijk lijkende norm toch toe te passen.

34. De tweede categorie moeilijke(r) gevallen die Vranken onderscheidt bestaat uit situaties 'waarin als gevolg van veranderde of veranderende maatschappelijke opvattingen de gangbare interpretatie van de norm achterhaald of betwist wordt'.

Naar onze mening is deze tweede categorie een speciaal geval van de eerstgenoemde categorie. Er zijn vele redenen denkbaar waarom het wenselijk geacht kan worden dat een niet-toepasselijke norm wordt toegepast, of waarom een toepasselijke norm niet wordt toegepast. Veranderende maatschappelijke opvattingen vormen één van die vele redenen.

Als door veranderende opvattingen de gangbare interpretatie van een norm wordt betwist, wil dat niet anders zeggen dat een norm die bij de vroegere opvattingen passend was, nu niet meer passend wordt geacht. Onder de vroegere opvattingen was er een interpretatie van de norm gekozen die maakte dat de norm toepasselijk was als toepassing wenselijk werd geacht en niet toepasselijk als toepassing ongewenst leek. De veranderende opvattingen maken dat anders wordt gedacht over de wenselijkheid van het toepassen van de norm. De toepasselijkheidscriteria zijn vooralsnog onveranderd gebleven en nu ontstaat er een spanning die er vroeger niet was.

De vragen die in dit verband rijzen en de mogelijke oplossingen voor de problematiek zijn hierboven reeds aan de orde geweest en we verwijzen dan ook daarnaar terug. In aanvulling daarop willen

we nog opmerken dat de reden waarom er een discrepantie bestaat tussen de toepasselijkheid van een rechtsnorm en de wenselijkheid van toepassing, van belang kan zijn voor de vraag of de discrepantie dient te worden verholpen en de wijze waarop dat dient te gebeuren.

35. De derde door Vranken genoemde categorie betreft gevallen 'waarin de norm is aangetast door ontwikkelingen op andere, samenhangende terreinen van het recht'. Ook voor deze categorie geldt dat het een speciaal geval is van de eerste categorie; ook ontwikkelingen op andere, samenhangende terreinen van het recht kunnen reden zijn waarom er een discrepantie ontstaat tussen de toepasselijkheid van een rechtsnorm en de wenselijkheid van toepassing.

36. De vierde categorie wordt gevormd door zogenaamde 'a-typische situaties'. Vranken geeft als voorbeeld het geval van een koper van een onroerend goed die voordat het goed is overgedragen en de hypotheek gevestigd is, het goed reeds heeft verhuurd. Werkt het huurbeding (volgens het oude BW) ook tegen deze huurder? Normaal is de situatie waarin een goed pas wordt verhuurd nadat het in eigendom is verkregen. Een hypotheekakte met huurbeding die tegelijk met de overdrachtsakte wordt ingeschreven werkt dan ook tegen de huurders. De situatie waarin de huurovereenkomst is aangegaan voordat het verhuurde in eigendom werd verworven is dan ook uitzonderlijk. Hoe moet met dergelijke uitzonderingen worden omgegaan?

Deze vierde categorie is een mooie illustratie van het verschijnsel 'open texture'. De bestaande regel voldoet goed voor de gangbare gevallen en zolang zich geen a-typische gevallen voordoen is de regel ook niet vaag. Het optreden van a-typische gevallen maakt de regel plotseling vaag (in enge zin). De oplossing van dergelijke problemen is de normale oplossing in geval van vaagheid, namelijk het maken van aanvullende toepasselijkheidscriteria van de norm. De motivering van de wijze waarop die aanvulling plaatsvindt, zal beroep moeten doen op ongeschreven normen.

De vierde categorie onderscheidt zich van de eerste tot en met de derde categorie doordat zich geen spanning voordoet tussen het schijnbaar duidelijke toepasselijkheidsbereik van de regel en het wenselijkheidsoordeel omtrent de toepassing van de regel. De kern van de problematiek is hier juist dat het toepasselijkheidsbereik van de regel niet duidelijk is en dat dit aangescherpt moet worden, mogelijk op grond van het wenselijkheidsoordeel omtrent de toepassing.

37. Tot de vijfde categorie, rekent Vranken gevallen waarin het onduidelijk is of een ingeroepen norm tot het rechtssysteem behoort, of waarin een toepasselijke norm ontbreekt. We zullen onze bespreking met het laatste geval beginnen. Als een toepasselijke norm ontbreekt, is er naar onze mening geen enkel probleem. Het recht verbindt dan geen rechtsgevolg aan de betreffende casus. Elke vordering die niet op een geldende rechtsnorm is gebaseerd dient te worden afgewezen.

Dit standpunt is minder legistisch dan het misschien lijkt, omdat het recht naar onze mening voor een belangrijk deel ongeschreven is. Leerstukken als die van de onrechtmatige daad en de wanprestatie in het privaatrecht, van de beginselen van behoorlijk bestuur in het administratief recht en van de

strafuitsluitingsgronden in het strafrecht zijn nauwelijks meer dan verwijzingen naar ongeschreven recht. Weliswaar wordt dit ongeschreven recht door de jurisprudentie ingevuld, zodat de onzekerheid binnen werkbare grenzen blijft, maar dat doet er niet aan af dat het gaat om recht dat enkel naar aanleiding (ter invulling) van, en niet door regelgeving is ontstaan.<sup>38</sup>

De voorlopige conclusie dat het recht een leemte bevat leidt slechts tot problemen als men de mening is toegedaan dat het onwenselijk is dat het recht aan een bepaald soort casus geen rechtsgevolgen verbindt en dan nog met name indien men bereid is daaraan consequenties in de vorm van ongeschreven recht te verbinden. Naar onze mening zijn de gevallen waarin onzekerheid bestaat omdat het recht geen relevante norm bevat daarom eigenlijk gevallen waarin onduidelijk is of een bepaalde ongeschreven norm deel uitmaakt van het rechtssysteem. De door Vranken onderscheiden subcategorieën vallen dus samen, want het gaat in beide gevallen om onzekerheid over ongeschreven (rechts)normen.

De door Vranken onderscheiden vijfde categorie is eigenlijk de bron van alle rechtsvindingsproblemen. Want ook als er een discrepantie bestaat tussen de schijnbare toepasselijkheid van een regel en de wenselijkheid van toepassing (de categorieën één tot en met drie) en als er twijfel bestaat omtrent de grenzen van de toepasselijkheid van een regel (categorie vier) zijn er slechts problemen als er onduidelijkheid is over ongeschreven recht. Immers, ook in de eerste vier door Vranken genoemde gevallen moeten er knopen worden doorgehakt op basis van ongeschreven criteria. Als die criteria boven alle twijfel verheven zijn, zal het niet moeilijk zijn om de knopen door te hakken. Pas als onduidelijk is welke criteria dienen te worden toegepast, of hoe ze - bij conflict - juridisch dienen te worden afgewogen, is er een probleem.

## Tot slot

38. Het blijkt dat alle rechtsvindingsproblematiek direct of indirect berust op de vraag wat als geldend recht dient te worden aanvaard. Op die vraag is geen eenvoudig antwoord te geven en er is alle reden om aan te nemen dat het antwoord mede afhankelijk is van de context waarbinnen de vraag speelt. Gaat het om de toepasselijkheidsgrenzen van beschrijvende of graduele termen? Is het een kwestie van invulling van normatieve of evaluatieve termen? Is er een discrepantie tussen wat rechtens het geval lijkt te zijn en wat (rechtens?) wenselijk wordt geacht? Dit zijn factoren die - naast vele andere - bepalend kunnen zijn voor wat we als recht willen aanvaarden. Toch biedt het kader, zoals we in paragraaf 16, 23 en 32 hebben laten zien, wel aanknopingspunten voor de beantwoording van

---

<sup>38</sup> De wettelijke invulling van bijvoorbeeld de onrechtmatigheidscriteria in art. 6:162 lid 2 BW en van de strafuitsluitingsgronden in de artikelen 39 e.v. Sr. verandert daar weinig aan, omdat deze invullingen zelf weer naar ongeschreven recht verwijzen. Wanneer is iets een inbreuk op een recht (in plaats van een aantasting die binnen de grenzen van de rechtmatigheid blijft)? Wanneer is een feit geboden door de noodzakelijke verdediging? Wanneer is aan de eisen van proportionaliteit en accessoriteit voldaan?

die vraag door duidelijk te maken welke vragen precies moeten worden beantwoord en welke antwoorden rechtvaardiging behoeven.