

RECHTvaardiging

Jaap Hage
Rijksuniversiteit Limburg
Vakgroep Metajuridica

INLEIDING

Haast iedere Nederlandse jurist kent wel het Lindenbaum / Cohen-arrest. Cohen had een bediende van de drukker Lindenbaum door giften en beloften overgehaald hem - Cohen - inlichtingen te verstrekken over wat er bij Lindenbaum gebeurde. Onder andere ging het om het doorbrieven van gedane offertes en van de namen van klanten die bestellingen deden, of om prijsopgaven vroegen. De vraag die in het arrest centraal stond was of het gedrag van Cohen onrechtmatig was in de zin van het toenmalige artikel 1401 BW. Die vraag was met name dringend, omdat het gedrag van Cohen waarschijnlijk niet in strijd was met een wettelijke plicht en omdat het tot dan toe heersende leer was dat het onrechtmatigheidsbegrip van art. 1401 BW zich niet uitstreckte tot gedrag dat weliswaar onbehoorlijk was, maar niet in strijd met de wet.

Het is bekend dat de Hoge Raad zijn uitspraak in de zaak tussen Lindenbaum en Cohen heeft aangegrepen om het onrechtmatigheidsbegrip van art. 1401 BW flink uit te breiden, door daar ook handelen of nalaten in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid onder te laten vallen. Achteraf bezien lijkt de beslissing van de Hoge Raad haast vanzelfsprekend, maar toen moet het wel geweest zijn alsof de Hoge Raad een discretionaire bevoegdheid uitoefende. Hij kon het bij het oude laten, met een relatief eng onrechtmatigheidsbegrip, maar hij kon ook - zoals in feite gebeurde - het onrechtmatigheidsbegrip uitbreiden. Het toen geldende recht dwong de Hoge Raad, zo lijkt het, noch tot het één, noch tot het ander.

Die schijnbare discretionaire bevoegdheid van de Hoge Raad roept de vraag op hoe de beslissing van de Hoge Raad gerechtvaardigd kan worden. Normaliter berust de rechtvaardiging van een rechtsbeslissing erop dat de beslissing op het recht is gebaseerd. Degene die de beslissing neemt, een uitvoerend ambtenaar of een rechter, is aan het recht gebonden en het is die gebondenheid die de beslissing inhoudelijk rechtvaardigt. Het is als het ware niet de mens die de beslissing neemt, maar het recht. De menselijke beslisser is, om een klassieke beeldspraak te gebruiken, slechts de mond van het recht. Weliswaar is deze visie op juridische besluitvorming achterhaald, omdat alom erkend wordt dat juridische besluitvorming creatieve inbreng van de beslisser vergt, maar dat laat onverlet dat de klassieke rechtvaardiging van de inhoud van die besluiten nog steeds van dit achterhaalde model uitgaat. Een rechtsbeslissing wordt inhoudelijk gerechtvaardigd doordat de inhoud van die beslissing door het recht bepaald wordt. Maar hoe zit het dan als een beslissing inhoudelijk niet door het geldende recht bepaald wordt? Dat is de vraag die we naar aanleiding van het Lindenbaum / Cohen-arrest (en vele andere rechtsbeslissingen) kunnen stellen.

De gebondenheid aan het recht

Juridische beslissers mogen niet naar willekeur beslissen en door hun gebondenheid aan het recht wordt die willekeur ingeperkt. In de terminologie van Wiarda¹ vormt de gebondenheid aan het recht de heteronome factor in de rechtsvinding. Die gebondenheid roept evenwel enkele vragen op: Bestaat er zoiets als het recht in een concreet geval en zo ja, hoe kunnen we dat dan kennen? Deze vragen lijken misschien erg theoretisch, maar dat wordt anders als we een concreet geval bekijken. Stel, Mirjam heeft een overeenkomst gesloten met Peter, waarbij Peter zich verplicht heeft om Mirjam duizend gulden te betalen. We zouden op het eerste gezicht zeggen dat Mirjam nu een recht heeft op duizend gulden.

1. G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, 3e druk, Zwolle 1988.

Maar wat is er nu *in de werkelijkheid* dat correspondeert met dat recht van Mirjam? Bestaat er een recht, net zoals tafels en stoelen bestaan, onafhankelijk van wat wij mensen daarover denken? Dat is in het kort de ontologische vraag. En de kentheoretische vraag luidt: Hoe we kunnen *weten* dat Mirjam dat recht heeft, nu het onduidelijk is wat er in de werkelijkheid met dat zogenaamde recht correspondeert. De kentheoretische vraag is een andere dan de ontologische. De laatste gaat namelijk over wat er is, terwijl de eerste gaat over wat we weten. Het lijkt dat de kentheoretische vraag pas zinvol wordt, als de ontologische vraag positief wordt beantwoord: Slechts als er iets is, kunnen we daar kennis van hebben. Als het recht van Mirjam slechts een hersenschim is, kunnen we ook niet weten dat Mirjam een recht heeft. Dat zou immers net zoiets zijn als weten dat de Verschrikkelijke Sneeuwman platvoeten heeft.

De ontologische en de kentheoretische vraag zijn direct relevant voor de juridische praktijk.² Stel dat Mirjam een rechtsvordering tegen Peter instelt, teneinde de duizend gulden te krijgen. Als de rechter daarover een beslissing neemt, zal hij de vordering toewijzen omdat Mirjam daar recht op heeft. Dat wil zeggen dat Mirjam het recht geacht wordt reeds te hebben voordat de rechter een beslissing neemt. Het rechterlijk vonnis versterkt haar positie weliswaar, omdat ze nu de mogelijkheid heeft om bepaalde executie-maatregelen in gang te zetten, maar voor het enkele recht is de beslissing van de rechter niet van belang. Met andere woorden, het rechterlijk oordeel ten aanzien van het bestaan van de vordering wordt geacht declaratoir, niet constitutief te zijn.

Bij het geven van zijn beslissing wordt de rechter bovendien geacht zich aan het recht te houden. Dat wil zeggen dat de rechter de vordering van Mirjam moet toewijzen *omdat* ze een in casu recht op duizend gulden heeft. Met andere woorden, de gebondenheid van de rechter aan het recht lijkt een positief antwoord op de ontologische vraag te veronderstellen. Het recht van Mirjam bestaat echt en daarom moet de rechter Peter tot betaling veroordelen.

Dat is evenwel niet alles: Om zich aan het recht in casu te kunnen houden, moet het voor de rechter mogelijk zijn vast te stellen wat dat recht inhoudt. Dat wil zeggen dat het recht niet alleen vast dient te liggen voordat de rechter erover beslist, maar dat de rechter de mogelijkheid moet hebben om kennis te verwerven over het reeds bestaande recht. Met andere woorden, de kentheoretische vraag dient ook positief beantwoord te worden.

Hoe zit het met het reeds bestaan van rechten en plichten en met de kenbaarheid daarvan, indien de rechter soms een discretionaire bevoegdheid lijkt te hebben? Schept de rechter in dergelijke gevallen rechten door zijn beslissing? En zo ja, in welke gevallen doet hij dat? Kan de rechter weten in welke gevallen hij aan het recht gebonden is omdat er recht is, en in welke gevallen hij bij gebrek aan recht een discretionaire bevoegdheid moet uitoefenen?

Kennis van het recht

Eén ding lijkt zeker, namelijk dat kennis van het recht, als het recht er al is, op een andere wijze wordt verkregen dan kennis omtrent de fysische werkelijkheid. Laten we, om mogelijke misverstanden te voorkomen, eerst een terminologisch onderscheid invoeren. Aan de ene kant hebben we recht in de zin van rechtsregels, rechtsbeginselen en juridisch erkende doeleinden en waarden. Dit *recht in abstracto* bestaat als een deel van de sociale werkelijkheid en is onafhankelijk van de concrete casus waarop het eventueel kan worden toegepast.³

Tegenover het recht in abstracto staat het recht in concreto, of - beter nog - *het recht in casu*. Dit recht bestaat uit de rechtsgevolgen die door het recht in abstracto worden verbonden aan de feiten van een bepaalde casus. De ontologische en de kentheoretische vragen die hierboven werden geformuleerd hebben beide betrekking op het recht *in casu*. Om te weten of hij de vordering van Mirjam tegen Peter moet toewijzen, dient de rechter primair te weten of Mirjam in casu recht heeft op duizend gulden. Hij is slechts in de tweede plaats geïnteresseerd in de regel die zegt dat partijen contracten moeten nakomen. De vraag is nu of er rechtsgevolgen in

2. Het belang van de ontologische vraag is één van de centrale thema's van R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Londen 1978.

3. Dat wil overigens niet zeggen dat dit recht onafhankelijk is van casus in het algemeen. Rechtspraak is een belangrijke bron van het recht in abstracto.

concrete gevallen (zoals bijvoorbeeld subjectieve rechten) bestaan en of die voor mensen kenbaar zijn.

Kennis van de fysische werkelijkheid wordt voor een belangrijk deel empirisch verkregen, dat wil zeggen door waarneming. Daarbij draagt hetgeen waarover we kennis verkrijgen fysiek bij aan de kennis. Bijvoorbeeld, ik weet dat er een boom voor mij staat, omdat de boom het licht dat erop valt weerkaatst en het weerkaatste licht op mijn netvlies valt. De boom maakt zelf dat ik hem zie. Het 'object' van mijn kennis (datgene waarover ik iets weet) bestaat onafhankelijk van mijn kennis en draagt zelfs aan mijn kennis bij.

Recht in casu kan niet bijdragen aan mijn kennis van dat recht. Als ik wil weten of Mirjam een vordering op Peter heeft, kan ik dat niet met behulp van enig zintuig voor het bestaan van recht in casu vaststellen. Ik bepaal of er sprake is van zo'n recht door rechtsregels (dwz. *recht in abstracto*) toe te passen op feiten die wel voor zintuiglijke waarneming vatbaar zijn. Deze rechtsregels hebben aldus twee functies. In de eerste plaats *maken* ze dat Mirjam een recht heeft. In zoverre zijn ze constitutief, hebben ze een *ontologische functie*. In de tweede plaats maken ze het me mogelijk om *vast te stellen* dat Mirjam dat recht heeft. In zoverre hebben ze een *kentheoretische functie*.

Deze twee functies vallen samen in die zin dat de enige wijze om vast te stellen of er inderdaad een recht is ontstaan, bestaat uit het toepassen van de regels die het recht, als het er is, hebben doen ontstaan. De rechtswerkelijkheid bestaat als het ware dankzij ons vermogen om daar kennis van te nemen. Het object van rechtskennis, het recht in casu, bestaat niet onafhankelijk van de kennis die we daaromtrent hebben.

Dat is één van de redenen waarom rechtvaardiging van rechtsbeslissingen zo'n hekel onderwerp is. Bij kennis van de fysische werkelijkheid kunnen we steeds de vraag stellen of onze kennis wel juist is. Correspondeert hetgeen we denken wel met de werkelijkheid? Staat er echt een boom voor me, of denk ik dat alleen maar? Bij het recht in casu is dit onderscheid tussen kennis en werkelijkheid moeilijker te maken. Wat moeten we verstaan onder het recht in casu, als het niet gaat om de uitkomst van onze redenering over wat het recht zal zijn?

Blijkbaar kan de gebondenheid aan het recht bij het geven van rechtsbeslissingen niet inhouden dat degene die de beslissing neemt, gebonden is aan het *recht in casu*. Immers, hij zal eerst moeten beslissen wat het recht in casu inhoudt om te weten waaraan hij gebonden is. De gebondenheid aan het recht moet dus wel inhouden dat de juridische beslisser gebonden is aan het recht in abstracto.

Probleemstelling

Laten we gemakshalve aannemen dat het onproblematisch is om dat recht in abstracto vast te stellen. Dat kan bijvoorbeeld door de wet en jurisprudentie te lezen, of door rechtsgeleerde handboeken te raadplegen. Weten we daarmee dan ook wat het recht in casu inhoudt? Het antwoord op deze laatste vraag luidt voor de meeste gevallen bevestigend. In alle zogenaamde 'eenvoudige' gevallen kan het recht in casu worden vastgesteld door de relevante rechtsregels eenvoudigweg toe te passen op de feiten. Als ik zonder speciale reden mijn auto parkeer op een plaats (en tijd) waar een parkeerverbod geldt, ben ik strafbaar; dat is eenvoudig.

Deze eenvoudige gevallen zijn juridisch gezien echter niet de meest interessante. Juristen hebben het veelal over de zogenaamde 'moeilijke gevallen'. Het zijn juist deze moeilijke gevallen waarin het niet direct duidelijk is wat het recht in abstracto te betekenen heeft voor het recht in casu. Wat wil het in dergelijke gevallen zeggen dat een juridische beslisser gebonden is aan het recht? Is er wel voldoende recht waaraan de beslisser gebonden is, zodat de rechtsbeslissing heteronoom kan zijn? En zo nee, zijn er dan andere factoren die de autonomie van de beslisser inperken?

Het is met name deze laatste vraag waar we het in deze bijdrage over zullen hebben. We zullen onderzoeken hoe hij wordt beantwoord door vooraanstaande rechtstheoretici als Neil MacCormick, Robert Alexy, Aulis Aarnio en Aleksander Peczenik. Het streven daarbij is niet om het werk

van deze rechtstheoretici systematisch te bespreken⁴, maar veeleer om aan te geven hoe ze ieder vanuit hun eigen invalshoek een bijdrage hebben geleverd aan de problematiek van het rechtvaardigen van rechtsbeslissingen. Daarbij geldt dat deze auteurs het in grote lijnen met elkaar eens zijn, hetgeen ook blijkt uit gemeenschappelijke publikaties.⁵ Het accent ligt dan ook meer op de traditie welke deze auteurs vertegenwoordigen, dan op het tegen elkaar afzetten van de details waarover hun meningen verschillen.

Het zal blijken dat deductieve logica in die traditie een weliswaar kleine, maar niet onbelangrijke rol speelt. Vandaar dat we aan het eind van deze bijdrage nog enige aandacht besteden aan moderne inzichten over de rol van deductieve logica bij juridisch redeneren.

MACCORMICK'S THEORIE OVER RECHTVAARDIGING

MacCormick's boek *Legal Reasoning and Legal Theory* heeft de rechtvaardiging van rechterlijke beslissingen door middel van argumentatie als centrale thema.⁶ MacCormick's uitgangspunt in dit verband is de rechtvaardiging van een beslissing door middel van een deductieve redenering.

Een voorbeeld van deductieve rechtvaardiging

MacCormick laat aan de hand van een voorbeeld zien dat het in ieder geval soms mogelijk is rechtsbeslissingen door middel van een deductieve redenering te rechtvaardigen. Het door MacCormick gekozen voorbeeld is het geval van *Daniels and Daniels v. R. White & Sons and Tarbard*.⁷

Eenvoudigheidshalve wordt hier gekozen voor een verzonnen voorbeeld naar Nederlands recht: Bij het achteruit parkeren rijdt De Vries tegen de auto van Janssen op. Daarbij wordt de auto van Janssen beschadigd. De (eenvoudige) rechtsvraag is of De Vries de schade aan de auto van Janssen dient te vergoeden.

De relevante rechtsregel is te vinden in art. 6:162 lid 1 BW:

Hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend, is verplicht de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden.

Deze regel kan worden gelezen als een ingewikkelde als...dan-zin. Als iemand jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt en als de onrechtmatige daad aan deze persoon kan worden toegerekend en als die ander tengevolge van de onrechtmatige daad schade lijdt, dan is deze persoon verplicht de ander die schade te vergoeden. Indien voldaan is aan de voorwaarden uit het als-gedeelte van deze zin, kan het dan-gedeelte deductief worden afgeleid uit de als...dan-zin en de feiten die aan de voorwaarden van deze zin voldoen, aldus MacCormick.

Intermezzo: deductie⁸

Omdat deductie een belangrijke rol speelt in verschillende onderdelen van deze bijdrage, zullen we kort ingaan op wat deductie precies is. Eigenlijk is het beter niet te spreken van deductieve redeneringen, maar van redeneringen die naar deductieve maatstaven geldig zijn. Deductieve

4. Een systematische bespreking vanuit een argumentatie-theoretisch perspectief is te vinden in E.T. Feteris, *Redelijkheid in juridische argumentatie*, Zwolle 1994.
5. Het meest illustratief voor de gedeelde opvattingen is het gemeenschappelijke artikel van Aarnio, Alexy en Peczenik: A. Aarnio, R. Alexy en A. Peczenik, *The Foundation of Legal Reasoning*, *Rechtstheorie* 21 (1981), blz. 133-158, 257-279 en 423-448.
6. D.N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford 1978.
7. 4 All E.R. 258
8. Dit intermezzo is relatief technisch. Het is mogelijk om het grootste deel van de tekst te volgen zonder dit intermezzo te hebben gelezen.

geldigheid, wat moet daaronder worden verstaan?

Die vraag kan op twee wijzen worden beantwoord. Het eerste antwoord is dat een redenering deductief geldig is, indien het onmogelijk is dat de uitgangspunten (premissen) van de redenering waar zijn en dat de conclusie desondanks onwaar is. Met andere woorden, bij een deductief geldige redenering garandeert de waarheid van de premissen de waarheid van de conclusie. Neem bijvoorbeeld de volgende deductief geldige redenering:

Alle honden zijn dieren.
Fido is een hond.
Dus: Fido is een dier.

Als de beide eerste zinnen van deze redenering (de premissen) waar zijn, kan het niet anders dan dat de conclusie ook waar is.

Dat wil niet zeggen dat de conclusie van een deductief geldige redenering altijd waar is. Het kan bijvoorbeeld zo zijn dat Fido een pluche hond is en dus geen echt dier. Maar in dat geval moeten we òf aannemen dat niet alle honden dieren zijn (pluche honden bijvoorbeeld niet) òf dat Fido geen echte hond is (namelijk een pluche 'hond'). Met andere woorden als een deductief geldige redenering een onware conclusie heeft, moet tenminste één van de premissen ook onwaar zijn.

De andere wijze waarop de vraag naar deductieve geldigheid kan worden beantwoord is aan de hand van geldige afleidregels. Deductief geldige redeneringen hebben altijd één van een beperkt aantal '*vormen*'. Voorbeelden van dergelijke vormen zijn:

Alle A's zijn B's.
x is een A.
Dus: x is een B.

en

Als A dan B.
A
Dus: B

Deze twee geldige vormen lijken veel op elkaar. Zoveel zelfs, dat ze onder een gemeenschappelijke noemer worden gebracht. Het zijn beide redeneringen van de vorm *Modus Ponens*. Als de eerste zin van zo'n Modus Ponens-redenering een rechtsregel is, spreken juristen wel van een *juridisch syllogisme*. In de rest van deze bijdrage zijn enkel redeneringen van de vorm Modus Ponens van belang.

Zoals gezegd, alle deductief geldige redeneringen hebben een bepaalde vorm. Met elk van die vormen correspondeert een zogenaamde *afleidregel* die zegt dat redeneringen van die vorm geldig zijn. Zo is er een afleidregel van deductieve logica die zegt dat redeneringen van de vorm Modus Ponens (deductief) geldig zijn. De logica heeft een aantal van dergelijke afleidregels geformuleerd, die precies aangeven welke redeneringen deductief geldig zijn. Een redenering is deductief geldig als hij in overeenstemming is met zo'n afleidregel, en anders niet. Het mooie is dat redeneringen die deductief geldig zijn volgens het criterium van de afleidregels, dat ook zijn volgens het criterium van de waarheid van de premissen en de conclusie, en andersom. De twee benaderingen van deductieve geldigheid leiden tot hetzelfde resultaat.⁹

Een belangrijk kenmerk van deductief geldige redeneringen is dat de vorm waaraan ze hun geldigheid ontleen abstraheert van het onderwerp van de redenering. Alle redeneringen van de vorm Modus Ponens zijn deductief geldig, waar ze ook over gaan. Zo is bijvoorbeeld de redenering

Als Jan een moordenaar is, dan verdient hij straf.
Jan is een moordenaar.
Dus: Jan verdient straf.

deductief geldig, maar ook:

9. Logici spreken in dit verband van de correctheid en de volledigheid van een logica. Vgl. L.T.F. Gamut, *Logica, taal en betekenis 1*, Utrecht 1982, blz. 167 e.v.

Als Trudy op zondag is geboren, dan is ze een geluksvogel.

Trudy is op zondag geboren.

Dus: Trudy is een geluksvogel.

Dat de inhoud van de redenering onbelangrijk is, komt omdat de afleidregels van de deductieve logica bepaalde redeneervormen geldig verklaren. De geldigheid berust op de vorm van de redenering, niet op de inhoud.

Dat de afleidregels zich op de vorm van redeneringen richten en niet op de inhoud, komt omdat hun de geldigheid van de afleidregels is gebaseerd op bepaalde 'logische' woorden welke in die regels voorkomen. Zo berust de geldigheid van de Modus Ponens-regel op de betekenis van de woorden 'als' en 'dan'. Uit die betekenis vloeit voort dat redeneringen van de vorm

Als A dan B.

A

Dus: B

geldig zijn, wat er ook wordt ingevuld voor A en voor B. Als iemand begrijpt wat 'als' en 'dan' betekenen, kan hij het niet eens zijn met de premissen van zo'n redenering zonder het ook eens te zijn met de conclusie.

Dat de afleidregels van de deductieve logica zich richten op de vorm, niet op de inhoud van redeneringen, wordt ook wel omschreven door te zeggen dat die afleidregels *formeel* zijn. Dat de geldigheid van die regels berust op de betekenis van bepaalde logische woorden welke in die regels voorkomen, wordt ook wel aangegeven door te zeggen dat die regels *analytisch* zijn. Doordat de afleidregels van de deductieve logica analytisch zijn, zijn ze ook formeel. Immers, de betekenis van de logische woorden in een redenering heeft niets te maken met waar de redenering verder over gaat.

Vervolg van het voorbeeld

De eerste voorwaarde voor het bestaan van een verbintenis tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad is dat iemand een onrechtmatige daad jegens een ander pleegt. Het feit uit de casus dat daarmee 'correspondeert' is dat De Vries tegen de auto van Janssen op reed en daardoor die auto beschadigde. Het woord 'correspondeert' staat tussen aanhalingstekens, omdat de correspondentie veeleer op ons juridisch inzicht berust dan op een logisch verband. Om het vereiste logische (deductieve) verband te verkrijgen, moeten we enkele tussenstappen zetten.

De eerste stap maakt gebruik van de regel van art. 6:162 lid 2 BW. Deze regel, weergegeven in de vorm van een als...dan-zin, luidt als volgt: Als een gedraging een inbreuk op een recht is, of als die gedraging in strijd is met een wettelijke plicht, of als die gedraging in strijd is met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, en als er geen sprake is van een rechtvaardigingsgrond, dan levert die gedraging een onrechtmatige daad op. Er zijn blijkbaar drie varianten van onrechtmatige daad, en van die drie varianten is in casu de inbreuk op een recht de meest voor de hand liggende.

Wij weten dat het beschadigen van andermans auto gewoonlijk een inbreuk op het eigendomsrecht op die auto is, maar die samenhang is nog niet logisch in de zin van deductieve logica. Daartoe moeten we een aanvullende premisse invoeren, bijvoorbeeld dat als iemand tegen de auto van een ander oprijdt, waardoor die auto beschadigd wordt, deze persoon inbreuk maakt op het recht van die ander. Met behulp van deze nieuwe als...dan-zin kunnen we deductief afleiden dat De Vries inbreuk maakte op het recht van Janssen en die tussenconclusie kunnen we combineren met de regel van art. 6:162 lid 2 BW om te deduceren dat De Vries een onrechtmatige daad pleegde jegens Janssen.

De tweede voorwaarde is dat de onrechtmatige daad aan de pleger kan worden toegerekend. Op het eerste gezicht is er geen enkel feit in de casus dat correspondeert met de toerekenbaarheid van de onrechtmatige daad. Gelukkig bevat het BW een regel die aangeeft wanneer een onrechtmatige daad aan iemand kan worden toegerekend. Art. 6:162 lid 3 BW, weergegeven in de vorm van een als...dan-zin, luidt als volgt: Als een onrechtmatige daad te wijten is aan de schuld van de

dader, of als deze krachtens de wet voor diens rekening komt, of als deze krachtens in het verkeer geldende opvattingen voor diens rekening komt, dan is die onrechtmatige daad aan de dader toe te rekenen.

In casu lijkt het het meest voor de hand te liggen dat de botsing de schuld is van De Vries. Toch is er nog een aanvullende premisse nodig om daartoe deductief te kunnen concluderen: Als iemand bij het achteruit parkeren tegen de auto van een ander oprijdt, is dat (normaliter) aan de schuld van eerstgenoemde te wijten. Uit deze aanvullende premisse en het feit dat De Vries bij het achteruit parkeren tegen de auto van Janssen op reed, kan deductief worden afgeleid dat de botsing aan de schuld van De Vries te wijten valt. Daaruit kan weer, via art. 6:162 lid 3 BW, deductief worden afgeleid dat de onrechtmatige daad aan De Vries kan worden toegerekend.

De derde voorwaarde tenslotte, is dat er schade werd geleden door degene jegens wie de onrechtmatige daad is gepleegd en dat die schade werd veroorzaakt door de onrechtmatige daad. Hoewel de wet in de artikelen 6:95 e.v. BW nadere regels bevat die aangeven welke schade voor vergoeding in aanmerking komt, is uit de casus direct op te maken dat Janssen schade aan zijn auto heeft geleden die het gevolg is van de aanrijding.

Het blijkt dat deductief kan worden afgeleid dat aan alle voorwaarden van art. 6:162 BW is voldaan en daarom kan, nog steeds in de visie van MacCormick, met behulp van dat artikel deductief worden afgeleid dat De Vries aan Janssen de schade aan diens auto moet vergoeden.

Omwille van het overzicht volgen hieronder nogmaals de stappen van de deductieve redenering. Daarbij krijgt iedere zin een doorlopend nummer. Verder worden feiten uit de casus van een 'f' worden voorzien, wettelijke regels van een 'r', aanvullende premissen van een 'a' en (tussen)conclusies van een 'c'.¹⁰ Dus de code 'c3' betekent dat het gaat om de derde zin die wordt genoemd, en dat die zin een conclusie uit het voorafgaande bevat. Als diezelfde zin later weer voorkomt, wordt hij nog steeds met 'c3' aangeduid.

- a1. Als iemand tegen de auto van een ander oprijdt, waardoor die auto beschadigd wordt, maakt deze persoon inbreuk op een recht van die ander.
- f2. De Vries reed tegen de auto van Janssen op, waardoor die auto werd beschadigd.
- c3. De Vries maakte een inbreuk op een recht van Janssen.
- r4. Als iemand een inbreuk maakt op het recht van een ander, of ..., of ..., dan pleegt die persoon een onrechtmatige daad jegens die ander.
- c3. De Vries maakte een inbreuk op een recht van Janssen.
- c5. De Vries pleegde een onrechtmatige daad jegens Janssen.
- a6. Als iemand bij het achteruit parkeren tegen de auto van een ander oprijdt, dan is de onrechtmatige daad aan zijn schuld te wijten.
- f7. De Vries reed bij het achteruit parkeren tegen de auto van Janssen op.
- c8. De onrechtmatige daad is aan de schuld van De Vries te wijten.
- r9. Als een onrechtmatige daad te wijten is aan de schuld van de dader, of ..., of ..., dan kan die onrechtmatige daad aan de dader worden toegerekend.
- c8. De onrechtmatige daad is aan de schuld van De Vries te wijten.
- c10. De onrechtmatige daad kan aan De Vries worden toegerekend.
- r11. Als iemand een onrechtmatige daad jegens een ander pleegt en als die daad aan de dader kan worden toegerekend en als die ander tengevolge van die daad schade heeft geleden, dan moet de dader aan die ander de schade vergoeden.
- c5. De Vries pleegde een onrechtmatige daad jegens Janssen.
- c8. De onrechtmatige daad kan aan De Vries worden toegerekend.
- f12. Janssen leed schade tengevolge van de onrechtmatig daad van De Vries.
- c13. De Vries moet Janssen de schade vergoeden.

10. De term 'aanvullende premisse' wordt in deze tekst niet gebruikt om te verwijzen naar premissen die niet expliciet genoemd zijn, maar voor premissen die naast de aanvaarde rechtsregels en de feiten uit de casus nodig zijn om door middel van een deductief geldige redenering tot een bepaalde conclusie te komen.

De betrekkelijke betekenis van deductieve rechtvaardiging

Wat wil het zeggen als een rechtsbeslissing deductief kan worden gerechtvaardigd? Niet minder maar ook niet meer dan dat als de premissen van de deductieve redenering waar zijn, de conclusie ook waar is. In het bovenstaande voorbeeld zijn alle met een 'a', 'r', of 'f' gecodeerde zinnen premissen van de redenering, terwijl de met een 'c' gecodeerde zinnen (tussen)conclusies zijn. De deductieve geldigheid van de redenering wil zeggen dat als de zinnen met een 'a', een 'r' en een 'f' waar zijn, de zinnen met een 'c' ook waar zijn.

Het zal duidelijk zijn dat de deductieve geldigheid van een redenering niet garandeert dat de conclusie waar is. Er geldt slechts een voorwaardelijke garantie, waarbij de voorwaarde is dat de premissen waar zijn. De rechtvaardiging van rechtsbeslissingen die door deductieve redeneringen kan worden geboden, is dan ook maar betrekkelijk. Enkel als men de premissen van de redenering aanvaardt, is men logisch gehouden de conclusie te aanvaarden. Voor wie ook maar één van de premissen niet aanvaardt, heeft de deductieve rechtvaardiging van de beslissing geen enkele betekenis. Daar staat tegenover dat wie de premissen wel aanvaardt, de conclusie logischerwijs ook dient te aanvaarden.

Bovendien maakt een deductieve rechtvaardiging van een rechtsbeslissing expliciet welke uitgangspunten aan die beslissing ten grondslag liggen, zodat het duidelijk wordt waarop eventuele kritiek gericht dient te worden. Bijvoorbeeld, als men vindt dat De Vries in het bovenstaande voorbeeld de schade aan de auto van Janssen niet hoeft te vergoeden, kan men de bovenstaande deductieve reconstructie van de rechtsbeslissing gebruiken om aan te geven met welke uitgangspunten men het niet eens is. Met name de aanvullende premissen zijn daarbij dankbare voorwerpen van mogelijke kritiek. Is het bijvoorbeeld wel steeds zo dat als men bij het achteruit parkeren tegen de auto van een ander oprijdt, de onrechtmatige daad te wijten is aan de schuld van wie de botsing veroorzaakte?

De beperkingen van deductieve rechtvaardiging

Om uit te maken of het feit dat De Vries tegen de auto van Janssen op reed een onrechtmatige daad opleverde moesten we twee redeneerstappen maken, elk gebaseerd op een regel. De tweede stap leidde van de tussenconclusie dat De Vries inbreuk maakte op een recht van Janssen tot de conclusie dat De Vries jegens Janssen een onrechtmatige daad pleegde. De eerste stap leidde van de premisse dat De Vries tegen de auto van Janssen op reed tot de tussenconclusie dat De Vries jegens Janssen een onrechtmatige daad pleegde. De premisse waarop deze eerste stap werd gebaseerd, te weten dat als iemand tegen de auto van een ander oprijdt, deze persoon inbreuk maakt op een recht van die ander, is geen regel die kant en klaar in het Nederlandse recht te vinden is.

We stuiten hier op het *kwalificatie-probleem*, dat door MacCormick gezien wordt als één van de beperkingen van de deductieve rechtvaardiging van rechtsbeslissingen. Wil een rechtsregel gebruikt kunnen worden bij het deductief afleiden van een rechtsgevolg, dan is het noodzakelijk dat de feiten van de casus zodanig zijn omschreven dat ze naadloos aansluiten bij de voorwaarden van de regel. Als art. 6:162 lid 2 BW de voorwaarde stelt dat iemand inbreuk maakt op een recht van een ander, dan vereist toepassing van die regel in een deductieve redenering dat in de omschrijving van de casus is opgenomen dat iemand inbreuk maakte op een recht van een ander. Het opnemen van de relevante feiten in andere dan deze specifieke bewoordingen is niet voldoende voor een deductieve rechtvaardiging, die immers zuiver van de vorm van de redenering uitgaat.

Er is een kwalificatie-stap nodig om het verband te leggen tussen de originele weergave van de feiten en de weergave die wordt vereist door de toe te passen regel. Immers, de feiten in hun originele weergave moeten worden 'vertaald' in een omschrijving die aansluit bij de voorwaarden van de toepasselijke regel. Zo'n kwalificatie-stap kan op zijn beurt in de vorm van een deductieve redenering worden gegoten. We hebben dat al gezien in ons voorbeeld in de afleiding van de

tussenconclusie dat De Vries een inbreuk maakte op een recht van Janssen. Het vervelende is echter dat de betreffende redenering een regel als premisse heeft, die niet evident deel uitmaakt van het Nederlandse recht.

Het kwalificatie-probleem kan niet alleen vanuit de omschrijving van de feiten, maar ook vanuit de regel worden benaderd. Het wordt dan een *interpretatie-probleem*. MacCormick geeft het Engelse voorbeeld van het verbod om op grond van de nationale afkomst te discrimineren.¹¹ Een woningbouwvereniging selecteerde potentiële huurders (mede) op grond van hun nationaliteit: alleen Britten in de zin van de British Nationality Act kwamen in aanmerking. Is dit in strijd met het verbod om op grond van nationale afkomst te discrimineren?

De betreffende regel kan, volgens MacCormick, op twee elkaar uitsluitende wijzen worden geïnterpreteerd:

- a. Als iemand een ander discrimineert op grond van zijn nationale afkomst (daaronder begrepen diens juridische nationaliteit), dan is die discriminatie onrechtmatig.
- b. Als iemand een ander discrimineert op grond van zijn nationale afkomst (daaronder *niet* begrepen diens juridische nationaliteit), dan is die discriminatie onrechtmatig.

Afhankelijk van de gekozen interpretatie is het gedrag van de woningbouwvereniging al dan niet onrechtmatig. Gegeven een interpretatie kan volgens MacCormick deductief worden afgeleid of er sprake was van onrechtmatige discriminatie.¹² De keuze tussen de interpretaties gaat echter aan de deductieve redenering vooraf.

Met het interpretatie- en het kwalificatieprobleem zijn niet alle beperkingen van de deductieve rechtvaardiging gegeven. Soms zijn er problemen die om een juridische oplossing vragen, maar waarvoor geen kant-en-klare rechtsregel beschikbaar is. De problematiek van het Quint / Te Poel-arrest¹³ is daarvan een voorbeeld naar Nederlands recht. De aannemer Quint had, ten gevolge van een vergissing, gebouwd op de grond Heinrich te Poel, terwijl hij een contract had met diens broer Hubertus te Poel. De vraag is of Quint, nu Hubertus niet kan betalen, verhaal heeft op Heinrich, omdat die zonder rechtsgrond verrijkt is.

Onder het oude Burgerlijk Wetboek was er nog geen algemene actie op grond van ongerechtvaardigde verrijking en als de rechter de vordering van Quint zou willen toewijzen, zou hij een 'nieuwe' regel moeten maken. Weliswaar deed de Hoge Raad dat in genoemd arrest niet, maar hij liet heel nadrukkelijk de mogelijkheid open om een nieuwe regel te formuleren, als dat maar zou gebeuren op een wijze die past in het stelsel van de wet en die zou aansluiten bij wel in de wet geregelde gevallen. We zullen zien hoe deze door de Hoge Raad geformuleerde criteria aansluiten bij een nog te bespreken deel van de theorie van MacCormick.

Als de rechter een nieuwe regel formuleert, kan hij met behulp van die regel weliswaar het gewenste rechtsgevolg deductief rechtvaardigen, maar die deductieve rechtvaardiging *veronderstelt* de nieuw geformuleerde regel en rechtvaardigt die niet.

De noodzaak van rechtvaardiging van de tweede orde

Juridische beslissingen kunnen, in de visie van MacCormick, deductief worden gerechtvaardigd. Daarbij dient te worden aangetekend dat zo'n rechtvaardiging altijd relatief is, dat wil zeggen dat de waarheid van de premissen wordt voorondersteld. Bovendien is er een aantal beperkingen die te maken hebben met de noodzaak rechtsregels te interpreteren, feiten te kwalificeren en soms ook nieuwe rechtsregels te 'scheppen'.

11. Ealing London Borough Council v. Race Relations Board, [1972] A.C. 342.

12. Overigens heeft MacCormick hier slechts ten dele gelijk. Als de regel geen betrekking heeft op discriminatie op grond van juridische nationaliteit, kan er helemaal niets deductief worden afgeleid. Het is deductief niet geldig om uit het niet voldaan zijn aan de regelvoorwaarden op te maken dat het rechtsgevolg van de regel niet intreedt. Dit zou een zogenaamde a contrario-redenering zijn en dergelijke redeneringen zijn niet deductief geldig. Vergelijk de redenering 'Als iets een koe is, is het een dier. Fido is een hond, geen koe. Fido is dus geen dier.'

13. HR 30 januari 1959, NJ 1959, 548.

Met name de eerste aantekening is essentieel. In principe kan elke conclusie, hoe onaannemelijk ook, deductief worden gerechtvaardigd, als men maar bereid is de juiste premissen te kiezen. Om een extreem voorbeeld te kiezen, het kan zelfs deductief gerechtvaardigd worden dat een oorlogsmisdadiger aanspraak kan maken op een staatspensioen, zolang men maar bereid is om de aanvullende premisse te aanvaarden dat oorlogsmisdadigers recht hebben op een staatspensioen.¹⁴ Het is de onaanvaardbaarheid van deze aanvullende premisse die de conclusie onacceptabel maakt. De deductieve redenering doet niets anders dan informatie-inhoud van de premissen expliciet maken in de conclusie. Als de premissen niet kloppen, hoeft de conclusie ook niet juist te zijn. Vandaar dat een deductieve rechtvaardiging van een rechtsbeslissing ook pas een volledige rechtvaardiging is, als de premissen van de deductieve redenering ook gerechtvaardigd zijn.

De premissen van een deductieve redenering die tot een rechtsbeslissing leidt, kunnen in drie categorieën worden onderverdeeld, te weten onomstreden rechtsregels, de feiten van het geval en de aanvullende premissen die nodig zijn om de deductieve afleiding 'rond te krijgen'. Over de feiten van het geval kunnen serieuze meningsverschillen bestaan, maar die laten we hier buiten beschouwing en we doen net alsof die vastliggen, net als de onomstreden regels. Alleen over de aanvullende premissen is dan nog discussie mogelijk. Omdat de rechtsbeslissing deductief uit de premissen kan worden afgeleid, komt een discussie over zo'n beslissing neer op een discussie over die premissen die nog voor betwisting vatbaar zijn, dat wil dus zeggen op een discussie over de aanvullende premissen.

Laten we in dit licht nog eens naar het Lindenbaum / Cohen-arrest kijken. De regel dat de pleger van een onrechtmatige daad schadevergoeding moet betalen (als aan nog enkele andere voorwaarden is voldaan), stond niet ter discussie. Evenmin stond het ter discussie dat het gedrag van Cohen maatschappelijk gezien onbehoorlijk was. Om uit deze twee gegevens te kunnen deduceren dat Cohen aan Lindenbaum schadevergoeding moest betalen, is nog een aanvullende premisse nodig en wel dat gedrag dat maatschappelijk gezien onbehoorlijk is, ook onrechtmatig is.

Het is juist deze aanvullende premisse die het centrale punt van het Lindenbaum / Cohen-arrest was. Als deze premisse aanvaardbaar is, geldt dat ook voor de conclusie dat Cohen schadelijkt is, want dan kan die conclusie deductief worden afgeleid uit premissen die alle aanvaardbaar zijn. Als deze premisse niet aanvaardbaar is, kan niets over de schadelijkt van Cohen worden gezegd, want deductieve afleidbaarheid uit premissen die niet alle aanvaardbaar zijn zegt niets over de aanvaardbaarheid van de conclusie.

In het algemeen geldt dat de rechtvaardiging van een rechtsbeslissing in de vorm van een deductieve redenering afhankelijk is van de aanvaardbaarheid van de aanvullende premissen. Vandaar dat het van groot belang is dat deze aanvullende premissen zelf ook weer gerechtvaardigd kunnen worden. Deze rechtvaardiging noemt MacCormick 'rechtvaardiging van de tweede orde' (second-order justification) en het is deze rechtvaardiging van de tweede orde die in moeilijke gevallen het cruciale onderdeel is van de rechtvaardiging van een rechtsbeslissing. De deductieve rechtvaardiging heeft in dergelijke gevallen als voornaamste functie om de aanvullende premissen te identificeren die voor rechtvaardiging van de tweede orde in aanmerking komen.

Teleologische argumentatie

In het Lindenbaum / Cohen-arrest ging het in wezen om de vraag of maatschappelijk onzorgvuldig handelen onrechtmatig was in de zin van art. 1401 BW. De Hoge Raad moest een keuze maken: Is handelen dat weliswaar maatschappelijk onzorgvuldig is, maar niet in strijd met een wettelijke plicht, onrechtmatig of niet? Bij rechtvaardiging van de tweede orde gaat het om

14. In deze alinea stapt de tekst over van de *waarheid* van de aanvullende premissen naar de *aanvaardbaarheid* daarvan. Hoewel deze stap in de geest van MacCormick is, is hij in het kader van deductieve redeneringen minder onschuldig dan het misschien lijkt. De criteria voor de geldigheid van deductieve redeneringen veronderstellen strikt genomen *waarheid* van de premissen, niet enkel *aanvaardbaarheid*. We komen hier aan het slot van deze bijdrage nog op terug.

dit soort keuzes en volgens MacCormick spelen daarbij twee soorten overwegingen een rol. Enerzijds gaat het om de vraag of een bepaalde rechtsopvatting tot *wenselijke maatschappelijke gevolgen* leidt. Anderzijds speelt de vraag een rol of een rechtsopvatting past in het *systeem van het recht*.

Bij de vraag of een bepaalde rechtsopvatting wenselijke maatschappelijke gevolgen heeft, gaat het om teleologische argumentatie. Bij het Lindenbaum / Cohen-arrest zou bijvoorbeeld de vraag aan de orde komen of het wenselijk is dat handelen dat maatschappelijk onzorgvuldig is, maar niet in strijd met een wettelijke plicht, onrechtmatig is in de zin van art. 1401 BW. Er wordt gekeken naar de gevolgen van het aanvaarden van een bepaalde aanvullende premisse. Als die gevolgen aantrekkelijk zijn, pleit dat voor het aanvaarden van die premisse. Als de gevolgen onaantrekkelijk zijn, pleit dat tegen aanvaarding.

Een eerste punt dat hier opvalt, is dat de stijl van redeneren niet meer deductief is. Er wordt niet getracht de aanvullende premisse deductief af te leiden uit andere premissen. Zo'n deductieve redenering zou leiden tot de conclusie dat de betreffende premisse, bijvoorbeeld dat onzorgvuldig gedrag onrechtmatig is, waar is indien bepaalde andere premissen waar zijn. Echter, de vraag die aan de orde is, is niet zozeer of het *waar* is dat onzorgvuldig gedrag onrechtmatig is, maar of het *wenselijk* is dat dit het geval is.¹⁵

Bij teleologisch redeneren wordt de wenselijkheid van een bepaalde maatregel bepaald aan de hand van de gevolgen van die maatregel. Als die gevolgen (merendeels) wenselijk zijn, is de maatregel zelf ook wenselijk; als de gevolgen daarentegen overwegend onwenselijk zijn, geldt dat ook voor de maatregel welke tot die gevolgen leidt. Bij het rechtvaardigen van rechtsbeslissingen, is de maatregel die ter discussie staat het al dan niet aanvaarden van een bepaalde aanvullende premisse. Die premisse heeft betrekking op het uitleggen van een gegeven wettelijke bepaling, op het kwalificeren van de feiten van een concreet geval, of op het aanvaarden van een 'nieuwe' rechtsregel. De vraag waar het om draait is of de gevolgen van een bepaalde interpretatie of kwalificatie, of het hanteren van een nieuwe regel, over het geheel genomen aantrekkelijk zijn. Daarbij moet er rekening mee worden gehouden dat die gevolgen niet alleen voor dit ene concrete geval gelden, maar voor alle soortelijke gevallen. Is het bijvoorbeeld *in het algemeen* wenselijk dat maatschappelijk onzorgvuldig gedrag wordt beschouwd als onrechtmatig in de zin van art. 1401 BW?¹⁶

MacCormick illustreert aan de hand van een aantal gevallen hoe teleologische argumenten een rol hebben gespeeld in de ontwikkeling van het Amerikaanse en het Engelse recht. Hij gaat daarbij met name in op de gebondenheid van rechters aan de constitutie, maar laat tevens zien dat teleologische argumentatie ook in andere rechtsgebieden een belangrijke rol speelt.

Het systeem van het recht

Bij de keuze van aanvullende premissen spelen niet alleen de maatschappelijke gevolgen van die keuze een rol, maar ook de vraag in hoeverre de keuze past in het systeem van het recht. Het belang van het systeem van het recht waar het gaat om regels die niet rechtstreeks uit een erkende rechtsbron voortvloeien, blijkt ondermeer uit het Quint / Te Poel-arrest. In dit arrest overwoog de Hoge Raad ondermeer:

'dat uit deze woorden immers geenszins volgt, dat elke verbintenis rechtstreeks op enig wetsartikel moet steunen, doch daaruit slechts mag worden afgeleid dat in gevallen die niet bepaaldelijk door de wet zijn geregeld, de oplossing moet worden aanvaard, die in het stelsel van de wet past en aansluit bij wèl in de wet geregelde gevallen'

15. Het is niet zo dat een redenering met als conclusie dat iets wenselijk is niet deductief geldig kan zijn. In de opvatting van MacCormick zoals gepresenteerd in Legal Reasoning .. is er echter wel zo'n tegenstelling tussen deductief redeneren en teleologisch redeneren.

16. Dat teleologische overwegingen ook in het Lindenbaum / Cohen-arrest een rol hebben gespeeld, hoewel dat niet uit de rechtsoverwegingen blijkt, wordt duidelijk uit G.E. van Maanen, *De Zutphense juffrouw en de ontrouwe bediende van Lindenbaum*, Nijmegen 1985.

De noodzaak van aansluiting bij het systeem van het recht wordt ook duidelijk als men zich realiseert wat het gevolg zou zijn als aanvullende premissen gekozen zouden worden enkel op basis van de wenselijkheid van hun gevolgen. In dat geval zou namelijk de grens tussen wat wenselijk is en wat recht is vervagen. Immers men kan dan een regel gebruiken bij het nemen van een rechtsbeslissing, enkel omdat de gevolgen van het gebruik van die regel wenselijk zijn. Vandaar ook dat MacCormick, in navolging van de rechtspraak, de eis stelt dat aanvullende premissen zowel worden gerechtvaardigd met een beroep op de wenselijkheid van de consequenties, als ook met een beroep op de samenhang die de premisse vertoont met de rest van het rechtssysteem.

Wat moeten we ons bij een dergelijke samenhang voorstellen? Volgens MacCormick gaat het erom te laten zien dat de beslissing die wordt bepleit volkomen consistent is met het geheel van bestaande rechtsregels. Bovendien moet de beslissing daar een rationele extrapolatie van zijn, in de zin dat als het huidige geval niet analoog aan bepaalde regels beslist zou worden, de directe doeleinden waarop die regels gericht zijn gefrustreerd en aan irrationele uitzonderingen onderworpen zouden worden.¹⁷

Een geval uit het Nederlandse recht waarin een regel aanvaard werd omdat die aansluit bij het systeem van het recht, is dat van de 'onwaardige deelgenoot'.¹⁸ De relevante feiten zijn kortweg de volgende: Ene L. heeft een hulpbehoevende bejaarde gedurende enige tijd verpleegd en verzorgd. Na ruim een half jaar is L. met deze bejaarde gehuwd in volledige gemeenschap van goederen. Daardoor vond een flinke vermogensverschuiving richting L. plaats, omdat haar echtgenoot rijk was en L. arm. Vijf weken na het huwelijk vermoordde L. haar echtgenote.

De vraag die aan de orde is, is of de regel van art. 1:100 lid 1 BW in dit geval moet worden toegepast. Deze regel houdt in dat echtgenoten een gelijk deel in de huwelijksgemeenschap hebben. Toepassing daarvan zou betekenen dat L. bij wijze van boedelscheiding de helft van het vermogen van de door haar vermoorde echtgenoot zou verkrijgen. De Rechtbank en het Hof besloten deze regel niet toe te passen, met beroep op het beginsel dat hij die opzettelijk de dood van een ander, die hem begunstigt heeft, veroorzaakt, geen voordeel uit die begunstiging behoort te kunnen trekken. Dit beginsel, dat terug te vinden is in de artikelen 4:959 BW en 7A:1725 sub 2 BW, is een concretisering van het algemenere beginsel dat niemand van zijn eigen fouten hoort te profiteren. (Nemo turpitudinem suam allegans, auditur) De Hoge Raad nam het oordeel van het Hof over, met als gevolg dat de regel van art. 1:100 lid 1 BW in casu geen toepassing vond.¹⁹

We zien hier dat een beginsel, dat uitdrukking heeft gevonden in een aantal wettelijke bepalingen en daardoor ook een rechtsbeginsel genoemd kan worden, aangegrepen wordt om een rechtsbeslissing te rechtvaardigen. Dit beginsel, dat deel uitmaakt van het systeem van het recht, is de aanleiding om een bepaalde regel niet toe te passen. In zekere zin wordt er een nieuwe regel gemaakt, die luidt dat wie zijn echtgenoot vermoordt, zijn aandeel in de huwelijksgemeenschap verliest.

Opvallend is dat het besluit de regel van art. 1:100 lid 1 BW niet toe te passen, niet alleen in overeenstemming is met het systeem van het Nederlandse vermogensrecht, maar ook leidt tot een wenselijk gevolg, namelijk dat de moordenaar niet voor zijn misdrijf wordt beloond. Die samenloop van systematische en teleologische argumenten, die door MacCormick wordt vereist bij tweede orde-rechtvaardiging, is geen toeval. Rechtsbeginselen zijn immers beginselen omdat ze normaliter tot wenselijke resultaten leiden. Toepassing van rechtsbeginselen is niet alleen aansluiting zoeken bij het systeem van het recht, maar leidt gewoonlijk ook tot wenselijke rechtsgevolgen.²⁰

17. Legal Reasoning ..., blz. 120.

18. HR 7 december 1990, NJ 1991, 593.

19. Het verdient opmerking dat het beginsel in casu leidt tot het niet-toepassen van een rechtsregel. Dat is een mogelijkheid die door MacCormick niet werd genoemd. Hij onderscheidde immers slechts aanvullende premissen ter interpretatie, ter kwalificatie, en als nieuwe regel. Het buiten werking laten van een regel past minder goed in het door MacCormick voorgestane deductieve model van rechtvaardiging.

20. Er ontstaan complicaties als twee beginselen in een concreet geval botsen. In een dergelijk geval kan niet zonder meer worden aangenomen dat het volgen van het ene beginsel leidt tot een wenselijk resultaat. Veeleer zal het in

Deductieve rechtvaardiging en rechtvaardiging van de tweede orde

Volgens MacCormick worden rechtsbeslissingen primair gerechtvaardigd door middel van een deductieve redenering, waarbij uit regels en de feiten van het geval de rechtsbeslissing wordt afgeleid. Zo'n rechtvaardiging is slechts relatief, omdat hij alleen maar zal overtuigen indien de premissen van de deductieve redenering worden aanvaard. Over algemeen aanvaarde rechtsregels zal in het algemeen geen meningsverschil bestaan en op discussies over de feiten gaat MacCormick nauwelijks in. Blijven over de aanvullende premissen die nodig zijn voor de interpretatie van regels, voor de kwalificatie van de feiten, en voor aanvulling van het recht als een 'reguliere' regel ontbreekt. Het is de aanvaardbaarheid van deze aanvullende premissen waar het om draait in moeilijke gevallen. De juridische beslisser moet dan een keuze maken voor de ene aanvulling of de andere. Is bijvoorbeeld onzorgvuldig gedrag dat niet in strijd is met een rechtsplicht onrechtmatig of niet. Deze keuze moet in de opvatting van MacCormick gerechtvaardigd worden door te laten zien dat hij leidt tot wenselijke gevolgen en past in het systeem van het recht.

We zien dus dat MacCormick de vraag of de gebondenheid aan het recht voldoende is om willekeur in juridische besluitvorming te voorkomen ontkennend beantwoordt. Om dergelijke willekeur te voorkomen, zou het mogelijk moeten zijn om rechtsbeslissingen te deduceren uit de feiten van een concreet geval, in combinatie met onomstreden rechtsregels. In praktijk zal dat veelal niet mogelijk zijn, omdat aanvullende premissen nodig zijn. Die aanvullende premissen kunnen wel gerechtvaardigd worden, maar niet meer door deductie uit feiten en onomstreden regels, maar door teleologisch en systematisch redeneren. Kortom, gebondenheid aan het recht is niet voldoende ter voorkoming van willekeur, maar dat sluit niet uit dat ook buiten het recht om grenzen aan de willekeur van de juridische beslisser worden gesteld.

ALEXY'S PROCEDURELE THEORIE OVER RECHTVAARDIGING

In MacCormick's theorie over deductieve rechtvaardiging vloeit de noodzaak van rechtvaardiging van de tweede orde voort uit het feit dat deductieve rechtvaardiging enkel maar relatief is. De conclusie van een deductieve redenering is gegarandeerd waar als de premissen waar zijn. De moeilijkheid daarbij is dat het probleem van de rechtvaardiging wordt verschoven van de conclusie naar de premissen. Vandaar de behoefte aan tweede orde-rechtvaardiging, waarbij de omstreden premissen worden gerechtvaardigd. Echter, ook aan tweede orde-rechtvaardiging liggen vooronderstellingen ten grondslag. Teleologische argumenten vooronderstellen bijvoorbeeld dat men het eens is over welke gevolgen wenselijk zijn en welke niet. En zelfs als men het erover eens is welke gevolgen wenselijk zijn, kan men van mening verschillen als het gaat om een compromis over onverenigbare gevolgen die op zich beschouwd alle wenselijk zijn. Hoe staat het bijvoorbeeld als men de vrijheid van vereniging moet afwegen tegen het verbod van discriminatie, zoals nodig was toen een bepaalde politieke partij weigerde vrouwen als leden te aanvaarden?

Elke rechtvaardiging is relatief met betrekking tot bepaalde uitgangspunten. Het streven om ook die uitgangspunten weer te rechtvaardigen, om aldus tot een 'absolute' rechtvaardiging te komen, leidt tot wat door Albert het *Münchhausen-trilemma* is genoemd.²¹ Er zijn volgens dit trilemma drie mogelijkheden, alle even onaantrekkelijk. Ten eerste kan men oneindig doorgaan met het rechtvaardigen van uitgangspunten. Ten tweede is het mogelijk om in een cirkel te redeneren, door bij de rechtvaardiging van bepaalde uitgangspunten een beroep te doen op uitgangspunten die al eerder aan de orde zijn geweest. Tenslotte kan men bepaalde uitgangspunten dogmatiseren en tot onbetwistbaar verklaren.

Teneinde aan dit trilemma te ontsnappen stelt Alexy in zijn *Theorie der juristischen Argumentation* een procedurele aanpak van rechtvaardiging voor. In die procedurele aanpak gaat het niet meer

dergelijke gevallen gaan om een keuze voor het mindere kwaad: Welk beginsel kan het 'best' opzij worden gezet?

21. H. Albert, *Traktat über kritische Vernunft*, Tübingen 1980, blz. 13.

om de logische relatie tussen bepaalde uitgangspunten en de conclusies die daaruit kunnen worden getrokken, maar om de procedure die wordt gevolgd bij het rechtvaardigen van de beslissing. De uitkomst van een rechtvaardigings-procedure is rationeel als de procedure aan bepaalde criteria voldoet. Deze criteria hebben niet in de eerste plaats betrekking op de logische relaties tussen wat wordt gerechtvaardigd en de uitgangspunten waarmee wordt gerechtvaardigd, maar op het gedrag van de partijen waartussen een dialoog ter rechtvaardiging wordt gevoerd.²²

Vooronderstellingen van een procedurele aanpak

Hoewel Alexy er in zijn *Theorie der juristischen Argumentation* niet uitvoerig op in gaat, is het goed kort aandacht te besteden aan het waarom van een procedurele aanpak van rechtvaardiging. De voornaamste motivering is dat een logische aanpak enkel kan leiden tot een relatieve rechtvaardiging. Een conclusie kan slechts worden gerechtvaardigd, gegeven bepaalde uitgangspunten. Een dergelijke rechtvaardiging is niet interessant voor wie de uitgangspunten niet deelt.

Daarmee komen we direct op het belang van de persoon voor wie men zijn beslissing wil rechtvaardigen. Die persoon moet overtuigd worden van de juistheid van de beslissing. Het gaat er niet om de juistheid in absolute zin, wat dat ook moge zijn, aan te tonen; het gaat er om de wederpartij in een discussie te overtuigen van de juistheid van de beslissing.²³

Nu is het niet zo moeilijk om sommige mensen te overtuigen; goedgelovige lieden zijn er altijd geweest. Het zou evenwel niet juist zijn te zeggen dat men zijn beslissing gerechtvaardigd heeft, als men er in slaagt om goedgelovigen te overtuigen. Evenmin is er sprake van rechtvaardiging als men een kritisch publiek door manipulatie of bedrog weet te overtuigen. Met andere woorden, niet elk overtuigen leidt tot rechtvaardiging. Enkel als de overtuiging tot stand is gekomen in een procedure die aan bepaalde voorwaarden voldoet, kan men zeggen dat de uitkomst van de procedure gerechtvaardigd, of met de woorden van Alexy, rationeel is.²⁴ Vandaar dat Alexy geïnteresseerd is in de regels voor rationele discussies.

Regels voor rationele praktische discussies

Het gaat er bij het recht in laatste instantie niet om wat er feitelijk in de wereld (of daarbuiten) aan de hand is, maar om wat we mogen en/of moeten doen. In navolging van de filosoof Kant kunnen we onderscheiden tussen de *theoretische rede*, die zich bezig houdt met hoe de wereld in elkaar zit, en de *praktische rede* die erop gericht is vast te stellen hoe we moeten handelen. Juridisch redeneren valt onder het domein van de praktische rede, net als redeneren op het gebied van de moraal. Volgens Alexy geldt er een aantal algemene regels voor het praktische discours (redeneren over mogen en moeten) en zijn er aanvullende speciale regels voor juridisch redeneren. Deze speciaal voor het recht geldende regels maken dat de uitkomst van juridische discussies meer gefixeerd is dan van morele discussies.

In totaal onderscheidt Alexy enige tientallen regels, verdeeld over een aantal categorieën, en het zou te ver voeren om die hier alle te noemen, laat staan te bespreken. Vandaar dat er zowel van de algemene regels als van de specifiek juridische, enige karakteristieke voorbeelden aan de orde zullen komen.

De eerste groep regels die Alexy onderscheidt, omvat de zogenaamde *basisregels* voor het

22. R. Alexy, *Theorie der juristische Argumentation*, Suhrkamp 1978, blz. 223/224.

23. Dit accent op het belang van de partij voor wie men een conclusie probeert te rechtvaardigen vindt men vooral terug in het werk van Perelman, dat ook door Alexy wordt besproken. Vgl. Ch. Perelman en L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, Parijs 1958.

24. Het accent op gereguleerde procedures als middel om tot rationele conclusies te komen is door Alexy ontleend aan het werk van Habermas. Vgl. in dit verband J. Habermas, *Wahrheitstheorien*, in H. Fahrenbach (red.), *Wirklichkeit und Reflexion. Festschrift für Walter Schulz zum 60. Geburtstag*, Pfullingen 1973, blz. 211-265.

praktische discours.²⁵ De eerste van die regels is dat niemand zichzelf mag tegenspreken. Een andere basisregel houdt in dat als iemand een eigenschap F aan een object a toekent, hij bereid moet zijn F toe te kennen aan elk ander object dat in alle relevante opzichten aan a gelijk is. Bijvoorbeeld, als iemand vindt dat Piet gevangenisstraf moet krijgen omdat hij gestolen heeft, dient hij tevens van mening te zijn dat Jan, die ook gestolen heeft, gevangenisstraf dient te krijgen, er van uit gaande dat het gestolen hebben alle relevante overeenkomsten (en verschillen) tussen Piet en Jan aangeeft. Kortom, deze regel brengt met zich mee dat gelijke gevallen gelijk dienen te worden behandeld.

Naast de basisregels zijn er de zogenaamde *redelijkheidsregels*. Een belangrijke redelijkheidsregel luidt dat iedereen datgene wat hij beweert moet rechtvaardigen, tenzij hij redenen kan aanvoeren waarom zo'n rechtvaardiging achterwege wordt gelaten. Met andere woorden, iedereen draagt in beginsel de bewijslast voor wat hij beweert. In het verlengde daarvan ligt de regel dat iedereen elke bewering ter discussie mag stellen.

Gewoonlijk zal de rechtvaardiging van een bewering bestaan uit één of meer nieuwe beweringen. Deze kunnen op hun beurt ook weer ter discussie worden gesteld en aldus dreigt een oneindig regres in dialoog-vorm te ontstaan. Bijvoorbeeld, A claimt dat B hem duizend gulden moet betalen. B vraagt waarom. A zegt dat B dat beloofd heeft. B vraagt weer waarom A dat denkt, enz. Het is daarom van groot belang hoe de bewijslast in een dialoog wordt verdeeld.²⁶

Daartoe zijn er *argumentatielastregels*, zoals de regel dat wie een persoon A anders wil behandelen dan een persoon B, daarvoor redenen moet geven. Dus als men de ene gevangene vervroegd in vrijheid wil stellen en de andere niet, dan moet men een reden kunnen geven waarom de tweede niet vervroegd in vrijheid wordt gesteld. Deze argumentatielastregel komt neer op de eerder genoemde basisregel dat gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld, samen met de vooronderstelling dat alle mensen gelijk zijn. Vanzelfsprekend mag deze vooronderstelling ter discussie worden gesteld, maar daarbij rust de bewijslast op degene die de gelijkheid ter discussie stelt. Een andere argumentatielastregel is dat wie een argument heeft gegeven voor een stelling, pas aanvullende argumenten hoeft te produceren als de wederpartij eerst tegenargumenten heeft gegeven.

De hierboven genoemde regels geven weliswaar aan wie wat moet beargumenteren, maar ze geven nog niet aan hoe een bepaalde normatieve stelling beargumenteerd kan worden. Alexy noemt twee *redeneerschema's* die gebruikt kunnen worden voor de rechtvaardiging van normatieve uitspraken. Het eerste schema geeft in essentie de deductieve rechtvaardiging weer, zoals voorgestaan door MacCormick. Het gaat uit van een regel waaronder feiten worden gesubsu-meerd teneinde de normatieve conclusie te trekken:

De feiten F doen zich voor.

Als de feiten F zich voordoen, dan moet N gebeuren.

Dus: N moet gebeuren.

Het tweede redeneerschema gaat uit van de gevolgen van de aanvaarding van de normatieve bewering en komt overeen met de door MacCormick besproken teleologische argumentatie:

Als N moet, leidt dat tot G.

G is wenselijk.

Dus: N moet.

Deze redeneerschema's hebben enkel betrekking op de *vorm* van de redeneringen die tot normatieve oordelen kunnen leiden. Er zijn ook *rechtvaardigingsregels* die ertoe moeten bijdragen dat de partijen in een dialoog het *inhoudelijk* eens worden. Eén zo'n regel is gebaseerd op het door Hare geformuleerde *veralgemeniserings-beginsel*.²⁷ Het luidt dat ieder de gevolgen moet kunnen aanvaarden voor iemands individuele belangen, van de regel die wordt voorondersteld door een door hem beweerde normatieve uitspraak. Stel bijvoorbeeld, dat A vindt dat Jan naar de gevangenis moet, omdat hij gestolen heeft. Deze normatieve uitspraak vooronderstelt de regel

25. De vertaling van de term 'Grundregeln' en van soortgelijke termen die door Alexy worden gebruikt, heb ik overgenomen uit Feteris, *Redelijkheid ...* blz. 120 e.v.

26. *Theorie ...*, blz. 242.

27. Dit beginsel wordt uitgebreid besproken in R.M. Hare, *Freedom and Reason*, Oxford 1963, blz. 86 e.v.

dat wie steelt naar de gevangenis moet. A moet nu de gevolgen van deze regel kunnen aanvaarden voor het hypothetische geval dat hij Jan zou zijn, dat wil zeggen, voor het geval hij gestolen zou hebben.

Tenslotte noemt Alexy nog enkele *overgangsregels*. Eén daarvan luidt dat elke partij op ieder moment een discussie over de feiten mag beginnen. Immers niet elk normatief meningsverschil berust op een normatief verschil van inzicht. Het is heel goed mogelijk dat er een feitelijk meningsverschil aan ten grondslag ligt. Zo'n meningsverschil moet kunnen worden opgelost door een ingelaste discussie over de feiten. Bijvoorbeeld, twee partijen zijn het erover oneens of Johanna straf verdient. Ze zijn het eens over de regel dat dieven straf verdienen, maar zijn het oneens over de vraag of Johanna een dief is.

Regels voor juridische discussies

Volgens Alexy zijn juridische discussies speciale gevallen van normatieve discussies in het algemeen. Dat wil enerzijds zeggen dat een *juridische conclusie* over wat moet of mag de pretentie heeft ook iets te zeggen over wat *alles wel beschouwd* moet of mag. Bijvoorbeeld, het is niet goed mogelijk dat Jan juridisch gezien naar de gevangenis moet, maar dat hij al met al niet naar de gevangenis moet. Juridische conclusies zijn qua strekking dus niet beperkt tot het juridische. Anderzijds speelt in juridische discussies een aantal specifiek juridische factoren een rol. Deze factoren komen aan de orde in een hoofdstuk in Alexy's boek dat speciaal over juridische discussies gaat.

Om te beginnen maakt Alexy onderscheid tussen de interne rechtvaardiging van juridische oordelen, die betrekking heeft op de logische afleiding van de juridische conclusie uit de ter rechtvaardiging aangevoerde premissen, en de externe rechtvaardiging die betrekking heeft op de juistheid van de premissen.²⁸ Dit onderscheid loopt grotendeels parallel aan het onderscheid dat MacCormick maakt tussen deductieve rechtvaardiging en rechtvaardiging van de tweede orde.

Voor de *interne rechtvaardiging* gelden o.a. de regels dat voor de rechtvaardiging van ieder juridisch oordeel tenminste één algemene regel moet worden aangevoerd en dat het juridische oordeel logisch (bedoeld zal zijn: deductief) moet volgen uit tenminste één algemene norm tezamen met andere uitspraken. De eis dat een oordeel tenminste op één algemene norm gebaseerd moet zijn, geldt ook als er geen kant en klare wettelijke regel is. In zo'n geval moet er een regel gevormd worden.

Andere regels voor de interne rechtvaardiging zijn dat aan elke kwalificatie-beslissing een algemene regel ten grondslag word gelegd. Hetzelfde geldt voor elke interpretatie-stap. Op deze manier worden alle regels (aanvullende premissen) expliciet gemaakt die mogelijk controversieel zijn en daarom externe rechtvaardiging behoeven.

Alexy onderscheidt zes groepen van regels die betrekking hebben op de *externe rechtvaardiging*, te weten regels met betrekking tot interpretatie, dogmatische argumentatie, het gebruik van jurisprudentie, algemene praktische argumentatie, empirische argumentatie en, tenslotte, met betrekking tot de speciale juridische redeneervormen.²⁹

De *interpretatie-regels*, in Nederland gewoonlijk interpretatiemethoden genoemd, worden door Alexy geconstrueerd als redeneerschema's, waarbij de conclusie is dat een op een bepaalde manier geïnterpreteerde regel geldt. Het is bekend dat verschillende interpretatiemethoden tot onverenigbare resultaten kunnen leiden. Om dergelijke conflicten op te lossen stelt Alexy de regel voor, dat argumenten die de gebondenheid aan de bewoordingen van de wet, of aan de historische wil van de wetgever tot uitdrukking brengen, voorrang hebben op andere argumenten, met een uitzondering voor het geval dat er goede gronden zijn waarom andere argumenten voor zouden moeten gaan.

Met betrekking tot de *juridische dogmatiek* formuleert Alexy de regel dat op de juridische litera-

28. Theorie ..., blz. 273.

29. Theorie..., blz. 285.

tuur gebaseerde argumenten gebruikt moeten worden waar dat mogelijk is. Daarbij geldt wel dat als een dogmatische uitspraak in twijfel wordt getrokken, deze gerechtvaardigd dient te worden door middel van tenminste één algemeen praktisch argument en dat zo'n uitspraak bovendien toetsing in het licht van de systematiek van het recht en in het licht van de praktische rede in het algemeen moet kunnen doorstaan. Hier vinden we de door MacCormick geformuleerde criteria voor rechtvaardiging van de tweede orde, systematische en teleologisch argumentatie, weer terug.

Voor *jurisprudentie* geldt, dat deze gebruikt moet worden waar mogelijk en dat wie van eerdere rechtspraak wil afwijken, daarvoor de argumentatielast draagt.

De speciale juridische redeneervormen die Alexy noemt zijn de redeneringen naar analogie, a fortiori, a contrario en ad absurdum. Deze redeneervormen zijn technieken die gebruikt kunnen worden in juridische argumentatie, maar dragen als zodanig niet bij tot de gebondenheid aan het recht.

Uit de regels met betrekking tot juridische interpretatie, het gebruik van dogmatiek en jurisprudentie blijkt de binding aan het positieve recht, die juridische discussies tot op zekere hoogte fixeert en hun uitkomsten minder willekeurig maakt. De regels zijn evenwel niet zo bepaald dat ze voor alle gevallen één bepaalde uitkomst garanderen. De partijen bij een juridische discussie zijn minder vrij dan bij een morele discussie, maar toch nog voldoende vrij om in een aantal gevallen (moeilijke gevallen) verschillende kanten uit te kunnen.

Regels van de tweede orde

We hebben gezien dat MacCormick de mogelijkheid van deductieve rechtvaardiging beperkte tot de laatste stap(pen) van het rechtvaardigings-proces en dat hij voor de rechtvaardiging van de aanvullende premissen, de rechtvaardiging van de tweede orde, een beroep deed op systematische en teleologische argumentatie. Alexy's onderscheid tussen interne en externe rechtvaardiging valt in essentie samen met het onderscheid dat MacCormick maakte tussen deductieve rechtvaardiging en rechtvaardiging van de tweede orde.

Een belangrijk verschil tussen de aanpak van Alexy en die van MacCormick is evenwel dat de eerste niet alleen voor een procedurele aanpak kiest, maar ook dat hij bij de externe rechtvaardiging gebruik maakt van deductieve redeneringen. Zo is teleologische interpretatie in de opvatting van Alexy een deductieve redenering, met als conclusie de op een bepaalde wijze geïnterpreteerde regel. Alexy geeft in dit verband het volgende redeneerschema:

OZ

$\neg R' \rightarrow \neg Z$

R'

OZ betekent dat de toestand Z geboden is.³⁰ R' is de regel die ontstaat door de bepaling R volgens een bepaalde methode te interpreteren. De zin $\neg R' \rightarrow \neg Z$ betekent dat als de regel R' niet geldt, toestand Z niet bereikt wordt. Omdat het de bedoeling is dat Z wel bereikt wordt (OZ), volgt hieruit, volgens Alexy, dat de regel R' geldt. Dat wordt uitgedrukt in de laatste zin van de redenering, R'. In gewoon Nederlands komt de redenering er op neer dat toestand Z bereikt dient te worden en dat dit slechts gebeurt als regel R' geldt. Daarom zou regel R' gelden.

Een voorbeeld op basis van de Lindenbaum / Cohen-casus zou het volgende zijn: De schade tengevolge van onzorgvuldige concurrentie dient te worden gecompenseerd. Als onzorgvuldige concurrentie niet onder het onrechtmatigheidsbegrip valt, dan wordt de schade tengevolge van onzorgvuldige concurrentie niet gecompenseerd. Daarom valt onzorgvuldige concurrentie onder het onrechtmatigheidsbegrip.

Het lijkt erop dat Alexy hier een redeneerfout maakt, omdat de te trekken conclusie niet zozeer is

30. O is een zogenaamde deontische operator. Hij verandert de zin die zegt dat Z het geval is in de zin die zegt dat Z het geval *dient* te zijn.

dat regel R' geldt, maar dat die regel hoort te gelden (OR'). Wat in dit verband evenwel belangrijker is, is dat Alexy tracht te laten zien dat de externe rechtvaardiging ook als deductieve redeneringen kunnen worden geanalyseerd, mits de daartoe benodigde aanvullende premissen expliciet worden gemaakt.

Deze premissen zullen ten dele betrekking hebben op het concrete geval, zoals de premisse dat een bepaalde interpretatie in overeenstemming is met de bedoeling van de wetgever. Andere premissen hebben een algemenere strekking, zoals de premisse dat als een bepaalde interpretatie in overeenstemming is met de bedoeling van de wetgever, die interpretatie geldend recht is, of de premisse dat een regel geldend recht is als dat zou leiden tot een maatschappelijk wenselijke toestand.

Dergelijke algemene premissen zijn eigenlijk een soort regels, die deel uitmaken van het geldend recht. Het zijn echter geen 'gewone' rechtsregels, die betrekking hebben op concrete casus, maar regels die het redeneren met en over rechtsregels regelen. Een soort 'meta-regels' dus, ofwel rechtsregels van de tweede orde.³¹

Dialogen ter voorkoming van willekeur

In hoeverre kan de dialoog-theorie van Alexy aangeven hoe de willekeur bij juridisch besluitvorming kan worden ingeperkt? Ook op dialogen gebaseerde rechtvaardigingen zijn slechts relatief. Wat de uitkomst van een dialoog zal zijn, hangt af van wat de deelnemers in een dialoog bereid zijn te aanvaarden. Weliswaar zijn er beperkingen in wat dialoog-partijen kunnen doen, bijvoorbeeld door gebondenheid aan de bronnen van het recht, maar die gebondenheid is niet voldoende om alle willekeur uit te sluiten.

Als die deelnemers gekke sprongen maken, kan ook een dialoog die geheel volgens de regels is verlopen tot onaanvaardbare uitkomsten leiden, uitkomsten die inhoudelijk niet gerechtvaardigd zijn. Zijn er dan nog wel serieuze verschillen tussen dialogische en - laten we zeggen - monologische rechtvaardigingen van rechtsbeslissingen? Wat heeft Alexy, toe te voegen aan de theorie van McCormick die van deductie uitgaat?

Als de vraag vanuit een zuiver logisch perspectief wordt gesteld, is het antwoord: niets. Aan het einde van een dialoog is het duidelijk welke conclusie is aanvaard en welke veronderstellingen door de beide partijen zijn gemaakt en aanvaard teneinde tot die conclusie te komen. Als de dialoog volgens de regels is gevoerd, zullen die veronderstellingen de conclusie logisch insluiten. Dat wil zeggen dat de conclusie deductief volgt uit de gemaakte veronderstellingen.³² Het maakt voor de logische relatie tussen de premissen en de conclusie niets uit of die is gelegd in een deductieve redenering of in een dialoog. Als men de vraag naar de relatieve rechtvaardiging van een rechtsbeslissing in relatie tot een aantal uitgangspunten ziet als een zuiver logische vraag, heeft een dialogische benadering niets toe te voegen aan een benadering als die van McCormick, die is gebaseerd op deductieve logica.³³

Daarentegen biedt een dialogische benadering wel iets extra's, als juridische rechtvaardiging vooral wordt gezien als een wijze waarop overeenstemming kan worden bereikt over de uitgangspunten waarop de rechtsbeslissing uiteindelijk wordt gebaseerd. Deductieve rechtvaardiging doet weinig meer dan de uiteindelijke beslissing herleiden tot een aantal uitgangspunten. De kern van juridische meningsverschillen berust echter vaak op een verschil van inzicht over de uitgangspunten. Dat verschil moet in het rechtvaardigings-proces in zoverre worden opgeheven, dat men het eens kan worden over de uiteindelijke conclusie. Een dialogische

31. In het onder redactie van McCormick en Summers verschenen boek *Interpreting Statutes* wordt verslag gedaan van empirisch onderzoek naar de in verschillende landen gebruikte meta-regels voor het interpreteren van wettelijke bepalingen. D.N. McCormick en R.S. Summers (red.), *Interpreting statutes: a comparative study*, Aldershot 1991.

32. Hier wordt voorlopig verondersteld dat deductieve rechtvaardiging met behulp van rechtsregels inderdaad mogelijk is. Of dat echt zo is, komt later nog aan de orde.

33. We zien hier even af van andere verschillen tussen de opvattingen van McCormick en, bijvoorbeeld, Alexy, die niets te maken hebben met het verschil tussen een dialogische en een deductieve benadering.

benadering besteedt, in tegenstelling tot een puur logische benadering, aandacht aan het procesmatige karakter van rechtvaardiging. Het is in een proces dat de bij de dialoog betrokken partijen overeenstemming dienen te bereiken over de uitgangspunten van de rechtvaardiging. Het gaat als het ware om het kiezen van de premissen van de redenering die later deductief kan worden gereconstrueerd.

Dit kiezen van de premissen is een activiteit, die als zodanig niet voor *logische* evaluatie in aanmerking komt, maar desondanks toch geëvalueerd kan worden in termen van *rationaliteit*. De te hanteren criteria voor rationaliteit hebben dan betrekking op het *proces* waarin de noodzakelijke overeenstemming over de uitgangspunten wordt bereikt. Dialoogregels, zoals geformuleerd door bijvoorbeeld Alexy, hebben dan ook in belangrijke mate betrekking op het procesmatige aspect van dialogen.

Teruggrijpend op de algemene bespreking van de rechtvaardigings-problematiek aan het begin van deze bijdrage zou men kunnen zeggen dat de dialogische aanpak zijn belangrijkste rol speelt op het punt waar de deductieve aanpak stoot op de discretionaire bevoegdheid van de beslisser. Daar moeten de uitgangspunten worden gekozen voor zover die niet door de feiten van de casus en door het onomstreden deel van het recht worden bepaald. De dialoog-benadering geeft aan hoe de wijze waarop van die discretionaire bevoegdheid gebruik wordt gemaakt, toch nog gebonden is aan rationaliteitscriteria, zij het criteria die de te nemen beslissing niet inhoudelijk bepalen, maar slechts naar de wijze van totstandkoming.

Toch blijft gelden dat alle rechtvaardiging, ook dialogische, slechts relatief is. Alleen voor wie de premissen aanvaardt, levert de redenering echt een rechtvaardiging van de conclusie op. Deze relativiteit van rechtvaardiging is een expliciet thema in het werk van de Finse rechtstheoreticus Aulis Aarnio.

AARNIO OVER DE SOCIALE VOORONDERSTELLINGEN VAN RECHTVAARDIGING

In zijn boek *The Rational as Reasonable*³⁴ geeft Aarnio een omvattende theorie over de rechtvaardiging van rechtsbeslissingen. Binnen deze theorie speelt de rechtvaardiging van rechtsnormen een speciale rol. Een rechtsbeslissing wordt intern gerechtvaardigd door deze te deduceren uit een regel en de feiten van een concreet geval. In dit opzicht volgt Aarnio de opvattingen van MacCormick en Alexy. Aarnio legt in zoverre andere accenten, dat hij vooral aandacht besteedt aan de vraag hoe de regels welke bij die deductieve rechtvaardiging gebruikt worden, gerechtvaardigd kunnen worden op basis van de relevante juridische teksten. Bij die teksten moet in de eerste plaats worden gedacht aan wettelijke bepalingen, maar daarnaast ook aan jurisprudentie en de documenten die de wordingsgeschiedenis van wetten beschrijven (Memories van Toelichting en van Antwoord, verslagen van Kamer-commissies, enz.) De centrale vraag bij Aarnio is dan ook een interpretatieve: Hoe kan men een bepaald standpunt over hoe deze geschriften geïnterpreteerd dienen te worden, rechtvaardigen?

Juridische dialogen

Ter beantwoording van deze vraag kiest Aarnio als uitgangspunt de situatie waarin twee partijen het er niet over eens zijn hoe een bepaalde tekst, zeg een wettelijke bepaling, uitgelegd moet worden. Het bestaande meningsverschil dient te worden opgelost in een dialoog, waarbij de ene partij de andere probeert te overtuigen van de juistheid van de door hem voorgestane interpretatie.³⁵ Aarnio geeft in de vorm van tabellen een voorbeeld van hoe zo'n rechtvaardiging in dialoog-vorm kan plaats vinden.³⁶ Hieronder volgt een enigszins aangepaste reconstructie van Aarnio's voorbeeld³⁷:

34. A. Aarnio, *The Rational as Reasonable*, Dordrecht 1987.

35. *The Rational* ..., blz. 108.

36. *The Rational* ..., blz. 115 e.v.

37. De aanpassing is gemaakt omdat Aarnio wat (te) losjes omgaat met de syllogistische logica die hij meent te

Partij 1	Partij 2
In gevallen als f dient het rechtsgevolg G in te treden.	Waarom?
Syllogisme 1: 1. De wettelijke bepaling W zegt: als V, dan G. 2. Gevallen als f vallen onder V. dus: 3. In gevallen als f dient het rechtsgevolg G in te treden.	Hoe kom je erbij dat gevallen als f onder V vallen?
Syllogisme 2: 1. Als de wetsgeschiedenis zegt dat bij de bepaling W gevallen als f onder V vallen, dan is het zo dat gevallen als f, onder V vallen. 2. De wetsgeschiedenis zegt dat bij de bepaling W gevallen als f onder V vallen. dus: 3. Gevallen als f vallen onder V	

Als partij 2 hiermee tevreden is, is de discussie afgelopen en is partij 1 erin geslaagd het meningsverschil in zijn voordeel tot een einde te brengen. Het is evenwel ook mogelijk dat partij 2 nog niet tevreden is. De dialoog zou dan bijvoorbeeld als volgt kunnen worden voortgezet:

gebruiken. De aanpassing doet echter niet af aan de strekking van wat Aarnio met zijn voorbeeld wil duidelijk maken. Juist om de aansluiting bij wat Aarnio schrijft zoveel mogelijk te handhaven, zijn er nog steeds een paar concessies gedaan met betrekking tot de deductieve geldigheid van de gepresenteerde 'syllogismen'.

Partij 1	Partij 2
zie Syllogisme 2	Hoe kom je erbij dat als de wetsgeschiedenis zegt dat een bepaalde interpretatie de juiste is, dat dan ook inderdaad zo is?
1. De juiste interpretatie is de interpretatie die door de wetgever werd beoogd. 2. Als de wetsgeschiedenis zegt dat een bepaalde interpretatie de juiste is, dan is die interpretatie door de wetgever beoogd. dus: 3. Als de wetsgeschiedenis zegt dat een bepaalde interpretatie de juiste is, dan is dat zo.	Hoe kom je erbij dat de door de wetgever beoogde interpretatie de juiste is?
Dat is in overeenstemming met het democratisch beginsel en met het beginsel der machtscheiding.	Wat hebben die twee politieke beginselen te maken met wat het recht inhoudt?

Deze vervolg-dialogoog maakt twee dingen duidelijk. Ten eerste dat een dialoog met een opponent die alles ter discussie stelt niet goed mogelijk is. Een dialoog eindigt slechts met overeenstemming als de opponenten op zijn minst een aantal relevante uitgangspunten met elkaar delen. Partijen die het over 'alles' oneens zijn, zullen het ook niet eens worden over het uitgangspunt van de discussie. Wat abstracter geformuleerd wil dit zeggen dat ook rechtvaardiging in de vorm van dialogen relatief is. Steeds zijn er uitgangspunten nodig, waartoe de te rechtvaardigen conclusie herleid wordt. *In dit opzicht* verschilt rechtvaardiging door een dialoog niet van deductieve rechtvaardiging.

Ten tweede maakt deze dialoog duidelijk dat juridische discussies niet geïsoleerd zijn van de rest van het maatschappelijk leven. Als men maar diep genoeg graaft, komt de dialoog vanzelf bij de grenzen van het recht. Dat betekent echter niet dat de dialoog daar moet eindigen. Het recht heeft zijn wortels in het sociale leven van een bepaalde samenleving en in extreme gevallen grijpt juridische rechtvaardiging op die wortels terug. In dit verband zal Aarnio het Wittgensteiniaanse begrip 'levenswijze' opvoeren.

Non-cognitivism

Een deel van de uitgangspunten die in een dialoog nodig zijn om het eens te worden over een juridische interpretatie zal betrekking hebben op waarden. Dat is met name het geval waar een keuze moet worden gemaakt uit verschillende rechtsbronnen, waar gebruik wordt gemaakt van een redenering naar analogie, waar de effecten van een beslissing in aanmerking worden genomen, of waar de regel waarop de beslissing is gebaseerd rechtstreeks naar een bepaalde waarde of moreel beginsel verwijst.³⁸ Aarnio (en vele andere rechtstheoretici) hangen een zogenaamd non-cognitivistisch standpunt aan waar het waardeoordeel betreft. Dit standpunt heeft betrekking op de vraag wat er in de werkelijkheid correspondeert met een waar waardeoordeel. Is er wel iets dat daarmee correspondeert en zo nee, wat maakt het waardeoordeel dan waar? Is het wel zinvol om bij waardeoordelen van waar of onwaar te spreken? Deze vragen zijn in de loop van deze eeuw voorwerp geweest van uitvoerige discussie.³⁹ Ze zijn ook goed te vergelijken met de ontologische vraag t.a.v. het recht die aan het begin van deze bijdrage aan de orde kwam.

In die discussie zijn er drie soorten antwoorden gegeven op de vraag wat er in de werkelijkheid correspondeert met (vermeend) ware waardeoordelen. Eén soort antwoord is dat met een waardeoordeel wordt gezegd dat iets bepaalde niet-evaluatieve eigenschappen heeft. Bijvoorbeeld, het waardeoordeel dat dit een goede versterker is zou betekenen dat deze versterker een geringe harmonische vervorming en een goed impulsgedrag heeft. Dat dit een goede handeling is, zou bijvoorbeeld betekenen dat deze handeling bijdraagt aan een zo groot mogelijk geluk voor zoveel mogelijk mensen. Aanhangers van dit standpunt noemt men wel 'naturalisten', omdat ze aannemen dat er bepaalde natuurlijke eigenschappen corresponderen met waardeoordelen.

Een ander soort antwoord is dat waardeoordelen weliswaar aangeven dat iets bepaalde eigenschappen heeft, maar dat het daarbij gaat om speciale niet-natuurlijke eigenschappen zoals goedheid of schoonheid. Deze niet-natuurlijke eigenschappen zouden niet te definiëren zijn in termen van natuurlijke eigenschappen.⁴⁰ Aanhangers van dit standpunt noemt men 'non-naturalisten'.

Zowel naturalisten als non-naturalisten nemen aan dat er iets is in de werkelijkheid dat waardeoordelen waar (of onwaar) maakt. Daarom is in principe kennis mogelijk omtrent waarderings.

38. The Rational ..., blz. 204/205.

39. Goede overzichten van die discussie zijn W.D. Hudson, *Modern Moral Philosophy*, Londen 1970 en M. Warnock, *Ethics since 1900*, Londen 1960.

40. De bekendste vertegenwoordiger van dit stand is G.E. Moore. Vgl. diens *Principia Ethica*, Cambridge 1903.

Vandaar dat naturalisten en non-naturalisten samen ook wel 'cognitivisten' worden genoemd. Tegenover de cognitivisten staan de non-cognitivisten. Dezen gaan er vanuit dat er niets in de werkelijkheid is dat correspondeert met waardeoordelen. Volgens Ayer, bijvoorbeeld, zijn waardeoordelen niet anders dan uitdrukkingen van de gevoelens van degene die ze uitspreekt.⁴¹ Er zijn ook genuanceerdere non-cognitivistische standpunten verdedigd, zoals bijvoorbeeld door Stevenson en Hare⁴², maar die hebben met dat van Ayer gemeen dat waardeoordelen niet geacht worden feiten uit te drukken die zich in de werkelijkheid voordoen.

Veel rechtstheoretici die zich met de vraag naar rechtvaardiging van rechtsbeslissingen bezig houden, zijn non-cognitivisten. Dat wil zeggen dat in hun mening rechtsbeslissingen die op waardeoordelen zijn gebaseerd, objectiviteit ontberen in de meest letterlijke zin van het woord. Er is niets in de werkelijkheid dat die waardeoordelen waar maakt en dus, voor zover de rechtsbeslissingen van waardeoordelen afhankelijk zijn, ook niets dat die rechtsbeslissingen waar maakt. Het nemen van die beslissingen is dus, naar het schijnt, zuiver een kwestie van smaak en willekeur.

Aanvaardbaarheid en rationaliteit

Als men, net als Aarnio, aanneemt dat de relativiteit van waarden van invloed is op de uitkomst van juridische rechtvaardiging, doemen de volgende twee vragen op⁴³:

1. Hoe kan het rationaliteits-begrip zodanig worden gedefinieerd, dat het adequaat zal blijken voor juridische rechtvaardiging? en
2. Is het, gegeven waarden-relativisme, mogelijk om te spreken van rationele aanvaardbaarheid?

Ter beantwoording van deze vragen sluit Aarnio aan bij o.a. Alexy en diens theorie over dialogische rechtvaardiging. Aan de ene kant is er de rationaliteit van de deductieve logica, die door Aarnio L-rationaliteit wordt genoemd. Deze logica kan, zoals we bij herhaling hebben geconstateerd, niet meer dan een conclusie (intern) rechtvaardigen op basis van vooronderstelde premissen. Die premissen behoeven zelf nog (externe) rechtvaardiging. Het is deze rechtvaardiging die Aarnio, net als Alexy, aan dialogen toewijst. In dit verband benoemt Aarnio een tweede vorm van rationaliteit, de zogenaamde D-rationaliteit. Een uitkomst is D-rationeel, als hij de uitkomst is van een rationele procedure. Ter definitie van een rationele procedure geeft Aarnio een aantal dialoogregels die grote overeenkomst vertonen met de door Alexy geformuleerde regels.

Stel dat een bepaalde juridische conclusie de uitkomst is van een rationele dialoog, kunnen we dan zeggen dat die conclusie daarmee zelf ook gerechtvaardigd is? Het volgende voorbeeld laat zien dat dit niet zo is⁴⁴:

41. A.J. Ayer, *Language, Truth, and Logic*, Harmondsworth 1946.

42. C.L. Stevenson, *Ethics and Language*, New Haven 1944 en R.M. Hare, *The Language of Morals*, Oxford 1952.

43. The Rational ..., blz. 188.

44. Het voorbeeld gaat niet over de rechtvaardiging van een interpretatie, het onderwerp waar Aarnio het eigenlijk over heeft, maar dat doet aan de essentie niet af.

Partij 1	Partij 2
Pietersen moet de doodstraf krijgen.	Hoezo?
Syllogisme: 1. Wie een ander het leven redt, moet de doodstraf krijgen. 2. Pietersen heeft Janssen het leven gered. dus: 3. Pietersen moet de doodstraf krijgen.	OK.

Deze wat eenzijdige dialoog voldoet aan alle door Aarnio geformuleerde rationaliteits-eisen (als we aannemen dat beide partijen serieus waren). Toch valt het moeilijk vol te houden dat de uitkomst van de dialoog gerechtvaardigd is. Dat komt, omdat de argumentatie op basis waarvan de conclusie wordt geaccepteerd wordt, uitgaat van een onaanvaardbare premisse, te weten dat wie een ander het leven redt, de doodstraf moet krijgen. De moeilijkheid is dat de dialoogregels niet naar de inhoud van de aangevoerde premissen kijken. Daardoor is het mogelijk dat als beide partijen bereid zijn een 'onaanvaardbare' premisse te aanvaarden, de dialoog een 'onmogelijke' uitkomst krijgt.

Om dergelijke resultaten te voorkomen vult Aarnio het 'formele' vereiste van D-rationaliteit aan met het inhoudelijke vereiste van aanvaardbaarheid. Een interpretatie van het recht is slechts gerechtvaardigd, indien hij niet alleen de *uitkomst is van een rationele dialoog*, maar bovendien *aanvaardbaar* is. Dat brengt ons op de vraag wanneer een bepaalde interpretatie aanvaardbaar is.

Aanvaardbaarheid en levensvormen

De aanvaardbaarheid van een juridische interpretatie hangt af van de inhoudelijke keuzen die zijn gemaakt bij het komen tot die interpretatie. Die keuzen zijn mede gebaseerd op waardeoordelen. Het door Aarnio aangehangen waarden-relativisme dreigt daarom de aanvaardbaarheid van een juridische interpretatie tot enkel een kwestie van persoonlijke smaak te maken.

Toch is de aanvaardbaarheid van een juridische interpretatie volgens Aarnio niet slechts een kwestie van persoonlijke voorkeur. Weliswaar zijn waardeoordelen steeds relatief met betrekking tot een bepaald systeem van waarden en beginselen, maar dat brengt niet met zich mee dat waardeoordelen een kwestie van persoonlijke smaak zijn. Het systeem van waarden en beginselen waarop waardeoordelen gebaseerd zijn, is niet een kwestie van persoonlijke smaak, maar maakt (volgens Aarnio) deel uit van een groter geheel van gedeelde waarden en opvattingen die aan een bepaalde cultuur gemeenschappelijk zijn. Die waarden en opvattingen zijn op hun beurt een wezenlijk bestanddeel van de door de deelnemers aan die cultuur gedeelde 'levensvorm'.⁴⁵

Ter illustratie van wat met zo'n levensvorm bedoeld wordt, kunnen we teruggrijpen op een dialoog die eerder aan de orde kwam en waarin wetshistorische interpretatie verdedigd werd met een beroep op de beginselen van democratie en van de machtscheiding. Men zou kunnen verdedigen dat het primaat van de politiek over het recht en het beginsel dat de wetgever uiteindelijk de inhoud van het recht bepaalt, behoren tot de uitgangspunten van onze juridische cultuur. Deze uitgangspunten zijn nauw verweven met de gedachte dat mensen gelijkwaardig zijn (democratie) en dat recht voor iedereen gelijk dient te zijn (primaat van de politiek ter

45. The Rational ..., blz. 209 e.v.

voorkoming van rechterlijke willekeur). Deze uitgangspunten plegen zelf niet gerechtvaardigd te worden. Integendeel, ze vormen de basis waarop andere rechtvaardigingen gebaseerd kunnen worden. Weliswaar is het in theorie mogelijk om ook deze basis ter discussie te stellen, maar wie dat doet stelt het vanzelfsprekende ter discussie.⁴⁶

Door de aanvaardbaarheid van juridische interpretaties te baseren op de waarden en aannamen van een levensvorm, weet Aarnio het waarden-relativisme van zijn non-cognitivistische standpunt te handhaven zonder te vervallen in het standpunt dat aanvaardbaarheid van interpretaties enkel maar een kwestie van persoonlijke smaak is. Een juridische beslisser kan geen muntje opgooien waar het gaat om de keuze van een bepaalde interpretatie van een juridische tekst. Zo'n interpretatie dient gerechtvaardigd te zijn. Dat wil enerzijds zeggen dat hij de uitkomst moet kunnen zijn van een dialoog die voldoet aan de eisen van procedurele correctheid. Anderzijds wil dat zeggen dat de gekozen interpretatie aanvaardbaar dient te zijn op basis van de veronderstellingen en waarden die deel uitmaken van de levensvorm waar de interpretator deel van uitmaakt.

Het beroep op levensvormen ter voorkoming van willekeur

Bij de bespreking van MacCormick zagen we dat rechtsbeslissingen deductief kunnen worden gerechtvaardigd. Voor zover dat mogelijk is op basis van de feiten van het geval en onomstreden rechtsregels, zijn die beslissingen door de gebondenheid aan het recht volledig aan de willekeur van de beslisser onttrokken. Voor zover aanvullende premissen nodig zijn, voldoet de gebondenheid aan het recht niet volledig om willekeur te vermijden. Toch is de beslisser nog gebonden, omdat hij aansluiting moet zoeken bij het systeem van het recht en omdat hij rekening moet houden met de gevolgen van zijn beslissing.

Alexy voegde daaraan toe dat de uitgangspunten van de redenering waarbij een rechtsbeslissing wordt gerechtvaardigd, zelf nog procedureel gerechtvaardigd kunnen zijn, als ze gekozen zijn in een rationele procedure.

Aarnio constateert evenwel dat een rationele procedure geen garanties biedt tegen 'gekke' beslissingen. Vandaar dat hij de aanvullende eis stelt dat een rechtsbeslissing ook inhoudelijk aanvaardbaar is. Deze eis komt naast de gebondenheid aan het recht, die Aarnio net als MacCormick en Alexy erkent. Het probleem met de aanvaardbaarheids-eis is dat deze een beroep moet doen op waarde-oordelen. Omdat Aarnio een non-cognitivist is op evaluatief gebied, zijn waarde-oordelen in zijn opvatting nooit objectief. Hoe kan de aanvaardbaarheids-eis dan willekeur voorkomen, als die uiteindelijk neerkomt op een beroep op subjectieve waarden?

Het antwoord luidt dat de waarden waarop een beroep moet worden gedaan niet subjectief zijn, maar intersubjectief. De juridische beslisser mag zijn waarden niet zelf kiezen, maar is gebonden aan een waardensysteem dat inherent is aan zijn levensvorm. Vandaar dat de door Aarnio gestelde aanvaardbaarheids-eis naast de reeds genoemde gebondenheid aan het recht en de rechtvaardiging van de uitgangspunten via een rationele procedure, een extra waarborg tegen willekeur biedt.

PECZENIK EN DE BEPERKTE ROL VAN DE DEDUCTIEVE LOGICA

Peczenik's meest recente uiteenzetting over rechtvaardiging van rechtsbeslissingen is te vinden in zijn *Law and Reason*.⁴⁷ In dit rijke boek laat Peczenik zien hoe zijn opvattingen passen binnen de tradities van de meta-ethiek en van de wetenschapsleer. Het nadeel van deze opzet is dat de rode draad van zijn redenering minder eenvoudig te volgen is. Vandaar dat deze bespreking van de opvattingen van Peczenik een eerder boek als uitgangspunt neemt, te weten *The Basis of Legal Justification*.⁴⁸

46. Vgl. *The Rational ...*, blz. 213 e.v., waar Aarnio de relevante opvattingen van Wittgenstein bespreekt. Vgl. ook L. Wittgenstein, *Über Gewissheit*, Frankfurt a/M 1984.

47. A. Peczenik, *On Law and Reason*, Dordrecht 1989.

48. A. Peczenik, *The Basis of Legal Justification*, Lund 1983.

Het thema van dit laatste boek is in de bewoordingen van Peczenik zelf 'de diepe rechtvaardiging van contextueel voldoende juridische rechtvaardiging'.⁴⁹ Wat bedoelt Peczenik daarmee? In juridische discussies worden bepaalde redenen aangevoerd ter rechtvaardiging van een rechtsbeslissing. Binnen de rechtsgemeenschap gelden bepaalde afleidregels, die aangeven dat dergelijke redenen een afdoende rechtvaardiging vormen voor de te nemen beslissing. Gegeven de context van die afleidregels zijn de aangevoerde redenen voldoende. Vandaar dat Peczenik daarvoor de uitdrukking 'contextueel voldoende rechtvaardiging' hanteert.

Een voorbeeld van zo'n afleidregel zou zijn dat een bepaalde interpretatie van een wettelijke bepaling een regel van geldend recht oplevert, indien deze interpretatie in overeenstemming is met de bedoelingen van de wetgever. Als vervolgens de betreffende regel wordt gebruikt om een concrete juridische interpretatie te rechtvaardigen, is deze interpretatie contextueel gerechtvaardigd, omdat de betreffende afleidregel, zo nemen we aan, binnen de rechtsgemeenschap niet ter discussie staat.

Nu is het mogelijk om die afleidregels zelf ter discussie te stellen. Er moeten dan redenen gegeven worden ter rechtvaardiging van de in de rechtsgemeenschap aanvaarde redeneerregels. De redenen die daarvoor gegeven kunnen worden ontleen hun betekenis aan nieuwe afleidregels, door Peczenik de 'afleidregels van het buiten-juridische (diepe) discours' genoemd.

Transformaties⁵⁰

Peczenik's analyse van de rechtvaardiging van rechtsbeslissingen wijkt in zoverre af van die van MacCormick, Alexy en Aarnio, dat Peczenik het belang van niet-deductieve afleiding benadrukt. Dat komt al enigszins naar voren in de wijze waarop Peczenik de stappen van contextuele en diepe rechtvaardiging beschrijft, namelijk in termen van redenen. De term 'reden' suggereert dat een conclusie wordt ondersteund, zonder dat die wordt gegarandeerd. Bovendien is het mogelijk om redenen tegen elkaar af te wegen.⁵¹

In dit verband introduceert Peczenik de notie van een transformatie, of een sprong ('jump'). Een transformatie is een redeneerstap die niet deductief geldig is en ook niet deductief geldig te maken is door triviale of algemeen aanvaarde premissen toe te voegen.⁵² Neem bijvoorbeeld de volgende redenering:

Cohen heeft Lindenbaum op onzorgvuldige wijze beconcurrereerd.

Dus: Cohen heeft jegens Lindenbaum een onrechtmatige daad gepleegd.

Deze redenering is niet deductief geldig, omdat het verband tussen onzorgvuldige concurrentie en de onrechtmatigheid van het gedrag niet wordt aangegeven. Of de redenering ook een transformatie inhoudt, hangt af van de status van de aanvullende premisse die nodig is om de redenering alsnog deductief geldig te maken. Die premisse luidt:

Als iemand een ander onzorgvuldig beconcurrereert, dan pleegt eerstgenoemde persoon een onrechtmatige daad jegens laatstgenoemde.

Als deze laatste premisse triviaal is, of algemeen aanvaard wordt, dan is de redenering geen transformatie. Als die premisse daarentegen niet algemeen aanvaard is, is er wel sprake van een transformatie. Voor het Nederlandse recht geldt dus dat bovengenoemde redenering vóór het Lindenbaum / Cohen-arrest een transformatie zou inhouden, terwijl hij na dat arrest geen transformatie meer zou opleveren, omdat de noodzakelijke aanvullende premisse een algemeen aanvaard onderdeel van het Nederlandse recht is gaan uitmaken.

49. The Basis ..., blz. 1

50. Deze paragraaf en de volgende bouwen ten dele voort op het 'Intermezzo: deductie' dat bij de bespreking van MacCormick aan de orde kwam.

51. Het belang van het afwegen van redenen wordt door Peczenik benadrukt in On Law and Reason, par. 2.4 e.v.

52. The Basis ..., blz. 3.

Niet-analytische afleidregels

Aan transformaties liggen *afleidregels* ten grondslag. De zin

Uit het feit dat iemand een ander onzorgvuldig beconcurrereert, *kan worden afgeleid* dat eerstgenoemde persoon een onrechtmatige daad jegens laatstgenoemde pleegt

drukt zo'n afleidregel uit.

Afleidregels zijn niet hetzelfde als aanvullende premissen, al lijken ze veel op elkaar. Voor het vervolg is het van belang het verschil tussen deze twee te onderkennen.

Elke geldige redeneerstap veronderstelt een regel die zegt dat een dergelijke stap in orde is. Deze regels zijn de criteria aan de hand waarvan goede van slechte redeneringen worden onderscheiden. In dit verband kwamen we al eerder de afleidregel tegen die redeneringen van de vorm Modus Ponens rechtvaardigt. Omdat deze regel aanvaard wordt, zijn afleidingen van het type Modus Ponens geldig. Deze afleidregel is formeel, omdat hij enkel betrekking heeft op de vorm van de redeneringen. Het doet er niet toe waar 'A en 'B' voor staan; elke invulling leidt tot een deductief geldige redenering.

Naast formele afleidregels kunnen we ook inhoudelijke of *materiële afleidregels* aanvaarden. Een voorbeeld van zo'n materiële afleidregel is:

Uit 'X heeft de studie Nederlands recht met succes voltooid' mag worden afgeleid 'X is meester in de rechten'.

Schematisch:

X heeft de studie Nederlands recht met succes voltooid

X is meester in de rechten

Deze afleidregel gaat over een bepaald onderwerp, namelijk over het voltooiën van de studie Nederlands recht en het hebben van de meesters-titel en is daarom niet formeel, maar materieel. Redeneringen die gebaseerd zijn op zo'n materiële afleidregel zijn *niet* deductief geldig.

Materiële afleidregels hebben veel weg van gewone premissen. De afleidregel Uit 'X heeft de studie Nederlands recht met succes voltooid' mag worden afgeleid 'X is meester in de rechten'

lijkt bijvoorbeeld erg veel op de beweerzin

Als iemand de studie Nederlands recht met succes heeft voltooid, is hij meester in de rechten.

Als deze zin als aanvullende premisse wordt gekozen, kan de redenering

X heeft de studie Nederlands recht met succes voltooid

X is meester in de rechten

worden geconstrueerd als een Modus Ponens-redenering, dat wil zeggen als een redenering die gebruik maakt van een formele in plaats van een materiële afleidregel:

Als iemand de studie Nederlands recht met succes heeft voltooid, is hij meester in de rechten

X heeft de studie Nederlands recht met succes voltooid

Dus: X is meester in de rechten

Dit schijnbaar subtiele verschil is in praktijk van groot belang. Eén reden daarvoor is dat alleen redeneringen die gebruik maken van formele afleidregels deductief geldig kunnen zijn. Vandaar dat veel logici geneigd zijn materiële afleidregels te vervangen door aanvullende premissen, zodat de resulterende redenering aan de hand van deductieve logica kan worden beoordeeld. Deductieve logica is heel precies en goed ontwikkeld en het lijkt daarom zinvol om zoveel mogelijk redeneringen te reconstrueren als deductieve redeneringen, gebaseerd op formele afleidregels. Eventuele kritiek op de redenering kan zich dan richten op de aanvullende premisse die nodig is om de redenering deductief geldig te maken. We zijn deze stijl van redeneren reeds

tegengekomen bij de bespreking van MacCormick en van Alexy.

Toch is het niet geheel lood om oud ijzer of men werkt met materiële afleidregels of met aanvullende premissen en formele afleidregels. We hebben gezien dat premissen geacht worden waar of onwaar te zijn. Afleidregels daarentegen zijn niet waar of onwaar, maar worden aanvaard of niet. Een materiële afleidregel zal gewoonlijk aanvaard worden als de corresponderende premisse waar is. Dus als de zin

Als iemand de studie Nederlands recht met succes heeft voltooid, is hij meester in de rechten waar is, zal de afleidregel

Uit 'X heeft de studie Nederlands recht met succes voltooid' mag worden afgeleid 'X is meester in de rechten'

aanvaard worden.

Afleidregels kunnen echter ook aanvaard worden als de corresponderende beweerzin niet in zijn algemeenheid waar is. Neem bijvoorbeeld de afleidregel

Uit 'X heeft een misdrijf heeft gepleegd' mag worden afgeleid 'X is strafbaar'.

Deze regel is aanvaardbaar, omdat hij *in het algemeen* tot juiste afleidingen zal leiden. Toch is de corresponderende beweerzin

Als iemand een misdrijf heeft gepleegd, is hij strafbaar

in zijn algemeenheid niet waar. Er kunnen immers uitzonderingen zijn, zoals bijvoorbeeld wanneer het strafbaar feit is verjaard. Als zo'n uitzondering zich voordoet, is dat een reden om de afleidregel *in dit concrete geval* niet toe te passen, niet een reden om de regel *in het geheel niet* te aanvaarden.

Kortom, het is mogelijk om een afleidregel te aanvaarden, zelfs al zijn er uitzonderingen op die regel. Beweerzinnen zijn echter onwaar als er uitzonderingen op zijn. Daarom kunnen niet-analytische afleidregels niet volledig worden vervangen door aanvullende premissen in combinatie met formele afleidregels. Die laatste combinatie kan immers niet omgaan met uitzonderingen, waar materiële afleidregels dat wel kunnen.⁵³ We zullen hier later nog een voorbeeld van bespreken.

Niet-analytische afleidregels en transformaties

Peczenik onderscheidt tussen twee soorten afleidregels. Sommige zijn analytisch en de afleidingen gebaseerd op die regels zijn geen transformaties. De geldigheid van analytische afleidregels is gebaseerd op de betekenis van de daarin voorkomende woorden. Neem bijvoorbeeld de regel die redeneringen van het type Modus Ponens rechtvaardigt. Deze regel luidt: Uit 'Als A dan B' en 'A' mag men 'B' afleiden. De geldigheid van deze regel is gebaseerd op de betekenis van de woorden 'als' en 'dan'. Het zal duidelijk zijn dat analytische afleidregels in de zin van Peczenik de formele afleidregels zijn die in de deductieve logica worden gebruikt.

Andere afleidregels zijn 'niet-analytisch', dat wil zeggen dat hun geldigheid niet is gebaseerd op de daarin voorkomende woorden. De regel uit het Lindenbaum / Cohen-arrest, dat onzorgvuldige concurrentie beschouwd kan worden als onrechtmatig gedrag, is zo'n niet-analytische afleidregel. Als een niet-analytische afleidregel niet algemeen aanvaard is, is de afleiding gebaseerd op die regel een transformatie en is de regel een transformatie-regel. Volgens Peczenik kunnen niet-analytische afleidregels haast altijd vervangen worden door corresponderende premissen. Het zal duidelijk zijn dat de niet-analytische afleidregels tevens materiële afleidregels zijn.

Niet-analytische afleidregels en deductie

53. Dit thema komt uitvoerig aan de orde in S.E. Toulmin, *The Uses of Argument*, Cambridge 1958.

Deductieve logica maakt gebruik van afleidregels. Kenmerkend voor de afleidregels van deductieve logica is dat ze alle analytisch zijn, gebaseerd op de betekenis van de logische woorden die in de premissen en/of de conclusie voorkomen. Omdat deductieve logica gebruik maakt van analytische afleidregels, garandeert bij een deductieve redenering de waarheid van de premissen de waarheid van de conclusie.⁵⁴ Bij gebruik van niet-analytische afleidregels daarentegen, garandeert de waarheid van de premissen niet de waarheid van de conclusie. De conclusie wordt slechts aannemelijk gemaakt voor wie de premissen voor waar houdt en de afleidregel aanvaardt. In geval van niet-analytische afleidregels die voor betwisting vatbaar zijn, spreekt Peczenik van transformatieregels. Transformatieregels maken de conclusie aannemelijk, maar niet voor iedereen.

De rol van transformaties

Volgens Peczenik spelen transformaties een rol op een groot aantal punten in het traject van de rechtvaardiging van rechtsbeslissingen. Hij onderscheidt in dit verband tussen vier soorten transformaties. De eerste soort betreft

- a. *transformaties tot recht* (transformation into the law).⁵⁵ Op basis van bepaalde criteria wordt uit een aantal feitelijke en evaluatieve premissen de conclusie getrokken dat een bepaald systeem van normen een rechtssysteem is en vanuit een juridisch perspectief aanspraak kan maken op gehoorzaamheid. De Grundnorm in de filosofie van Kelsen en de Ultimate Rule of Recognition in de theorie van Hart zijn voorbeelden van transformatieregels die ten grondslag liggen aan de transformatie tot recht.⁵⁶

De tweede tot en met de vierde soort transformaties zijn *transformaties binnen het recht* (transformations inside the law). Peczenik onderscheidt hier⁵⁷:

- b. transformaties waarbij rechtsbronnen worden erkend. Zo'n transformatie doet zich bijvoorbeeld voor indien men uit een aantal arresten een 'nieuwe' rechtsregel destilleert. Het vaststellen van de 'ratio decendi' van een beslissing in de common law-traditie is daarmee vergelijkbaar. Peczenik noemt dit soort transformaties *bron-transformaties* (source-transformations).
- c. transformaties waarbij de interpretatie van een regel wordt vastgesteld. Een voorbeeld van een dergelijke transformatie doet zich voor indien uit de Memorie van Antwoord bij een bepaald wetsontwerp wordt afgeleid hoe de uiteindelijke wettekst dient te worden geïnterpreteerd. Deze transformaties worden *algemene norm-transformaties* (general norm-transformations, ook wel: interpretative transformations) genoemd.
- d. transformaties waarbij een concrete rechtsbeslissing wordt afgeleid uit de (geschreven) bronnen van het recht en uit ongeschreven regels en beginselen. Peczenik spreekt hier van *individuele norm-transformaties* (individual norm-transformations).

Kortom, transformaties komen voor bij zo ongeveer iedere denkbare stap in het proces van het rechtvaardigen van een rechtsbeslissing.

Transformatieregels en diepe rechtvaardiging

Bij het rechtvaardigen van rechtsbeslissingen spelen transformaties een rol. Deze transformaties

54. Hoe dat komt wordt uitgelegd in haast elke inleiding in de formele logica. De uitleg is bijvoorbeeld te vinden in Gamut, *Logica, taal en betekenis* 1, blz. 167 e.v., voortbouwend op blz. 47 e.v.

55. The Basis ..., blz. 30 e.v.

56. Vgl. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2e editie, Wenen 1960, blz. 196 e.v. en H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford 1961, blz. 102 e.v.

57. The Basis ..., blz. 33.

zijn gebaseerd op transformatieregels, die hun conclusie aannemelijk maken voor wie de regel aanvaardt. Binnen een bepaalde rechtscultuur wordt een aantal transformatieregels algemeen aanvaard en daarom zullen transformaties gebaseerd op die regels in het algemeen aanvaard worden. Maar per definitie is geen enkele transformatieregel boven discussie verheven. Vandaar dat elke rechtsbeslissing die gebaseerd is op een transformatie en dus ook op een transformatieregel, voor betwisting vatbaar is.

Een dergelijke betwisting komt neer op een discussie over de aanvaardbaarheid van transformatieregels. Waarom, bijvoorbeeld, moet men zich naar de bedoelingen van de wetgever richten, indien een wettelijke bepaling wordt geïnterpreteerd? Dergelijke discussies en de argumenten die daarin een rol spelen, hebben betrekking op de diepe rechtvaardiging van rechtsbeslissingen. Meestal is diepe rechtvaardiging niet nodig en kan worden volstaan met de 'gewone', de contextueel voldoende rechtvaardiging. In dit verband bespraken we reeds het voorbeeld waarin een beroep op wetshistorische interpretatie voldoende was om een interpretatie te rechtvaardigen. Het was niet nodig om de wetshistorische interpretatiemethode zelf ook te rechtvaardigen. Een dergelijke rechtvaardiging zou een voorbeeld zijn van diepe rechtvaardiging.

Voor deze diepe rechtvaardiging grijpt Peczenik terug op de notie van een *rechtsideologie*. Deze ideologie, die bijvoorbeeld aangeeft wat de rol van rechtsbronnen is, is op zijn beurt weer een deel van een levensvorm.⁵⁸ We komen hiermee op terrein dat bij de bespreking van het werk van Aarnio reeds aan de orde is geweest en dat we verder laten rusten om meer aandacht te kunnen besteden aan de betekenis van transformaties in verhouding tot deductieve logica.

Transformaties, het afwegen van redenen en deductieve logica

Hoewel transformaties op het eerste gezicht misschien een onschuldige uitbreiding ten opzichte van deductieve logica lijken, vormt de introductie van de notie van een transformatie een serieuze bedreiging voor de rol van deductieve logica bij de rechtvaardiging van rechtsbeslissingen. Transformaties zijn rationele, maar desondanks niet-deductieve afleidingen. Als men bereid is te aanvaarden dat niet-deductieve redeneerstappen rationeel kunnen zijn, dan rijst de vraag of er in het recht nog wel een belangrijke rol overblijft voor deductieve redeneerstappen. We hebben reeds bij de bespreking van het werk van MacCormick gezien dat bij de meeste juridische redeneringen, als ze deductief worden gereconstrueerd, zogenaamde 'aanvullende premissen' nodig zijn, teneinde de redenering sluitend te maken. Peczenik wijst ons erop dat deze aanvullende premissen ook gezien kunnen worden als transformatieregels. Is dat niet aantrekkelijker?

Deze vraag wordt dringend als we ons realiseren dat volgens Peczenik redenen een rol spelen bij afwegings-processen. Transformatieregels maken bepaalde feiten tot redenen voor conclusies en deze redenen kunnen worden afgewogen tegen andere redenen.⁵⁹ Als de transformatieregels worden vervangen door premissen die de afleiding deductief geldig maken, is er geen plaats meer voor afweging.

Laten we ons oude voorbeeld nog eens bekijken. De stap van de onzorgvuldigheid van het gedrag van Cohen naar de onrechtmatigheid van dat gedrag kan worden gebaseerd op een materiële afleidregel dat men mag aannemen dat onzorgvuldig gedrag onrechtmatig is. In dat geval is die stap niet deductief geldig en garandeert de waarheid van de ene premisse (dat het gedrag van Cohen onzorgvuldig was) niet de waarheid van de conclusie. Voor wie de afleidregel aanvaardt, wordt de conclusie wel aannemelijk gemaakt.

Deze afleidregel kan ook worden vervangen door een aanvullende premisse: Onzorgvuldig gedrag is onrechtmatig. Als men deze premisse voor waar houdt, wordt de waarheid van de

58. The Basis ..., blz. 103 e.v.

59. On Law and Reason, blz. 74 e.v. Peczenik spreekt evenwel niet over het wegen van redenen, maar over het wegen van beginselen. Die beginselen vertonen evenwel zo grote overeenkomst met transformatieregels dat het in overeenstemming met de opinie van Peczenik lijkt te zeggen dat redenen gebaseerd op transformatieregels tegen elkaar kunnen worden afgewogen.

conclusie dat het gedrag van Cohen onrechtmatig was gegarandeerd. Immers die conclusie kan nu deductief worden afgeleid uit de twee premissen dat Cohen onzorgvuldig handelde en dat als iemand onzorgvuldig handelt, zijn gedrag dan ook onrechtmatig is. Deze deductieve afleiding is gebaseerd op een analytische afleidregel die men wel moet aanvaarden als men de woorden 'als' en 'dan' gebruikt overeenkomstig hun normale betekenis.

Het belangrijke verschil tussen deze twee benaderingen wordt duidelijk als men de situatie in ogenschouw neemt waarin er ook een reden is waarom het gedrag van Cohen niet onrechtmatig was. Zo'n reden zou bijvoorbeeld zijn dat Cohen onzorgvuldig concurreerde teneinde zijn gezin in leven te houden. De aanwezigheid van deze reden is volledig te rijmen met de aanvaarding van de afleidregel dat als iemand onzorgvuldig handelt men mag aannemen dat hij onrechtmatig handelt. Die afleidregel maakt de conclusie immers slechts aannemelijk, draagt bij tot de aanvaarding. Dat sluit niet uit dat er ook factoren kunnen zijn die aan de conclusie afdoen. Het feit dat er een reden tegen een conclusie is, doet niet af aan het bestaan van de reden voor de conclusie. De uiteindelijke beslissing of Cohen onrechtmatig handelde moet worden genomen door de onzorgvuldigheid van zijn gedrag af te wegen tegen de noodzaak zijn gezin in leven te houden.

Als de afleidregel daarentegen wordt vervangen door een aanvullende premisse die voor waar wordt gehouden, liggen de zaken anders. Gegeven de waarheid van die premisse kan het niet anders dan dat het gedrag van Cohen onrechtmatig was. De noodzaak zijn gezin in leven te houden speelt nu in het geheel geen rol meer. Deductieve logica laat geen ruimte open voor het afwegen van redenen.⁶⁰ Als men rekening wil houden met rechtvaardigingsgronden (want daar hebben we het hier over), dan moet men aanvullende premissen zoals 'Als gedrag onzorgvuldig is, dan is het onrechtmatig' als onwaar verwerpen. Echter, indien men aanneemt dat die premisse onwaar is, hoe kan men dan deductief afleiden dat het gedrag van Cohen onrechtmatig was in het geval dat er geen rechtvaardigingsgrond was?

Kortom, als afleidregels worden vervangen door aanvullende premissen, ontstaat een dilemma. De ene mogelijkheid is dat de aanvullende premisse voor waar wordt gehouden. In dat geval kan de gewenste conclusie deductief worden afgeleid. Er ontstaan dan echter problemen als er ook redenen tegen de conclusie zijn, want daarmee kan geen rekening meer worden gehouden.

De andere mogelijkheid is dat de aanvullende premisse voor onwaar wordt gehouden. In dat geval zijn er geen problemen met uitzonderingen. De gewone conclusie kan dan evenwel niet meer deductief worden afgeleid, want zo'n afleiding veronderstelt dat de aanvullende premisse waar is.

Het is een belangrijke verdienste van Peczenik's theorie over transformaties dat aandacht wordt gevraagd voor de relatie tussen materiële afleidregels en transformaties enerzijds en aanvullende premissen en deductieve afleidingen anderzijds en dat het accent wordt verplaatst van deductie naar transformatie. Daarmee vormt het werk van Peczenik een overgang naar de modernste theorieën over het redeneren met rechtsregels.

DE BETEKENIS VAN DEDUCTIEF REDENEREN IN HET RECHT

60. Dat wordt anders indien men bereid is de premissen aan te passen. Het is mogelijk de regels zo aan te passen dat alle uitzonderingen en uitzonderingen op uitzonderingen ... enz. in de regelvoorwaarden zijn verwerkt. Dat heeft echter het niet te onderschatten nadeel dat de gelijkvormigheid tussen de oorspronkelijke redenering en de deductieve reconstructie verloren gaat.

Aan het eind van de vorige en in het begin van deze eeuw vond er een grote vooruitgang plaats op het gebied van de formele logica.⁶¹ Eén van de gevolgen van die ontwikkeling was dat de formele, deductieve redenering het paradigma werd voor wetenschappelijk redeneren. Het werd gangbaar allerlei redeneringen in de wetenschap als deductieve redeneringen te reconstrueren.⁶² De pogingen te laten zien dat de rechtvaardiging (in tegenstelling tot het vinden) van rechtsbeslissingen als een deductieve redenering kan worden opgevat, passen in deze lijn.⁶³ Toch zijn er redenen om aan te nemen dat de deductieve reconstructie van allerlei soorten taalhandelingen, zoals rechtvaardigen, verklaren en voorspellen, wat geforceerd is. Het feit dat Peczenik een belangrijke plaats in zijn theorie toekent aan transformaties, hetgeen niet-deductieve gevolgtrekkingen zijn, is daar een indicatie van.⁶⁴

Defeasibility

Heel recent zijn er in een groep onderzoekers die afkomstig zijn uit de hoek van recht en kunstmatige intelligentie, inzichten ontwikkeld die het belang van de deductieve logica als instrument voor de analyse van het redeneren met rechtsregels ter discussie stellen.⁶⁵ Uitgangspunt bij dit werk is de zogenaamde *defeasibility* (gebrekkelig vertaalbaar als 'vernietigbaarheid') van redeneringen waarbij regels zijn betrokken. De notie van defeasibility stamt (voor zover het de rechtstheoretische literatuur betreft) uit twee artikelen van Hart, waarin deze constateert dat het niet goed mogelijk is om toepasselijkheidsvoorwaarden voor juridische termen als 'contract' en 'eigenaar' te geven die kunnen dienen als voldoende voorwaarden.⁶⁶

Bijvoorbeeld, we kunnen concluderen dat er sprake is van een geldig contract als we weten dat er sprake is van wilsovereenstemming tussen twee partijen. Wilsovereenstemming is normaal gesproken een voldoende voorwaarde voor het bestaan van een geldige overeenkomst en wie het bestaan van een geldige overeenkomst moet aantonen, kan dan ook volstaan met de wilsovereenstemming aan te tonen. Toch kan de conclusie weer op losse schroeven worden gezet door de aanvullende informatie dat de wilsovereenstemming onzuiver tot stand is gekomen, bijvoorbeeld ten gevolge van bedrog. De aanwezigheid van bedrog is een reden om aan te nemen dat er geen sprake is van een geldige overeenkomst, maar toch kunnen we niet goed zeggen dat de afwezigheid van bedrog een voorwaarde is voor het bestaan van een geldige overeenkomst. In ieder geval is het geen voorwaarde van hetzelfde kaliber als dat er wilsovereenstemming dient te zijn.

Dit inzicht met betrekking tot juridische begrippen kan worden uitgebreid tot alle conclusies die

-
61. Te denken valt aan het baanbrekende werk van onder meer Frege, Russell en Whitehead, Gödel, Church en Tarski.
 62. Vgl. het nomologisch deductief model voor wetenschappelijke verklaring en voorspelling, zoals verdedigd door Hempel en Oppenheim (C.G. Hempel en P. Oppenheim, *Studies in the Logic of Explanation*, in C.G. Hempel, *Aspects of Scientific Explanation*, New York 1965, blz. 245-290).
 63. Vgl. behalve het reeds besproken werk van McCormick ook J.H. Nieuwenhuis, Legitimatie en heuristiek van het rechterlijk oordeel, in *RM Themis* 1976, blz. 494-515 en (met veel nuanceringen) A. Soeteman, *Logic in Law*, Dordrecht 1989, blz. 209 v.
 64. Het feit dat Peczenik ziet hoe transformatieregels gereconstrueerd kunnen worden als aanvullende premissen die de transformatie deductief geldig zouden maken, is reden te meer om aan te nemen dat Peczenik's behoefte om transformaties te introduceren niet voortvloeit uit gebrek aan inzicht in de mogelijkheden en (bescheiden) pretenties van de deductieve logica.
 65. Enkele publikaties in dit verband zijn: H. Prakken, *Logical Tools for Modelling Legal Argument*, dissertatie, Amsterdam 1993; J.C. Hage, R. Leenes en A.R. Lodder, *Hard Cases: A Procedural Approach*, *Artificial Intelligence and Law* 2 (1994), blz. 113-167; Th. F. Gordon, *The Pleadings Game; An Exercise in Computational Dialectics*, *Artificial Intelligence and Law* 2 (1994), blz. 239-292; G. Sartor, A Formal Model of Legal Argumentation, *Ratio Juris* 7 (1994), blz. 177-211.
 66. H.L.A. Hart, The Ascription of Responsibility and Rights, in A. Flew (red.), *Logic and Language, 1st series*, Oxford 1951, blz. 145-166 en H.L.A. Hart, Definition and Theory in Jurisprudence, in H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford 1983, blz. 21-48. Vgl. ook G.P. Baker, Defeasibility and Meaning, in P.M.S. Hacker en J. Raz (red.), *Law, Morality and Society*, Oxford 1977, blz. 26-57.

zijn gebaseerd op (rechts)regels. Als men wil aantonen dat het rechtsgevolg dat wordt genoemd in de conclusie van een rechtsregel intreedt, kan men er in beginsel mee volstaan aan te tonen dat aan de regelvoorwaarden is voldaan. Bijvoorbeeld, als het openbaar ministerie wil bewijzen dat een verdachte strafbaar is, kan het ermee volstaan aan te tonen dat het gedrag van verdachte valt onder een strafbepaling. Als het daarbij blijft, kan rechtsgeldig worden geconcludeerd dat de verdachte strafbaar is. Echter, indien de verdachte aannemelijk maakt dat er sprake is van een strafuitsluitingsgrond, komt die conclusie op losse schroeven te staan.

De defeasibility van het redeneren met rechtsregels kan kort worden omschreven als de mogelijkheid dat aan de voorwaarden van een geldige rechtsregel is voldaan, terwijl het rechtsgevolg van die regel toch niet intreedt. Voor rechtsbeginselen geldt in versterkte mate dat het redeneren daarmee defeasible is. Als aan de voorwaarden van een beginsel is voldaan, wil dat niet zeggen dat het rechtsgevolg van dat beginsel ook intreedt.⁶⁷ Beginselen kunnen met elkaar botsen en dan is een zekere afweging van redenen nodig. Wat voor rechtsbeginselen geldt, gaat ook op voor de criteria die aan juridische kwalificaties ten grondslag liggen. Normaliter zal onzorgvuldige concurrentie een onrechtmatige daad opleveren, maar dat kan anders zijn als de concurrentie voortvloeit uit de noodzaak zijn gezin in leven te houden. In dat geval moet de onzorgvuldige wijze van concurreren worden afgewogen tegen de noodzaak dat de concurrent zijn gezin in leven houdt.

Defeasibility en deductieve regeltoepassing

De defeasibility van het redeneren met rechtsregels is niet goed te verenigen met de deductieve reconstructie van dergelijke redeneringen. Dat komt, omdat bij een deductieve redenering de waarheid van de premissen de waarheid van de conclusie *garandeert*. De defeasibility van een redenering is nu juist dat de redenering zijn conclusie niet garandeert, zelfs al is er niets mis met de premissen of met de redenering. Neem bijvoorbeeld de volgende redenering, die een vereenvoudigde toepassing is van art. 310 Sr.

Wie heeft gestolen is strafbaar.

Jan heeft gestolen.

Dus: Jan is strafbaar.

Deze redenering lijkt deductief geldig en heeft als premissen een geldige regel en een ware beschrijving van de feiten. Kortom, het lijkt dat de waarheid van de conclusie wordt gegarandeerd. Toch gaat die garantie niet op als Jan een beroep kan doen op een strafuitsluitingsgrond (bijv. overmacht).

Het probleem ontstaat doordat de geldige regel dat wie heeft gestolen strafbaar is, ten behoeve van de deductieve reconstructie wordt opgevat als een als... dan-bewering, namelijk 'Als iemand heeft gestolen, dan is hij strafbaar'. Deze algemeen gestelde als...dan bewering is onwaar, hetgeen blijkt uit de mogelijkheid van een strafuitsluitingsgrond. Toch is de regel die aan deze beweerszin ten grondslag ligt wel geldig. (De geldige regel luidt bijvoorbeeld *niet* 'Wie steelt en geen beroep kan doen op een strafuitsluitingsgrond, is strafbaar'.) Redeneren met regels werkt nu eenmaal anders dan redeneren met beweerszinnen en daarom kunnen er problemen ontstaan als redeneren met regels wordt gereconstrueerd als redeneren met beweerszinnen. Als zich geen uitzonderingen voordoen, lukt de reconstructie nog wel, maar als er wel uitzonderingen zijn ontstaan er problemen met de deductieve reconstructie.

Die problemen zijn nog duidelijker bij het redeneren met rechtsbeginselen. Het nemo plus-beginsel bijvoorbeeld, komt er op neer dat als iemand een goed probeert over te dragen dat hij zelf niet heeft, degene aan wie het goed wordt overgedragen, het goed niet verkrijgt. Dit beginsel moet worden afgewogen tegen onder andere het beginsel dat derden te goeder trouw worden beschermd. Elk van deze beginselen levert enkel een reden op: het nemo plus-beginsel een reden dat een derde het 'overgedragen' goed niet verkrijgt; het beginsel van derden-bescherming een

67. Sommige beginselen zijn een soort doeleinden. (Vgl. R. Alexy, *Zum Begriff des Rechtsprinzips*, *Rechtstheorie*, Beiheft 1, blz. 59-87 en *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden 1985, blz. 71 e.v.) Die beginselen hebben eigenlijk geen rechtsgevolg. Vgl. ook R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, blz. 24 e.v.

reden dat een derde te goeder trouw het goed wel verkrijgt. Elk van beide beginselen leidt tot een reden die op zich beschouwd de conclusie zou bepalen. In combinatie botsen de redenen echter, en kan niet zonder meer worden gezegd wat de uitkomst zal zijn.⁶⁸ Als de toepassing van een beginsel geconstrueerd wordt als een deductieve redenering, wordt ten onrechte gesuggereerd dat de toepasselijkheidsvoorwaarden van het beginsel het rechtsgevolg van het beginsel garanderen.

Het einde van deductieve rechtvaardiging?

Het bovenstaande is vanzelfsprekend niet voldoende om de deductieve rechtvaardiging van rechtsbeslissingen definitief de deur te wijzen. Toch suggereren de defeasibility van het redeneren met regels en de analyses van Peczenik met betrekking tot transformaties dat het einde van deductieve analyses van juridische rechtvaardiging in zicht is.

Echter, dat wil ten eerste niet zeggen dat er geen plaats meer is voor deductieve logica in de rechtvaardiging van rechtsbeslissingen. Voor zover redeneringen niet berusten op het toepassen van regels⁶⁹, kan deductieve logica toegepast blijven worden. Maar waar het om regel-toepassing gaat - en dat is bij het merendeel van de juridische redeneringen het geval - lijkt de klassieke deductieve logica serieus te kort te schieten.

Ten tweede wil dit ook niet zeggen dat er geen plaats is voor (formele) logica binnen de theorie over juridische rechtvaardiging. De kritiek op de deductieve logica strekt zich niet uit tot elke vorm van formele logica. Er wordt momenteel hard gewerkt aan de ontwikkeling van logica's die kunnen omgaan met de defeasibility van regeltoepassing en met het afwegen van redenen.⁷⁰ Geen van die logica's heeft nog de status weten te verwerven die de klassieke deductieve logica een groot deel van deze eeuw heeft gehad, maar dat wil niet zeggen dat er 'dus' geen logica voor het redeneren met regels is.

RECHTERLIJKE WILLEKEUR EN GEBONDENHEID AAN HET RECHT

Welke antwoorden kunnen we uit het bovenstaande destilleren met betrekking tot de centrale vragen rondom de rechtvaardiging van rechtsbeslissingen? Zijn er garanties tegen rechterlijke willekeur en in hoeverre bestaan die garanties uit de gebondenheid van de rechter aan het recht?

Om te beginnen moeten we eerst de ontologische vraag beantwoorden. Bestaat het recht in casu onafhankelijk van de rechterlijke beslissing daaromtrent, zodat de rechter zich bij het nemen van zijn beslissing op het recht kan oriënteren? Het antwoord op die vraag lijkt eenvoudig: Indien het recht in casu pas ontstaat door regeltoepassing, is het niet mogelijk dat de rechter zich bij het nemen van zijn beslissing op reeds bestaand recht in casu oriënteert. Integendeel, bij het nemen van zijn beslissing moet de rechter het recht in casu zelf construeren. Dat geldt zowel voor eenvoudige als voor moeilijke gevallen, zij het dat bij als eenvoudig ervaren gevallen de regeltoepassing als het ware vanzelf gaat.

Daarmee wordt het antwoord op de ontologische vraag onbelangrijk naast dat op de kentheoretische vraag. Immers, het recht in casu kan onze kennis van dat recht in casu niet beïnvloeden. In dit opzicht verschilt het recht van de fysische werkelijkheid. We nemen aan dat onze kennis van de fysische werkelijkheid causaal wordt beïnvloed door die werkelijkheid zelf, bijvoorbeeld doordat de voorwerpen licht weerkaatsen dat via onze ogen tot kennis leidt. Het recht in casu kan niet op vergelijkbare wijze bijdragen tot onze kennis over wat het recht in casu inhoudt. We zijn gedwongen het recht in casu te reconstrueren op grond van de feiten en het recht in abstracto.

68. In praktijk wordt die uitkomst onder het nieuwe BW bepaald aan de hand van de artikelen 3:84, 3:86 en 3:87 BW. In deze artikelen ligt een afweging van de genoemde redenen (en nog enige andere) besloten.

69. Strikt genomen gaat het hier slechts om niet-analytische regels. Ook de afleidregels van deductieve logica zijn regels.

70. Zie bijvoorbeeld de literatuur genoemd in noot 65.

MacCormick en de overige auteurs die hier uitvoerig zijn besproken laten zien dat die (re)constructie in op zijn minst een aantal gevallen niet zonder aanvullende informatie kan verlopen. Bij de bespreking van de opvattingen van MacCormick spraken we in dit verband van aanvullende premissen. Peczenik introduceerde in een vergelijkbaar verband zijn transformaties. Blijkbaar is de gebondenheid aan het recht niet voldoende om rechterlijke willekeur te voorkomen. Daarmee hebben we één van onze vragen beantwoord.

De tweede vraag was of rechtsbeslissingen in met name moeilijke gevallen dan willekeurig zijn. Een reden om aan te nemen dat deze beslissingen in laatste instantie willekeurig zijn, zou zijn dat ze op waardeoordelen berusten en dat deze laatste, op grond van een uit een non-cognitivistisch standpunt voortvloeiend waarden-relativisme, willekeurig zouden zijn. Met betrekking tot deze tweede vraag hebben we bij MacCormick, Alexy en Aarnio antwoorden gevonden die elkaar aanvullen.

MacCormick wijst erop dat door middel van een deductieve reconstructie van de rechtvaardiging van een rechtsbeslissing duidelijk wordt welke vooronderstellingen naast het geldende recht en de feiten van de casus aan een concrete rechtsbeslissing ten grondslag liggen. Deze vooronderstellingen behoeven een verdere rechtvaardiging. Argumenten voor deze rechtvaardiging van de tweede orde dienen zowel ontleend te worden aan de consequenties van het aanvaarden van de aanvullende premissen, als ook aan de wijze waarop de aanvullende premissen passen in het systeem van het recht.

Alexy vult dit aan door de aandacht te vragen voor het dialoog-karakter van rechtvaardiging. Rechtvaardiging vindt plaats door een opponent in een dialoog te overtuigen. Een bereikte overtuiging kan slechts als rechtvaardiging gelden, indien de dialoog aan een aantal voorwaarden voldoet. Deze voorwaarden, neergelegd in een aantal dialoogregels en redeneerschema's, zijn ten dele ontleend aan het praktische discours in het algemeen en ten dele aan het juridische discours in het bijzonder.

Hoewel dialoogregels de mogelijke uitkomsten van een discussie beperken, blijft het mogelijk dat partijen die zich onredelijk opstellen het eens worden over een ongerechtvaardigde conclusie. Aarnio vult daarom de regels voor dialogen aan met de eis dat een gerechtvaardigde beslissing aanvaardbaar is. Die aanvaardbaarheid wordt daarbij niet gerelateerd aan de privé-opvattingen van dialoogpartijen, of aan een 'objectieve' verzameling normen, waarden en opvattingen, maar aan de normen, waarden en opvattingen die behoren tot de levensvorm waarvan de juridische beslisser deel uitmaakt. Aldus wordt het dilemma van schijnbare objectiviteit en de willekeur van subjectiviteit vermeden, door een beroep op waarden e.d. die de individuele opvattingen ontstijgen.

Het blijkt mogelijk te zijn om rechtsbeslissingen aan de sfeer van de persoonlijke willekeur te onttrekken, zonder te vervallen in de onhoudbare aanname van een pre-existent recht dat door rechtsbeslissers gekend wordt en aldus de objectiviteit van die beslissingen garandeert. Het is onmogelijk om alle subjectiviteit uit rechtsbeslissingen te verbannen, maar die subjectiviteit kan gepaard gaan met rationaliteit door binding aan (het systeem van) het recht, aan regels voor rationele discussies en aan waarden, normen en opvattingen die deel uitmaken van de levensvorm waar men aan deelneemt.

Het is evenwel de vraag of de redeneringen waaruit die rationaliteit kan blijken gegoten dienen te worden in het keurslijf van de deductieve logica. Peczenik verdedigt een alternatief model van juridisch redeneren, waarin transformaties, aannemelijke maar niet algemeen aanvaarde redeneerstappen, een essentiële rol spelen. De inzichten van Peczenik vinden weerklank in recent onderzoek naar het redeneren met rechtsregels en het defeasible karakter daarvan.