

Naar aanleiding van J.B.M. Vranken, Verhullend argumenteren in het vermogensrecht

M. Henket*

Vranken heeft een origineel en stimulerend preadvies geschreven. Een van de stimulansen is dat het dwingt na te denken over de verhouding tussen rechtspraktijk, rechtswetenschap en rechtstheorie. Vranken zegt in zijn inleiding dat hij geen abstract-filosofische beschouwingen wil geven over argumentatietheorie, de rechtvaardiging van juridische oordelen enzovoorts. Dergelijke beschouwingen komt men in het preadvies inderdaad niet tegen. Wel levert Vranken kritiek op de motivering van rechterlijke uitspraken. In deze reactie zal ik ingaan op de vraag of een dergelijke kritiek mogelijk is zonder theorie. Daaraan voorafgaand zal ik iets opmerken over de kritische taak van rechtswetenschap en rechtstheorie, en tenslotte zal ik in het licht van mijn eerdere opmerkingen commentaar leveren op een van Vrankens voorbeelden, namelijk het arrest Donkers/Scholten (de weerspannige ruïn).¹

1 De kritische taak van de rechtstheorie

Onder rechtstheoretici heerst geen eenstemmigheid over de vraag naar de verhouding tussen rechtstheorie en rechtspraktijk. Mag de theoreticus rechterlijke uitspraken bekritisieren vanuit theoretische rechtsconcepties, of heeft hij een meer dienende taak, en moet hij de jurisprudentie inpassen in een aanvaardbare rechtsconceptie, desnoods onder aanvulling dan wel amendering van de door de rechter gegeven motivering?²

Mijn standpunt in dezen is dat er zeker ruimte is voor de meer dienende taak, maar dat daarnaast de praktijk kritisch gevolgd dient te worden. Het is bijvoorbeeld prima als een annotator een onduidelijk of slecht gemotiveerd arrest probeert in te passen in heersende opvattingen, desnoods door het welwillend te interpreteren, maar het is even acceptabel, ja wenselijk, dat

* Universitair docent rechtstheorie aan de Universiteit Utrecht.

1 HR 27 april 2001, NJ 2002, 54.

2 Zie bijvoorbeeld P.W. Brouwer, *Rechtsvormende rechter of 'bouche du droit'?*, R&R 1998, p. 4-9 en, in reactie daarop, M.A. Loth, *Rechtstheorie en rechtspraktijk. Een reactie*, R&R 1999, p. 48-51.

discutabele uitspraken en motiveringen van kritisch commentaar worden voorzien. In eerste en laatste instantie is niet de rechtstheoreticus, maar de rechter zelf verantwoordelijk voor de kwaliteit van zijn uitspraken en motiveringen. Vanuit de rechtswetenschap en de rechtstheorie moeten die motiveringen onder kritiek gesteld worden. Deze kritiek hoeft niet beperkt te blijven tot 'interne' kritiek (voldoet de motivering aan de daarvoor volgens heersende opvattingen geldende maatstaven?), maar kan zich ook uitstrekken tot die heersende opvattingen en, om Vrankens voorkeurterm te gebruiken, tot het heersende denkraam.³

2 Wat zijn goede argumenten?

Vranken keert zich tegen wat hij noemt 'verhullend argumenteren'. Hij betoogt dat de rechter, vooral in situaties waar 'iets nieuws aan de hand is', de *echte* argumenten moet geven; ook heeft hij het over het *echte* argumentatieniveau. Wat bedoelt hij met deze termen? Ik meen uit zijn tekst te moeten opmaken dat hij daarmee doelt op de argumenten, c.q. het argumentatieniveau dat de rechter tot zijn beslissing gebracht heeft, met andere woorden de *bewegredenen* die tot de beslissing hebben geleid. Beslissingen waarvoor niet de echte redenen in de motivering worden weergegeven, zijn dan in Vrankens visie slechte beslissingen. Met andere woorden, Vranken acht 'echtheid' een geschikt criterium ter beoordeling van argumentatie.

Ik kan het daar niet mee eens zijn, om de volgende redenen:

- wij kunnen niet weten wat de echte argumenten zijn, want wij kunnen niet in het hoofd van de rechter kijken;
- men kan zich afvragen of de rechter zelf wel altijd zijn echte bewegredenen kent;
- achter elk argumentatieniveau ligt weer een volgend niveau, en ook hier geldt: wat is het echte?;
- een motivering waarin goede-maar-niet-'echte' argumenten worden aangevoerd is in mijn ogen niet slechter dan een motivering waarin goede-en-'echte' argumenten worden aangevoerd;
- een motivering waarin goede-maar-niet-'echte' argumenten worden aangevoerd is mijns inziens beter dan een motivering waarin slechte-maar-wel-'echte' argumenten worden aangevoerd.

Samenvattend: voorzover de kwaliteit van een beslissing afhangt van de kwaliteit van de motivering, is een beslissing niet goed of slecht vanwege echte of onechte argumenten, maar vanwege goede of slechte argumenten.

3 In dezelfde zin G. de Geest, Hoe maken we van de rechtswetenschap een volwaardige wetenschap?, NJB 2004, p. 58-66.

In die zin is er volgens mij geen bezwaar tegen verhullend argumenteren, wel tegen slecht argumenteren.⁴

De vraag rijst nu natuurlijk: wat zijn goede, wat slechte argumenten? Daarover bestaan allerlei opvattingen, maar wanneer men – zoals Vranken – rechterlijke argumentatie onder kritiek wil stellen, ontkomt men er mijns inziens niet aan, criteria te formuleren waaraan rechterlijke argumentatie getoetst kan worden. Dat hoeft niet te leiden tot ‘abstract-filosofische beschouwingen’ – al gaan achter elk criterium filosofische vooronderstellingen schuil –, maar zonder praktisch toepasbare maatstaven is kritiek niet goed mogelijk. En de maatstaf ‘echt’ is mijns inziens niet geschikt, om bovengenoemde redenen.

Het formuleren en motiveren van een compleet en voldoende concreet stelsel criteria voor de beoordeling van rechterlijke argumentatie gaat het bestek van deze reactie ver te buiten. Ik volsta met een tweetal indicaties: overtuigingskracht en aanvaardbaarheid. Tegen de achtergrond van deze indicaties wil ik nu commentaar leveren op de door Vranken geschreven uitspraak over de weerspannige ruïn.

3 De weerspannige ruïn

Het arrest over de weerspannige ruïn is een van de voorbeelden van – volgens Vranken – verhullend argumenteren. Hij heeft het arrest geschreven met het doel ‘wél inzicht te verschaffen in het wat en waarom van de beslissing’. Hij komt daarbij tot een andere beslissing dan de Hoge Raad. Dit laatste gegeven duidt er mijns inziens onmiskenbaar op dat Vranken niet probeert de ‘echte’ argumenten van de *Hoge Raad* weer te geven, maar dat hij beoogt *zijn eigen* ‘echte’ argumenten te geven.

Vranken presenteert zijn argumentatie als belangenafweging – het nieuwe paradigma, dat zoals hij constateert de plaats heeft ingenomen van dat van de wetsinterpretatie. Maar is er in zijn versie werkelijk sprake van belangenafweging? Ik meen van niet. In de eerste plaats kan ik de factoren die hij tegenover elkaar stelt niet zien als *belangen*. Wil men via *belangenafweging* een zaak kunnen beslissen, dan moet er toch eerst sprake zijn van een belangentegenstelling. En die is er mijns inziens niet. Het is toch niet zo dat de ene partij belang heeft bij een gezonde veearts of een gezond paard en de andere partij niet? Beider belangen lopen mijns inziens parallel. Natuurlijk, ze hebben een tegengesteld belang voorzover ze allebei de zaak willen winnen, maar dát mag toch geen rol spelen bij de beslissing! Nemen wij ter vergelijking twee zaken

4 Ik sluit mij aan bij de opvatting dat het bij het beoordelen van de kwaliteit van argumentatie gaat om de argumenten die voor de beslissing worden *aangevoerd* (de *legitimatie*), en niet om datgene wat tot de beslissing heeft *geleid* (de *heuristiek*).

waar wél duidelijk sprake is van een belangentegenstelling. Allereerst het bekende arrest Kalimijnen:⁵ daar hadden de tuinders belang bij schoon water – en dus geen zoutlozing –, terwijl de Kalimijnen belang had bij zoutlozing – en dus vuil water. Daar staan (partij)belangen tegenover elkaar. Tweede voorbeeld: het door Vranken besproken arrest inzake mevrouw Krüter.⁶ Vranken ziet daar op de door hem achter de gepubliceerde tekst gevonden ‘echte’ argumentatieniveaus een tegenstelling tussen de belangen van mevrouw Krüter en de angst voor een vloedgolf aan claims, met dáárachter weer (nog een argumentatieniveau hoger) het debat over dejuridisering. Ook hier is sprake van een belangenconflict (partijbelang versus maatschappelijk belang). In het geval van de weerspanninge ruïn is zo’n conflict er mijns inziens echter niet. Vranken noemt wel factoren die pleiten ten gunste van de ene partij en factoren die pleiten ten gunste van de andere partij, maar het zijn geen *belangen*.

Een tweede vraag bij Vranken’s belangenafweging luidt: wéégt hij wel? Deze vraag geldt trouwens de rechterlijke belangenafweging in het algemeen. De rechter, en ook Vranken, kiest, hakt een knoop door, maar dat is toch iets anders dan wegen. Bij wegen horen een weegschaal en gewichten die geijkt zijn door een ander dan de weger, en een uitkomst waar de weger geen invloed op heeft. Belangenafweging door de rechter lijkt meer op het wegen door een marktkoopman met een zelfgemaakte weegschaal en zelfgemaakte gewichten.⁷ De term ‘belangenafweging’ suggereert ten onrechte objectiviteit, meetbaarheid, en is daardoor... verhullend.

Mijn eerste opmerking kan gezien worden als ‘interne’ kritiek, mijn tweede opmerking houdt kritiek in op het paradigma ‘belangenafweging’ zoals dat in de Nederlandse rechtspraak opgeld doet. Is belangenafweging die geen echte belangenafweging is wel zoveel beter dan wetsuitleg die geen echte wetsuitleg is?

Ten derde nog een ‘interne’ opmerking. Vrankens motivering bevat een cruciale passage die mij in eerste instantie won voor Vrankens beslissing dat de veearts het risico draagt voor schade, hem toegebracht door dieren die hij behandelt: ‘In zekere zin zoekt hij ze [de dieren] op.’⁸ Een prachtig stukje retorica, ongetwijfeld door Vranken niet misleidend bedoeld, maar in feite wel misleidend: met evenveel recht kan immers gezegd worden dat de bezitter van het dier de dierenarts opzoekt! Dit voorbeeld illustreert hoezeer bij een ogenschijnlijk objectieve weergave van ‘feiten’ sprake kan zijn van selectie en interpretatie, en hoezeer de beslissing daardoor beïnvloed kan worden.⁹

5 HR 23 september 1988, NJ 1989, 743.

6 HR 6 juni 2003, NJ 2003, 504.

7 Vergelijk J.C.M. Leyten, *Afweging en de mythe van de weegschaal*, NJB 1997, p. 636-637.

8 Zie overweging nr. 7.

9 Al met al vraag ik me na lezing van Vrankens versie en van het originele arrest af, of niet een fifty-fifty-verdeling van het risico in dit geval het meest bevredigend zou zijn.

4 Slotopmerking

Vrankens kritiek geldt met name rechterlijke beslissingen in situaties waarin 'iets nieuws aan de hand is'. Ik wil tot slot iets zeggen over de vraag wat dat betekent. In zekere zin is elk geval nieuw, omdat geen twee gevallen in alle opzichten gelijk zijn. Maar dat is natuurlijk niet bedoeld. Bedoeld is dat er sprake is van een situatie waarvoor het recht nog geen pasklare oplossing biedt. Maar de constatering dat dat het geval is, is dikwijls niet een constatering van feitelijke aard, zoals 'het regent', maar een interpretatie, een opvatting, een keuze. De Hoge Raad had in 1921 de term 'goed' ook zodanig kunnen interpreteren dat elektriciteit er niet onder viel, en dan was er niet 'iets nieuws aan de hand' geweest. En het geval van de weerspannige ruïne? De Hoge Raad behandelt de zaak als één waarvoor de bestaande regels over samenloop van wet en overeenkomst een oplossing bieden (de uitleg van de overeenkomst door het Hof werd, als zijnde van feitelijke aard, door de Hoge Raad gerespecteerd). Vranken daarentegen noemt de zaak nieuw, en meent dat er geen duidelijke oplossing voor te vinden is in wet, overeenkomst of literatuur. Beide visies zijn mijns inziens verdedigbaar. Rechtsontwikkeling via rechtspraak wordt niet afgedwongen door *gevallen* die nieuw *zijn*, maar door *mensen* die in bepaalde gevallen (oud of nieuw) iets *willen*.

Een laatste opmerking. Zomin als er op objectieve gronden besloten kan worden dat er sprake is van 'iets nieuws', zomin kan achteraf objectief worden vastgesteld dat een rechterlijke beslissing feitelijk klopt of niet klopt.¹⁰ Als Erwin Krol regen heeft voorspeld, kunnen wij na een blik uit het raam constateren of hij gelijk had. Maar als de Hoge Raad beslist dat contractspartijen zich mede moeten laten leiden door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij (Baris-Riezenkamp),¹¹ kunnen we niet achteraf na een blik op 'de feiten' constateren: 'de Hoge Raad heeft zich vergist.' Kritiek op rechterlijke uitspraken is altijd alleen mogelijk vanuit bepaalde concepties (theorieën) over wenselijk recht,¹² behoorlijke argumentatie et cetera, of men zich daar nu van bewust is of niet. In die zin kan de rechtswetenschap niet zonder rechts- en andere theorieën.

10 Ik heb het oog op kwalificatie- en interpretatiebeslissingen. Voor vaststellingen van werkelijk feitelijke aard, zoals bewezenverklaringen, geldt natuurlijk wél dat ze wel of niet in overeenstemming zijn met de werkelijkheid.

11 HR. 15 november 1957, NJ 1958, 67.

12 Zie bijvoorbeeld de discussie over het thema 'Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit' in de gelijknamige bundel (M.W. Hesselink, C.E. du Perron & A.F. Salomons (red.), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003) en in WPNR 04/6564 (N.H.J. Huls, Al het privaatrecht moet sociaal zijn; T. Hartlief, Autonomie en solidariteit. Beweging in het verbintenisrecht).