

*H.T.M. Kloosterhuis, Van overeenkomstige toepassing. De pragma-dialectische reconstructie van analogie-argumentatie in rechterlijke uitspraken (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: Thela Thesis 2002, 221 p.*

Het onderwerp van Kloosterhuis' proefschrift is van het allergrootste belang. Analogie heeft te maken met het andere dat toch hetzelfde is. Uitdrukkelijke analogieredeneringen zijn in de (civiele) rechtspraak misschien niet aan de orde van de dag, anderzijds draait juridische argumentatie voortdurend om vergelijking van verschillende maar in andere en belangrijker opzichten misschien toch gelijke gevallen, in het licht van het recht. Al is Kloosterhuis' onderwerp beperkter, zijn bevindingen zouden toch ook iets kunnen betekenen voor juridische gelijkheids- en verschilargumentatie in het algemeen.

Kloosterhuis' proefschrift getuigt van groot geloof in de gaven van de pragma-dialectiek, ook als het gaat om juridisch redeneren. Dat deelt hij met Henrike Jansen, die de a contrario-redenering onderwierp aan de tucht van diezelfde pragma-dialectiek, in *Van omgekeerde strekking. Een pragma-dialectische reconstructie van a contrario-argumentatie in het recht*, in 2003 verschenen bij dezelfde uitgever, in dezelfde fraaie uitvoering. Met Kloosterhuis' aanpak zouden twee belangrijke, geleerde én praktische doelen kunnen worden bereikt: de pragma-dialectiek zou zich kunnen bewijzen als instrument van analyse en hervorming van analogieredeneringen (en zodoende misschien ook wel van juridische argumentatie in het algemeen), net zo goed als half- of geheel duistere analogieredeneringen door pragma-dialectiek zouden kunnen worden opgehelderd.

Analogie en metafoor liggen dicht bij elkaar. Inderdaad gaat het altijd om iets anders dat toch weer hetzelfde is. De omgangstaal is vol van analogie en metafoor. In een sleutelpassage van *Vittoria Accorombona* zet Ludwig Tieck zijn lezers op een duidelijk spoor: "Vernehmt!" rief die Tochter – "die Seele ist ihrem wahren Wesen nach eine kleine graue Maus." – Soms baren olifanten muizen: komt uit de pragma-dialectiek de geest van de analogie te voorschijn?

Gebruik van metaforen geldt overigens als onwetenschappelijk. Zou dat ook voor analogie gelden, dan is het met de wetenschappelijkheid van het recht slecht gesteld. Analogie is immers overal, ook al wordt zij lang niet altijd uitdrukkelijk bij naam genoemd. Zo verdedigt Du Perron dat financiële instellingen zorgplichten hebben jegens particuliere beleggers die verder gaan dan informatieplichten (onder andere in Hesselink, Du Perron & Salomons (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, 2003). Te risikante financiële operaties mogen ondanks uitdrukkelijke wens van de cliënt niet worden uitgevoerd. Doet de bank het toch, dan hangt zij voor de schade.

Een dokter zet immers ook niet zomaar een been af, hoe graag de klant dat ook wil. Niet iedereen is het met Du Perron eens, al gaat de tegenwerping dat banken geen dokters zijn niet op. Dat wist Du Perron ook al. Geesten zijn geen muizen, banken zijn geen dokters en toch ook wél. Hoe kan dat?

Een (overigens door Kloosterhuis niet genoemd) voorbeeld van een uitdrukkelijke analogieredenering in de rechtspraak biedt des Hogen Raads ruime toepassing van artikel 276 K: 'Geene verliezen of schade, door eigen schuld van eenen verzekerde veroorzaakt, komen ten laste van den verzekeraar.' Al in de negentiende eeuw bepaalde de Hoge Raad dat die regel naar analogie ook geldt voor begunstigen. Geen uitleg van het begrip 'verzekerde' (contractant, verzekerd lichaam, et cetera) kan leiden tot subsumptie van begunstigen onder dat begrip 'verzekerde'. Waaraan ontlenen dergelijke analogieredeneringen dan hun overtuigingskracht? Waar is die grijze muis die volgens Kloosterhuis aan al zijn voorgangers is ontsnapt?

Kloosterhuis' geleerde zoektocht is als volgt opgebouwd. Het boek gaat uit van een niet als zodanig nader beredeneerde keuze voor pragma-dialectiek als geschikt instrument ter ontleding van analogie. Tenminste in die zin is *the proof of the pudding inderdaad in the eating*. Na een inleiding en probleemstelling en een sterk op MacCormick en Summers georiënteerde bespreking van juridische interpretatie en argumentatie in het algemeen, worden representatieve benaderingen van het analogieprobleem vanuit logische, retorische en dialogische gezichtspunten gewogen en te licht bevonden. Dan wordt analogie pragma-dialectisch benaderd, in termen van eerste- en tweede orde-argumentatie, analogische interpretatie van constructie (om leemten op te vullen), om te eindigen met complexe argumentatie bij analogische constructie.

Kloosterhuis' slotsom, na vaak zeer subtiele en gedetailleerde analyse, luidt dat 'analogie' een *overworked concept* is, een vlag die een te diverse lading niet kan dekken. Het boek bevat een uitgebreide bibliografie (al valt wél op dat niet onbelangrijke auteurs als Bedau en Golding ontbreken, evenals een rechtspraak- en personenregister).

Opvallend is de afwezigheid van een eerder geboden monotoon-logische benadering van het analogie-probleem, waarin analogie als zelfstandige redeneervorm tenminste vanuit argumentatief oogpunt verdwijnt (zie bijvoorbeeld schrijver dezes in meerdere ISSA-proceedings, 1995 en 1999, maar ook al in Van Eemeren & Feteris (red.), *Juridische argumentatie in analyse*, 1991, alles met literatuurverwijzingen, zie ook het proefschrift van Henry Prakken). De kern van die benadering laat zien dat de aanvaardbaarheid van analogieredeneringen in hoofdzaak afhangt van de aanvaardbaarheid van de achterliggende algemene regel (regels, beginselen) op grond waar-

van de analogie kan worden gesteld. Die algemene regels kunnen op hun beurt niet worden gebaseerd op het oorspronkelijke analogon, maar alleen op overwegingen ontleend aan het systeem van het recht en alle factoren die de inhoud en samenhang daarvan bepalen (waarvan het oorspronkelijke analogon natuurlijk ook weer een klein deel uitmaakt). Zo beschouwd verschilt analogie in niets van 'normale' juridische argumentatie en motivering, die niet anders kan zijn ingekleed dan in termen van wettelijke en andere juridische regels en beginselen die uitgaan boven het te beslissen geval.

Zo berust Du Perrons analogie van de bank en de dokter dan ook niet op de concrete taken van de dokter, maar op een algemene regel: wie dingen doet die op mensen grote en schadelijke invloed kunnen hebben, moet meer doen dan alleen waarschuwen. Zonder een dergelijk beginsel heeft een dokter ook geen vergaande zorgplicht. Vervolgens is het de vraag of het beginsel ruim genoeg is om ook banken in aandelentransacties een vergaande zorgplicht op te leggen. Hetzelfde geldt voor 'officiële' analogieën als die naar aanleiding van artikel 276 K. Afgezien van haar formeel-wettelijke status ontleent die bepaling haar kracht ook aan het gegeven dat zij een concrete toepassing is van een algemeen beginsel: misdrijf (in ruime zin) mag geen voordeel opleveren, in het verzekeringsrecht nader gespecificeerd in termen van het indenniteitsbeginsel.

De analogische toepassing volgt dus helemaal niet uit het oorspronkelijke analogon. Dat is een heuristisch-retorisch gegeven, geschikt om de juridische geest op het juiste spoor te zetten. Beroep op het oorspronkelijke analogon kan betrokkenen overtuigen als ging het om een beroep op het recht. Het oorspronkelijke analogon is immers altijd te vinden in wet, precedent, et cetera. Maar argumentatief, als het gaat om rechtvaardiging, draait alles om de achterliggende, algemenere regels of zelfs beginselen. Juridische analogie kan nog steeds zo onwetenschappelijk zijn als Tiecks muizen-metafoor, maar de structuur ervan is inderdaad geen andere dan die van alle juridische argumentatie.

Toch stelt ook Kloosterhuis terecht de eis dat een analogieredenering in ieder geval logisch geldig moet zijn. Zou hij hebben gezien wat die logische geldigheid betekent, dan zou zijn pragma-dialectische benadering er ongetwijfeld anders hebben uitgezien. Nu vertrekt Kloosterhuis' pragma-dialectische benadering vanuit een onvolkomen beeld van de logica van analogie en daarmee wordt aan die pragma-dialectiek geen gemakkelijke taak gesteld. Ten overvloede: logica en pragma-dialectiek bijten elkaar op zich niet. Elementaire propositionele logica houdt zich immers bezig met de geldigheid van afleidingen van proposities (propositionele variabelen), gegeven logische constanten, terwijl pragma-dialectiek zich bezighoudt met regels van aanvaardbaar gebruik van taaldaden in redelijke discussies.

Na een korte uiteenzetting van methodologische principes volgens de pragma-dialectiek komt Kloosterhuis tot de volgende ‘algemene karakterisering van analogie-argumentatie’ (p. 78):

‘Juridische analogie-argumentatie is een taalhandeling waarbij een rechter een argumentatieschema op basis van een vergelijkingsrelatie toepast, in een poging om een praktische interpretatie van een rechtsregel in een kritische discussie te rechtvaardigen tegenover reële of veronderstelde antagonisten.’

Niet origineel is de typisch pragma-dialectische probleemstelling en terminologie, wél dat de daaropvolgende behandeling zich niet richt op de vergelijkingsrelatie, terwijl algemeen wordt aangenomen dat juist daarin het probleem schuilt. De zo even geschetste ‘logische redundantie’ oplossing (inhoudende dat het oorspronkelijke analogon in de hoofdargumentatie niet voorkomt) laat zien dat vergelijking berust op achterliggende regels dan wel beginselen. Dat is de kern van het analogieprobleem, die bij Kloosterhuis uit het zicht lijkt te verdwijnen.

Na uitgebreide uiteenzettingen (in ieder geval voer voor pragma-dialectisch geïnteresseerden, waaraan in dit korte bestek geen recht kan worden gedaan) verschijnt pas op pagina 156 iets over ‘de rol van rechtsbeginselen bij analogische constructie’. Diep gaat Kloosterhuis er niet op in. Volgens hem gaat het niet in de eerste plaats om de inhoud, maar om de regels voor het gebruik van analogie-argumentatie. Daarin zou het onderscheidende schuilen en aan de hand van die regels zouden juridische analogieën kunnen worden beoordeeld. Maar onduidelijk blijft het kritisch vermogen van die regels. Dat kan ook niet echt anders, want de kracht of zwakte van analogie heeft niet te maken met regels die legale stappen in argumentatie en discussie bepalen, maar wél met inhoud.

In dat verband valt op dat geen enkel door Kloosterhuis besproken analogie-argument uit de Nederlandse jurisprudentie door de pragma-dialectische mand valt. Hij had iets kunnen zeggen, bijvoorbeeld, over ongezouten kritiek op de (overigens indrukwekkende) analogie in het Winterthur-arrest (HR NJ 1978, 114, zie bijvoorbeeld de noot) en de discussie die losbarstte naar aanleiding van het Apollolaan-arrest (HR NJ 1991, 593): volgens sommigen kwam dat neer op des Hogen Raads afbraak van ons civiele recht. En nog niet zo lang geleden vond de Hoge Raad een bepaald punitieve analogie tussen tongzoenen en verkrachting (HR NJ 1998, 781), die ook naar maatstaven van pragma-dialectiek echt niet lekker is.

Anderzijds moet Kloosterhuis zonder meer worden nagegeven dat kennis van het recht en van elementaire logica volstrekt onvoldoende is om te komen tot

succesvolle analogieredeneringen (of tot welke aanvaardbare juridische redenering dan ook). Ook hier is rechtsvinding iets anders dan toetsing van een eenmaal gevonden resultaat aan de hand van logische geldigheid van argumentatiestructuren en aanvaardbaarheid van de inhoud ervan. De vraag is alleen of juist pragma-dialectiek in dat rechtsvindingstekort kan voorzien. Zouden rechters echt iets hebben aan die pragma-dialectiek? Nogal wat rechterlijke en andere discussies zouden er bepaald bij winnen, maar als het over rechtsvinding gaat, lijkt pragma-dialectiek niet zeer veel te kunnen bijdragen. Rechtsvinding is nu eenmaal niet, of in ieder geval niet in de eerste plaats, een kwestie van 'geregelde discussie' en die notie is essentieel voor toepasbaarheid van pragma-dialectische maatstaven. Het timmermansoog en het min of meer geoefende gevoel voor rechtvaardigheid leiden de rechter min of meer intuïtief tot een eerste resultaat, dat eventueel op grond van nadere overwegingen wordt bijgesteld of weer verworpen. Dat (ook in de rechtstheorie nogal eens overdachte) proces van rechterlijke rechtsvinding is even complex als irrelevant als het gaat om de kwaliteit van het resultaat. Zelfs pragma-dialectiek kan dergelijke rechtsvinding niet reglementeren, en logica al helemaal niet.

Anderzijds is een scherpe grens tussen proces en product van juridische argumentatie niet te trekken. Ook uit een oogpunt van rechtvaardiging blijft het interessant hoe rechters komen aan regels en beginselen die analogieën kunnen dragen. Per definitie zijn dergelijke regels en beginselen niet gepositieerd, want dan ging het niet om analogie, maar om uitleg en toepassing van gegeven regels. Hier doemt het beeld van Nozick op (uit de inleiding van *Anarchy, State and Utopia*): de rechter heeft iets in het hoofd, zoekt er een bruikbare rechtvaardiging bij, wikt, weegt, schaaft, schuift, neemt een snapshot van het wankel geheel (*freeze!*) en ziedaar: een min of meer aanvaardbare motivering komt tevoorschijn. Niet voor altijd, maar voor de zaak afdoende, gegeven de momentane staat van de expliciete en impliciete regels en beginselen van het recht. Dat heeft weer te maken met noties van *reflective equilibrium* (Goodman, Rawls): rechtvaardiging van regels en beginselen, bijvoorbeeld om analogie te vestigen, is een kwestie van voorlopige 'passendheid' in het altijd veranderlijke geheel van het recht. Dergelijke methodologische en argumentatieve overwegingen lijken wezenlijk voor zowel het proces van rechtsvinding als voor rechtvaardiging. Niet dadelijk is duidelijk hoe enige pragma-dialectiek dergelijke overwegingen zou kunnen accommoderen en nader verklaren.

Daarachter gaan algemene, niet-juridische vragen schuil: waar komen metaforen en analogieën vandaan en waaraan ontlenen zij hun retorische en dialectische overtuigingskracht? Hoe kwam Tieck aan zijn grijze muis en hoe komt het beestje literair tot leven? Waar haalde Du Perron zijn dokter vandaan en waarom spreekt die tot de lezer? Geen logische benadering kan

die wezenlijke vragen beantwoorden. Wat dat aangaat is het misschien jammer dat Kloosterhuis geen aandacht besteedt aan metaforen en informele analogieën (ook in juridische argumentatie alomtegenwoordig!), terwijl pragma-dialectiek toch in de eerste plaats van toepassing lijkt op argumentatie in omgangstaal. Of is dit niet alleen van logica, maar ook van die pragma-dialectiek te veel gevraagd?

Kloosterhuis' proefschrift komt neer op een pragma-dialectische benadering van analogie *taken at face value*, uitgaande van de traditionele idee dat analogie berust op vergelijkingsrelaties, met alle subtiele onderscheidingen van dien. Maar analogie bestaat niet, althans niet in systematisch-argumentatieve zin, en pragma-dialectiek lijkt de kwaliteit van al dan niet analogische juridische argumentatie als proces niet echt te kunnen bevorderen. Rechtsvinding is al moeilijk genoeg en het is niet goed voorstelbaar dat rechters en andere juristen werkelijk gebaat zouden zijn bij pragma-dialectische scholing. Ook in de rechtswetenschap en rechtstheorie tekent zich voor deze pragma-dialectiek nog geen zegetocht af. Ofwel: deze toepassing heeft de pragma-dialectiek geen winst opgeleverd, net zo min als echt duidelijk is geworden waar het bij analogie om draait.

Daarmee is het proefschrift nog geen zinledig boek. Wat overblijft is in ieder geval veel meer dan een mooie verzameling rechterlijke analogieredeneringen. In de Nederlandse rechtswetenschap en rechtstheorie wordt te vaak vergeten dat tegenspraak verder brengt. De verdienste van Kloosterhuis' proefschrift is in ieder geval dat het de lezer diep aan het denken zet. Dat kan niet over elke rechtswetenschappelijke publicatie, ook niet die in boekvorm, worden gezegd. Te veel wordt modieus overgeschreven om vervolgens te worden vergeten. Kloosterhuis heeft de moed gehad om een eigen verhaal te brengen, aan de hand van een werkelijk originele vraagstelling. Alleen dat al maakt zijn proefschrift een bijzondere bijdrage aan een (af en toe moeizame) discussie die mede door Kloosterhuis' werk nog geen einde heeft gevonden. Ongetwijfeld zal hij er zelf aan blijven bijdragen. – *Noch immer suchen die Juristen ihre Definition von Analogie*. Ook hier kan de – gezamenlijke – weg het doel zijn.

Hendrik Kaptein (Amsterdam)