

R.C. Hartendorp, *Praktisch gesproken, alledaagse civiele rechtspleging als praktische oordeelsvorming*

Liesbeth Huppes-Cluysenaer

R.C. Hartendorp, *Praktisch gesproken, alledaagse civiele rechtspleging als praktische oordeelsvorming*, Rotterdam: Erasmus Universiteit Rotterdam 2008, 235 p.

In de proloog wordt met de beschrijving van een alledaagse casus van een fietsongeval direct aangeduid wat volgens Hartendorp het probleem is van praktische oordeelsvorming. De rechter moet zich op basis van de meer of minder zorgvuldig geconstrueerde verhalen van partijen een voorstelling maken van de ware toedracht van een gebeurtenis. De rechter moet hierover aan de ene kant een oordeel geven alsof hij zeker is, terwijl hij aan de andere kant geen mogelijkheid heeft om de ware toedracht met zekerheid vast te stellen. Volgens Hartendorp is deze *fact finding* het meest omvattende element van het alledaagse rechterswerk. De wetenschappelijke aandacht richt zich echter bijna nooit hierop, maar steeds louter op de *rechtsge*schillen. Dit komt volgens hem door de overheersing van het rationeel-positivistische denkkader in de wetenschap.

In het rationeel-positivistische denken wordt ervan uitgegaan dat concrete situaties via intellectuele ordening teruggebracht kunnen worden tot enkele algemene kenmerken. Die algemene kenmerken geven aan hoe deze situaties beheersbaar zijn via het gebruik van algemene regels of wetmatigheden. Dit denkkader houdt daarom een diskwalificatie in van praktijkkennis die qua aard gericht is op de intuïtief kenbare, niet rationeel vatbare, concrete kenmerken van situaties. Hartendorp bepleit een alternatief perspectief op het rechterswerk, waarin de aandacht verschuift van de intellectuele capaciteiten (rechtskennis) naar de pragmatische aspecten.

Hartendorp bespreekt (hoofdstuk 2) hoe de rechtspraak de afgelopen jaren is geprofessionaliseerd en gemoderniseerd. Belangrijke punten daarbij zijn de explosieve groei van het zaaksaanbod en daarmee samenhangende hoge werkdruk, de aandacht voor verkorting van de doorlooptijden van zaken, de wens tot vergroting van de formele en materiële rechtseenheid, de vermeende afnemende juridisch-ambachtelijke kwaliteit van vonnissen, de gebleken noodzaak tot scholing op het terrein van het omgaan met deskundigenberichten en zittingsvaardigheden, de ontwikkeling van interventie, meetinstrumenten en visitatierondes en de ontwikkeling van protocollen, handleidingen, sjablonen en werkprocesbeschrijvingen. In de organisatie zijn in verband met de zaaksinstroom efficiëntie en effectiviteit belangrijke waarden geworden. Met het oog daarop is een nieuw bestuursmodel voor de rechtbanken ontwikkeld en een outputfinanciering doorgevoerd.

Belangrijk is ook dat er een andere taakopvatting van de civiele rechter is neergelegd in het in 2002 herziene Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. De rechter is niet langer lijdelijk, maar hij voert via het houden van comparities actief en responsief de regie tijdens de zitting. Volgens velen is door al deze ontwikkelingen een onbalans ontstaan tussen het bedrijfseconomische en het professionele perspectief. Deze

R.C. Hartendorp, Praktisch gesproken, alledaagse civiele rechtspleging als praktische oordeelsvorming

onbalans kan volgens Hartendorp worden opgeheven wanneer de professionaliteit van de rechter niet primair gerelateerd wordt aan zijn kennis van het recht, maar aan zijn vermogen om adequaat te opereren binnen een organisatie.

Op het eerste gezicht lijkt Hartendorp het bekende pad op te gaan van de *law in action*, dat wil zeggen van de rechtssociologie. Zijn bespreking van het rationeel-positivisme lijkt in veel opzichten op de discussie zoals deze binnen de rechtssociologie gevoerd is. Hartendorp verdedigt net als de meeste rechtssociologen een hermeneutische benadering van zo'n praktijk, waarbij in het kwalitatieve onderzoek sprake is van een inductieve wijze van begripsvorming. In drie steden (Grootstad, Middelstad en Kleinstad) zijn door Hartendorp comparaties, kortgedingzittingen, getuigenverhoren en raadkameroverleg geobserveerd en zijn interviews afgenomen bij rechters over rechterlijke oordeelsvorming.

Toch zijn er kenmerkende verschillen. Hoewel Hartendorp aangeeft dat er transcripties gemaakt zijn van de interviews en dat deze vervolgens gecodeerd zijn, is zijn dissertatie op geen enkele wijze te beschouwen als een verslag van een empirisch onderzoek. Er is namelijk geen sprake van een uitvoerige presentatie van observaties waaruit een bepaald gegeneraliseerd beeld van de onderzochte praktijk oprijst. Dit betekent niet dat het onderzoek van Hartendorp betekenisloos is. Het moet alleen anders worden gekwalificeerd: illustrerend in plaats van verklarend of beschrijvend. In de hoofdstukken 4, 5 en 6 geeft Hartendorp in plaats van een verslag van empirisch onderzoek een uitvoerig en op rijke kennis van de literatuur steunend overzicht van de hermeneutische benadering binnen de rechtswetenschap. Dat overzicht is zeer lezenswaardig en ik vermoed dat het veel van zijn aansprekende stijl ontleent aan het inzicht dat Hartendorp verworven heeft door zijn duik in de praktijk en de illustraties die hij daaraan ontleent.

In het geheel genomen is het Hartendorp in dit overzicht van de theorie bijzonder goed gelukt om te laten zien dat de afgelopen halve eeuw vanuit vele verschillende gezichtshoeken door vele verschillende auteurs theoretische inzichten zijn aangedragen waaruit in de loop der jaren een min of meer coherente visie op handelen is ontstaan. Alleen in hoofdstuk 6 is de synthese wat minder goed gelukt en zijn de verschillende visies wat achter elkaar geplakt. Het geheel echter is te zien als een knappe prestatie die het boek een aanrader maakt voor mensen die zich op dat gebied willen oriënteren.

Hartendorp zet met zijn dissertatie een tendens op papier die al een tijdje te ontwaren was, namelijk het in elkaar groeien van hermeneutiek en pragmatisme. Dit punt maakt zijn dissertatie vernieuwend. Het komt het scherpst naar voren in hoofdstuk 3, waar Hartendorp een verbinding legt tussen Paul Scholten en Oliver Wendell Holmes. De verschillen tussen beide auteurs ontgaan Hartendorp niet, maar hij vindt de gelijkenissen belangrijker. In de jaren zeventig en tachtig van de vorige eeuw werden juist de verschillen aangezet om de realistische pragmatische benadering van Holmes als rechtssociologische benadering scherp af te zetten tegen de idealistische juridische benadering van Scholten. Maar doordat Hartendorp zowel de intellectuele kennis van de jurist als de zorgvuldige empirische analyse-technieken van de rechtssocioloog neerzet bij het grof vuil van het abjecte rationeel-positivistische denkkader, kan hij beide benaderingen verbinden. Een discussie over

Liesbeth Huppes-Cluysenaer

deze nieuwe visie lijkt van groot belang. Ik wil hierna een aantal aspecten van die discussie naar voren brengen.

Fact-finding

In het civielrecht werd van oudsher het probleem van de gekleurdheid van de waarneming opgelost door de lijdelijkheid van de rechter: feiten zijn die dingen die gesteld zijn en niet weersproken zijn. De rechtsvraag is de vraag naar de juridische kwalificatie van datgene wat zo vaststaat. De civielrechtelijke theorie heeft zich in de Romeinse tijd en de late middeleeuwen ontwikkeld door via procesformulieren en/of verplichte procesvertegenwoordiging een voorfase te ontwikkelen, waarin duidelijk wordt wat de rechtsclaim is en op welke feiten deze claim gefundeerd wordt.

Hartendorps opvatting sluit aan bij de relativering van de lijdelijkheid van de rechter die sinds de wetswijziging van 2002 heeft plaatsgevonden. Hij meent dat het in alledaagse zaken gaat om de beslechting van een geschil over de *toedracht* van de feiten. De taal waarin het geschil volgens het procesrecht geformuleerd moet worden, acht hij te beperkt, omdat daarin te weinig ruimte is voor de uiting van emoties. Hartendorp verdedigt hiermee een verschuiving van rechtsgeschil naar conflictbemiddeling. De rechter wordt een nieuwe Salomon, die naar de gebruiken van de huidige tijd democratisch opereert, zowel door de setting van het probleem te construeren in interactie met partijen als ook door gericht te zijn op de acceptatie van het vonnis door partijen en samenleving.

Deze verschuiving is kwestieus. Bij conflictbemiddeling is sprake van vrijwilligheid bij beide partijen, terwijl in het civiele recht sprake is van een gedaagde die er niet om gevraagd heeft lastig gevallen te worden. Wordt de processuele orde hier niet te gemakkelijk overboord gezet? Hoe onderbouwt Hartendorp zijn stelling (p. 194) dat de comparitie van belang is voor een effectieve en efficiënte rechtsgang? De explosieve toename van het zaaksaanbod zou goed te maken kunnen hebben met deze verbreding van de opdracht aan de rechter.

De theorie, de regels

Al het rechterlijke handelen is volgens Hartendorp door de noodzaak van de kwalificatie van de feiten op te vatten als een vorm van individuele betekenisverlening. Via interactie ontstaan uit al dergelijk handelen betekenisregels die in routines tot uitdrukking komen en daarmee een sociale orde vestigen die zowel *stabiliteit* brengt, als ook open blijft voor *dynamiek*, omdat elke participant al improviserend ook weer eigen variaties aan kan brengen op de bestaande betekenisregels. Hartendorp presenteert deze opvatting als één van twee mogelijke manieren waarop Wittgenstein geïnterpreteerd kan worden. Hij meent dat zijn opvatting de beste van de twee is, omdat deze rechters in staat stelt om te reflecteren op het eigen handelen en aldus het eigen handelen te motiveren. Het ligt voor de hand om aan te nemen dat Scholten gepast zou hebben binnen de alternatieve interpretatie van Wittgenstein: het rechterlijke handelen vereist volgens hem immers een sprong en de beslissing is

R.C. Hartendorp, Praktisch gesproken, alledaagse civiele rechtspleging als praktische oordeelsvorming

uiteindelijk geworteld in het geweten en daarom niet te motiveren. Terwijl bij Scholten er een kloof is tussen handelen en taal, wordt deze kloof in de opvatting van Hartendorp gedicht: pragmatisme en hermeneutiek versmelten.

Het eerste huwelijk tussen pragmatisme en hermeneutiek komt tot stand in het sociale behaviorisme/symbolisch interactionisme. Deze richting maakt duidelijk hoe mensen in kleine groepen waarin ze *face-to-face*-contact hebben, continu via kleine gedragsvariaties 'onderhandelen' over betekenissen. De dagelijkse taal met haar fluïde betekenissen drukt deze gemeenschappelijke betekenissen uit. Elkaar begrijpen betekent in zo'n groep elkaars gedragingen kunnen verwachten. Dit begrijpen blijft impliciet, de woorden hebben een stilzwijgende toepassingsbetekenis. Hartendorp onderscheidt deze stilzwijgende en impliciete kennis van de expliciete kennis die tot uitdrukking komt in definities en proposities. Dit is de kennis van de *law in the books*. Enkele decennialang heeft de rechtssociologie via onderzoek aangetoond hoe zich onder de juridische taalwerkelijkheid van de *law in the books* een veel reëlere werkelijkheid bevond van de losse manier waarop mensen feitelijk met dat recht omspringen en er betekenis aan geven.

Hartendorp verdedigt een *verdergaande* versmelting tussen pragmatisme en hermeneutiek, doordat hij aanneemt dat woorden ook buiten een groep die een langdurige geschiedenis van betekenisondersteunende *face-to-face*-interacties heeft een heldere gedragsbetekenis kunnen hebben. De dagelijkse taal drukt in deze visie algemene betekenissen uit die refereren aan kenbare algemene maatschappelijke gedragspatronen. Deze maatschappelijke orde is niet autoritair, omdat continu in de vele verschillende elkaar deels overlappende maatschappelijke contexten op gedragsbetekenissen kan worden gevarieerd. Het lijkt ideaal: een orde, die toch dynamisch is, en die dagelijks van onderop groeit en bloeit, zonder dat iemand zich de betekenisverlening toe-eigent. Een betekenisorde bovendien die haar eigen toepasbaarheid in zich sluit. Macht kan in deze opvatting alleen bestaan voor zover en zolang als deze feitelijk in onderhandelingen geaccepteerd wordt. In dit verband is het spelgevoel van cruciale betekenis.

Beslissend voor de vraag welke van de twee door Hartendorp genoemde alternatieve interpretaties van Wittgenstein men volgt, is de vraag *hoe aannemelijk men het vindt dat de dagelijkse taal op samenlevingsniveau heldere gedragsbetekenissen kan omvatten*. Doordat hetzelfde gedrag verschillende betekenissen kan hebben en dezelfde betekenis in verschillende gedragingen kan worden uitgedrukt is het namelijk niet eenvoudig vast te stellen of iemands handelen een betekenisregel bevestigt of niet. Voor Hartendorp is het bestaan van stilzwijgende en impliciete kennis van de gedragsbetekenis van woorden echter vanzelfsprekend. Voor hem behoort de expliciete kennis tot het abjecte rationeel-positivistische denkkader. Deze expliciete kennis is abstract en theoretisch, onpersoonlijk en statisch. De dagelijkse taal is volgens hem een waardig en realistisch alternatief voor deze abstracte en theoretische taal. De versmelting van pragmatisme en hermeneutiek die Hartendorp voor ogen staat, betekent aldus een definitieve afrekening met abstracte theorie ten gunste van een taal die haar inhoud ontleent aan een continue fluïde interactie.

Indien men daarentegen meent dat de dagelijkse taal geen heldere gedragsbetekenis kan hebben, dan is de sociale orde niet hierop te funderen. In dit geval zal men het tot de hoofdtaak van het recht rekenen om een betekenisorde te vestigen die abstra-

Liesbeth Huppes-Cluysenaer

heert van specifieke contexten en die daardoor richtinggevend kan zijn voor het coördineren van handelingen en overwegingen op een algemeen maatschappelijk niveau. Een vertegenwoordiger van de door Hartendorp verdedigde visie zal de functie van recht echter formuleren in de pragmatische termen waarin Roscoe Pound dat in 1921 deed aan het slot van zijn opstel met de dubbelzinnige titel *The End of Law*, namelijk als de effectieve bevrediging van menselijke wensen en verlangens met behulp van overheidsdwang. Volgens deze pragmatische visie is er geen principieel onderscheid tussen privaatrecht en publiekrecht en is de rechter gewoon een uitvoerend ambtenaar. Volgens de eerder genoemde visie is de rechter primair een intellectueel die zijn steentje bijdraagt aan de ontwikkeling van de rechtstheorie.

De beslissing

Dat theorie abstract is en mijlenver verwijderd is van de concrete ervaringswerkelijkheid is niets nieuws. Niemand heeft dit mooier verwoord dan Plato als hij in de allegorie van de grot uitlegt hoe degene die buiten de grot de *ware ideale werkelijkheid* heeft aanschouwd, totaal verblind terugkomt en niet weet hoe hij zich moet gedragen of als hij uitlegt hoe de bemanning op een schip niet begrijpt wat de stuurman aan het doen is als hij de sterren bestudeert en zij degene die zorgt dat hij zich bij hen geliefd maakt een veel betere stuurman vinden.

Theorie heeft betrekking op een wereld als geheel, op alle plaatsen en alle tijden en probeert daar een beeld van te schetsen. Daardoor is een mens in staat zich uit zijn context los te maken. Door zijn ervaringen te plaatsen in een theoretisch referentiekader krijgt zijn bestaan continuïteit en zijn handelen samenhang met het handelen van anderen. Tegen de achtergrond van zo'n referentiekader wordt hij zich zowel bewust van de betrekkelijkheid van zijn eigen ervaringen alsook van de ontoreikendheid van de theorie die ondanks zijn abstracte elegantie slechts een pover beeld schetst van het vloeiende en meerzinnige karakter van het concrete bestaan. Het doorleefde besef van deze gebrokenheid van het kennen maakt de mens wijs in de visie van Grieken als Plato en Aristoteles.

Als men de belangrijkste functie van het civiele recht ziet in het vestigen van een bepaalde betekenisorde voor de vraag wat mensen van elkaar mogen vragen in de verschillende soorten relaties die ze met elkaar aangaan, dan heeft de wet de betekenis van *gevestigde theorie* en de beslissing het karakter van de *demonstratie* van de betekenis van de theorie. Een dergelijke visie op wetgeving is natuurrechtelijk in de Aristotelische zin en staat – anders dan auteurs als Hartendorp suggereren – haaks op het rationeel-positivistische denkkader, dat de wet primair als *wils-act* ziet. Auteurs als Paul Scholten hebben deze denktraditie die door haar Romeinsrechtelijke wortels in het civiele recht besloten ligt, levend gehouden.

De beslissing demonstreert niet alleen de inhoud van de theorie door te stellen dat *deze casus* een voorbeeld is van de toepasbaarheid van *deze regel*, maar hij maakt die betekenis ook afdwingbaar en verleent er daarmee algemeen maatschappelijke gelding aan. De beslissing heeft aldus niet alleen betekenis voor dit geval, maar voor alle gevallen. Dit betekent niet een precedentwerking, want niet één geval is hetzelfde. De algemene betekenis van een beslissing duidt er slechts op dat een theorie

pas maatschappelijke inhoud krijgt in de demonstratie ervan: de beslissing is niet alleen illustratief voor de betekenis van de regel, maar ook constitutief. In de overige wetenschappen wordt een vergelijkbare functie uitgedrukt met het begrip *paradigma*.

De twee mogelijke functies van civiel recht komen terug in twee betekenissen van intuïtie: deze kan betrekking hebben op de biologisch gefundeerde *assessment* van de concrete situatie in haar bijzonderheid en op het rationeel vatten van de algemene betekenis van een bijzonder geval. Bij handelen gaat het om het eerste, bij de ontwikkeling van theorie om het laatste. De belevingswerkelijkheid van de mensen die een casus voor de rechter brengen, kan niet aan de orde zijn in de rechtszaal als men de theoretische functie van recht benadrukt. Hoe kan een rechter in een uurtje daar zicht op krijgen, hoe gemakkelijk zal hij zich niet laten bedotten door goed gespeelde emoties. De formalisering die de processuele orde brengt, werpt binnen deze visie de juiste barrière op. Om een zaak aan de rechter voor te kunnen leggen, moet men hem zo kunnen vertellen dat hij iedereen had kunnen overkomen. Met het intuïtieve begrip van het geval spreekt de rechter daarom vooral zijn eigen levenservaring aan waarin hij door zijn reflexieve houding begrip heeft ontwikkeld van de algemeen menselijke conditie.

De dissertatie van Hartendorp is kortom een knappe synthese van de vele theoretische noties over rechterlijke oordeelsvorming die de laatste decennia naar voren zijn gebracht. Waardering voor die synthese sluit echter in het geheel niet uit dat men deze tegelijkertijd zeer discutabel kan achten.