

J.B.M. Vranken, Algemeen deel. Een vervolg, Deventer: Kluwer 2005, 208 p.

In zijn *Algemeen deel. Een vervolg* wil J.B.M. Vranken 'het denkraam van de jurist' in kaart brengen. Volgens Vranken wordt de omgang van juristen met het privaatrecht gekenmerkt door een zevental denkpatronen: 1) juristen zijn gericht op het oplossen van casus; 2) ze gebruiken daarbij bestaande rechtsregels (wetten en precedentes) die zij toepassen op feiten die in het verleden hebben plaatsgevonden; 3) bij het motiveren van een antwoord op een rechtsvraag maken zij gebruik van verhullend taalgebruik; 4) de feitelijke grondslag van de beslissing is vaak gebrekkig; 5) het juridische taalgebruik is afstandelijk; 6) de jurist zit gevangen in het schema wetgeving-rechtspraak; en 7) de jurist maakt vaak gebruik van de ontsnappingsclausule dat de beslissing afhangt van de omstandigheden van het geval waardoor de beslissing wordt bepaald door contextualisme.

Het boek van Vranken is niet alleen een inventarisatie van het privaatrechtelijke denkraam, maar ook een kritiek erop. Er is volgens Vranken sprake van een 'tunnelvisie' bij juristen die zich in hun omgang met het recht te veel en te eenzijdig zouden richten op de rechter als rolmodel. Als alternatief voor de rechter onderzoekt Vranken mediation, waarbij hij ook een tunnelvisie constateert, maar deze is het tegendeel van de tunnelvisie van de jurist. Het boek van Vranken mondt uit in een kritiek op de rechtswetenschap die te veel aansluiting zou zoeken bij de rechtspraak en te weinig alternatieve benaderingen voor het rechterlijke denken zou onderzoeken. Het boek van Vranken is vooral een kritiek op het dogmatische denken van het privaatrecht en een pleidooi voor multidisciplinariteit.

Deze korte samenvatting doet geen recht aan de uiterst leesbare beschouwingen die Vranken aan de verschillende onderwerpen wijdt. Zijn opvattingen zijn echter al uitgebreid aan de orde gekomen in het *Nederlands Juristenblad* 2005, afl. 36, in een kritisch essay van Tjittes en in commentaren van diverse rechtswetenschappers en in een uitvoerige bespreking door Korthals Altes in *WPNR* 2005, 6643 en 6644. Wij willen in deze recensie stilstaan bij een paar opvallende kenmerken van Vrankens betoog: zijn analyse van het privaatrechtelijke denkraam bevat enkele tegenstrijdigheden; zijn betoog lijdt zelf onder gebreken die hij aan het juridische denkraam toeschrijft, met name op het punt van de empirische onderbouwing ervan; de

kloof tussen rechtswetenschap en rechtspraak; en de visie van Vranken op het rechterlijke rolmodel staat haaks op die van zijn beroemde voorganger Scholten.

Allereerst de tegenstrijdigheden. Vranken claimt dat hij het denkraam van juristen beschrijft, althans voor zover zij zich met het burgerlijk recht bezighouden, maar bepaalde onderdelen van het door hem beschreven denkraam zijn geen manieren van denken. Dat geldt met name voor het ‘verhullende argumenteren’ en voor het ‘ontbreken van feitelijke grondslag’. Vranken betoogt in de eerste twee hoofdstukken van zijn boek dat juristen casuïstisch redeneren en dat zij de oplossing vooral zoeken in wetten en precedents. Het nadeel van deze aspecten van het juridische denkraam is dat juristen volgens Vranken te weinig nadenken over de gevolgen van hun beslissingen voor toekomstige gevallen die buiten de concrete casus liggen. Deze positie verdedigde Vranken ook al in zijn *Algemeen Deel* uit 1995. (Kennelijk liet hij zich niet overtuigen door Peter Rijkema, die in *Rechttersrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 58 e.v., met jurisprudentie aantoont dat rechters juist op tal van manieren rechtsvragen weten te beantwoorden die het voorliggende conflict te boven gaan.)

Het verhullende argument tracht echter te verbergen dat juridische beslissingen door andere argumenten worden bepaald. Die argumenten zijn juist wel toekomstgericht, bijvoorbeeld het door Vranken besproken ‘floodgateargument’ dat een bepaalde beslissing in het concrete geval de sluizen zou openzetten voor bepaalde claims hetgeen onwenselijk zou zijn, of het argument dat een bepaalde oplossing die uit het bestaande systeem voortvloeit maatschappelijk niet meer acceptabel is. Kennelijk zijn juristen toch heel goed in manieren van denken die het concrete geval overstijgen en die rekening houden met de maatschappelijke effecten van hun beslissing. Alleen durven ze daar volgens Vranken niet openlijk voor uit te komen. Wat Vranken derhalve bekritiseert, is het feit dat juristen niet hun werkelijke denkwijze laten zien. Ze verbergen hun echte argumenten achter het afstandelijke en verhullende taalgebruik van de juridische dogmatiek. Een nadeel daarvan is dat de empirische veronderstellingen van de beslissing niet worden blootgelegd en dus ook niet kritisch kunnen worden getoetst. Het zijn vaak empirische intuïties die de doorslag geven en die vervolgens worden verhuld in verwijzingen naar het bestaande systeem waaruit de beslissing zou voortvloeien.

Wat Vranken doet bij het analyseren en bekritisieren van het verhullende juridische argumenteren is niet zozeer het beschrijven van een denkwijze die *naast* de casuïstiek en de dogmatiek kenmerkend is voor de jurist. Hij tracht te doorgronden wat er *achter* de casuïstiek en de dogmatiek schuilgaat en daarbij stuit hij op denkpatronen die daar haaks op staan. Kennelijk

Hetzelfde geldt in verband met juridische verwijzingen naar de omstandigheden van het geval en het contextualisme dat daarachter schuilgaat. Vranken kan voor deze manier van juridisch denken wel sympathie opbrengen, maar ook het contextualisme lijkt haaks te staan op het dogmatische denken dat een andere richting op wijst. Daaruit zou kunnen worden afgeleid dat het privaatrechtelijke systeem ruimte biedt voor contextualisme, maar dat zou tevens betekenen dat het juridische denkraam niet uitsluitend uit casuïstiek en dogmatiek bestaat, maar ook uit redeneerpatronen waarin nadrukkelijk rekening wordt gehouden met de maatschappelijke omstandigheden waarin een beslissing moet worden toegepast. Zo beschouwd is juridisch redeneren een kwestie van het vinden van een evenwicht tussen juridische beslissingen (wetten en precedentes) uit het verleden en praktische vereisten uit de maatschappelijke werkelijkheid. Het probleem van het juridische denkraam lijkt niet zozeer te zijn dat dit raam vanwege de juridische dogmatiek onvoldoende zicht biedt op de maatschappelijke werkelijkheid, maar dat de empirische en contextuele veronderstellingen en overwegingen achter nieuwe juridische beslissingen volgens Vranken onvoldoende worden geëxpliciteerd en verantwoord.

Dat laatste geldt eigenlijk ook voor het betoog van Vranken. Hij schrijft juristen een bepaald denkraam toe waarbij hij van de veronderstelling uitgaat dat het juridische denkraam vooral is gericht op de rechter als rolmodel. Dit geldt volgens Vranken eveneens voor het juridische onderwijs en onderzoek waarin veel aandacht wordt besteed aan de rechtspraak van de Hoge Raad, maar Vranken veralgemeniseert dit denkraam tot de denkwijze van alle juristen die met het privaatrecht omgaan. Hij bespreekt mediation als een tegenovergestelde manier van geschillenbeslechting. Mediation zou echter ook als een uiterste op een glijdende schaal kunnen worden beschouwd. Aan de ene kant van de schaal bevinden zich de raadsheren van de Hoge Raad die hun werkelijke denkwijze via hun motiveringen verhullen en aan de andere kant staan de mediators die geen publieke verantwoording hoeven af te leggen over de wijze waarop zij geschillen oplossen. Daar tussenin bevindt zich een breed scala aan juristen (advocaten, arbiters, bindend adviseurs, bedrijfsjuristen, ambtenaren) die in de dagelijkse rechtspraktijk op hun manier met het privaatrecht omgaan. Dat al die juristen bij het oplossen van geschillen gevangen zitten in het schema wetgeving-rechtspraak is een empirische veronderstelling van Vranken die hij niet met empirische gegevens onderbouwt.

Vrankens boek is toch vooral een kritiek op de dogmatische manier waarop de Hoge Raad zijn beslissingen motiveert, waarbij Vranken zijn eigen kritiek deels weer onderuithaalt met de veronderstelling dat het in arresten vaak om verhullend argumenteren gaat. Met zijn kritiek op de motiveringen van

zoals dat achter de juridische redeneringen schuilgaat, maar bekritiseert hij slechts de publieke verantwoording van het resultaat ervan. Behalve enkele gissingen over de werkelijke motieven (zoals het 'floodgate-argument') gaat Vrankan verder niet in op de vraag hoe juristen werkelijk denken bij het beslechten van geschillen.

Met andere woorden: Vrankan zou zijn gissingen over het juridische denkraam moeten operationaliseren in de vorm van probleemstellingen en hypothesen die vervolgens empirisch moeten worden onderzocht en kritisch moeten worden getoetst: hoe denken juristen over de geschillen waarbij zij als jurist worden betrokken en hoe lossen zij die op? Daarbij kan het kritische onderzoek niet worden beperkt tot de juristen die in de Hoge Raad zitten en ook niet tot de formele motiveringen waarmee zij hun werkelijke motieven verhullen: Vrankan wil het denkraam van alle juristen in kaart brengen en dat is een veel grotere onderneming dan het analyseren en bekritisieren van enkele motiveringen uit geselecteerde arresten van de Hoge Raad. Dat Vrankan zijn kritiek vooral op de Hoge Raad richt, is wellicht een gevolg van het feit dat hij zelf te veel vastzit in het denkraam dat hij aan andere juristen toeschrijft.

Uiteindelijk mondt het boek van Vrankan uit in een kritiek op de rechtswetenschap die zich in onderwijs en onderzoek te veel zou richten op wetgeving en rechtspraak en te weinig op de empirische aspecten van het recht. In het interview met Vrankan in *NJB* 2005, afl. 36, gaf hij zelfs te kennen dat hij als wetenschapper in het geheel niet is gebonden aan de wet en ook niet aan de rechtspraak. Het is echter de vraag of Vrankans kritiek, die implicaties heeft voor de opzet van de juridische opleiding, wel goed is onderbouwd. Tjittes richt in zijn kritische essay in hetzelfde *NJB*-nummer in dit verband de blik op de Verenigde Staten. Tjittes stelt vast dat de Amerikaanse rechtswetenschap is verworden tot een narcistisch clubje waarvan de leden elkaar in wetenschappelijke bladen bestrijden, maar dat geen enkele band heeft met de rechtspraak. Een wetenschap die te ver verwijderd raakt van de praktijk is zinloos en bevordert niet het algemeen welzijn. De weg die de Amerikaanse rechtswetenschap is opgegaan, verdient volgens Tjittes dan ook geen algemene navolging. Nader bewijs voor het feit dat de Amerikaanse rechtspraak al jaren niet veel opheeft met de 'freischwebende Intelligenz' van de rechtswetenschap is te vinden in *The Oxford Handbook of Legal Studies* onder redactie van P. Cane & M. Tushnet (Oxford: Oxford University Press 2005). In de daarin opgenomen bijdrage van William Twining e.a., 'The Role of Academics in the Legal System' (p. 920-949), worden de bedenkelijke gevolgen besproken van Vrankans centrale stelling dat de rechtswetenschap zich moet losmaken van het rechterlijke rolmodel als

ten betalen dat zij nauwelijks invloed heeft op de rechtspraak:

‘Many of the most illustrious figures in the legal academy have no perceptible influence at all on the legal system, instead achieving prominence by saying things that impress and influence other professors.’
(p. 931)

Rechters beschouwen ‘extra-legal scholarship’ kennelijk niet als zinvol, hetgeen ook blijkt uit het feit dat ‘most courts would still be more comfortable citing an obscure judicial opinion from another jurisdiction than a hundred-page law review article as support for a holding’ (p. 934). Als grote uitzondering wordt genoemd het relatief kort bestaande mededingingsrecht (*antitrust law*), dat economisch ongeschoolde rechters kan dwingen tot interventies in complexe bedrijfstakken. Het is in zulke gevallen logisch dat rechters gebruikmaken van wetenschappers die veel meer weten van economische reguleringen dan zij. In het aanzienlijk oudere verbintenissenrecht blijkt de wetenschap daarentegen geen ‘comparative advantage’ te hebben die rechters als nuttig beschouwen voor hun beroepswerkzaamheden. Ook Vranken signaleert het probleem (p. 122, 153), maar zonder met een duidelijke oplossing te komen.

De stelling van Vranken dat de wetenschap zich moet losmaken van het rechterlijke rolmodel wijkt ook af van de zienswijze van Paul Scholten. Deze zegt juist dat iedere jurist, als hij oordeelt, een uitspraak behoort te geven die hij ‘eventueel’ als rechter zou doen. In zijn *Algemeen Deel* (derde dr., Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974) behandelt Scholten op pagina 134-135 de vraag hoe het kan dat over rechtsvragen zoveel verschil van mening bestaat en dat toch de rechter zijn beslissing als de enig-gebodene ziet en moet zien. Scholten stelt dat het begrijpelijk is

‘(...) dat in zoveel gevallen voor het standpunt van beide partijen wat te zeggen valt: de argumentatie van beide zijden heeft waarde, *relatieve* waarde. Het recht erkent die waarden beide, doch vraagt ten slotte naar de beslissing. De verantwoordelijkheid van de advocaat is een andere, een mindere, dan die van de rechter. De advocaat behoeft er niet van overtuigd te zijn, dat hij als rechter zou uitspreken wat hij als advocaat vraagt, al is het psychologisch begrijpelijk, dat hij al werkende in een zaak zich zelf overtuigt, dat de enige mogelijke uitspraak de voor hem gunstige is. De rechter daarentegen móet beslissen – hij heeft beiden te horen, ten slotte is zijn taak te kiezen. Van de advocaat wordt het *betoog* gevraagd, van de rechter de *daad*. Een daad moet als iedere daad, die iets anders is dan spel, voor hem op dit ogenblik de gebodene, de enig moge-

“Ik vind het zo, maar het kan ook anders”. Een goed rechter kan niet anders. En iedere jurist geeft, als hij oordeelt, een uitspraak, die hij “eventueel” als rechter zou doen. Zijn keuze is een keuze in vrijheid, maar juist daarom in gebondenheid, uiterlijk en innerlijk. Dat is zijn plicht. Niet ten onrechte is ten slotte niet de scherpzinnige of geleerde, maar de wijze rechter het ideaal. Wijs is de rechter, die wéét en vermag te handelen, die kent én vermag te handelen, die kent én kan, die zijn wetenschap ondergeschikt maakt aan dat handelen.’ (p.134)

Scholten betwist evenwel niet dat in het rechterlijk oordeel een subjectief element aanwezig is:

‘Doch men mene niet, dat het zuiver intellectuele werk groter zekerheid biedt. Het een en ander blijft mensenwerk, het is gebrekkig en feilbaar. Anderen zullen anders oordelen dan ik als rechter deed, veel van wat zich als uitspraak van recht aandient, en door hem, die haar gaf, ook volkomen als de enig mogelijke werd beschouwd, blijkt niet te kunnen standhouden. Er is hier geen bewijsbare waarheid. Doch het is beter dit gebrekkige en subjectieve te accepteren dan een schijn van objectiviteit en zekerheid aan te gapen, die niet meer is dan schijn en tegen kritiek geen stand houdt. Aan de objectieve gebondenheid van de beslissing voor hem, die haar uitsprak, doet dit niet af.’ (p. 135)

Het is jammer dat Vranken in zijn boek niet ingaat op de stellingname van Scholten over de rechter als rolmodel voor iedere jurist. (Zie hierover ook H.Ph. Visser 't Hooft, *Filosofie van de rechtswetenschap*, Leiden: Martinus Nijhoff 1988.) Vranken lijkt zichzelf ook maar moeilijk te kunnen distantiëren van de rechter, gelet op de wijze waarop hij voortdurend in debat gaat met de Hoge Raad. Dat neemt echter niet weg dat zijn boek uitdagend is geschreven en juristen aan het denken zet over de manier waarop zij omgaan met het recht in de praktijk en in de wetenschap. De belangrijkste boodschap van Vranken is dat juristen zich niet alleen moeten bezighouden met het analyseren, systematiseren en bekritisieren van de rechtspraak van de Hoge Raad. Zij zouden zich veel meer moeten richten op de vraag welke maatschappelijke werkelijkheid er schuilgaat achter het recht en wat de maatschappelijke effecten ervan zijn. En daar pleitte Scholten ook al voor in zijn *Algemeen Deel* (p. 116-120): je moet je als rechter gebonden achten aan het systeem van het recht, maar daarbinnen moet je ook rekening houden met maatschappelijke ver- eisten en veranderingen, en dat vloeit voort uit de teleologie van het recht.

Rachid Abdullah Khan en Klaas Rozemond (Amsterdam)