This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

Zijn de onuitgesproken vooronderstellingen, uitgangspunten en vanzelfsprekendheden in het argumenteren in het burgerlijk recht het leem in de voeten van de reus?

E.T. Feteris*

Uitgaande van de titel van het preadvies 'Springen met lemen voeten' vroeg ik mij na lezing af wat de boodschap is die de auteur ons met de keuze van deze titel heeft willen overbrengen. Voor de beantwoording van deze vraag ben ik te rade gegaan bij het Oude Testament, waar de profeet Daniël (boek 2, vers 31-45) de droom van koning Nebukadnezar uitlegt. De droom gaat over het beeld van een reus, met een hoofd van goud, de borst en armen van zilver, de buik en lendenen van koper, de enkels van ijzer, de voeten een mengsel van ijzer en leem. Dit beeld werd door een losgeraakte steen omver geworpen, omdat zijn basis te zwak was.
Daniël legt de betekenis van deze droom als volgt uit. De verschillende delen van het lichaam van de reus zijn de verschillende rijken die na Nebukadnezar zullen komen. Het laatste rijk wordt gesymboliseerd door de voeten van ijzer en leem. Ik citeer:

> '41 Maar dat de voeten en tenen, zoals ge gezien hebt, voor een deel van leem van de pottenbakker waren, en voor een deel van ijzer, *betekent*: het zal een verdeeld koninkrijk zijn. Het zal iets van de stevigheid van ijzer hebben, omdat ge gezien hebt dat het ijzer was, dat met keileem vermengd was. 42 En dat de tenen der voeten voor een deel uit ijzer waren en voor een deel uit leem, betekent: dat een deel van het rijk sterk zal zijn en een ander deel broos.'

Uitgaande van deze uitleg vroeg ik mij af of we het argumenteren en redeneren in het burgerlijk recht ook op moeten vatten als het beeld van de reus met de lemen voeten. Moeten we de onuitgesproken vooronderstellingen, uitgangspunten en vanzelfsprekendheden van het argumenteren in het burgerlijk recht opvatten als het leem in de voeten die de reus zo broos

* Universitair hoofddocent taalbeheersing, argumentatietheorie en retorica aan de Faculteit der Geesteswetenschappen van de Universiteit van Amsterdam.

This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

maken dat hij bij het minste of geringste omver geworpen kan worden? Is dit wat de auteur ons op indirecte wijze heeft willen meedelen?
Hoewel Vranken expliciet zegt dat hij geen strak gecomponeerd betoog heeft willen schrijven, geen kritiek heeft wil leveren en geen oplossingen heeft willen aanreiken, denk ik toch dat ik een centrale gedachte heb kunnen vinden die aan het preadvies ten grondslag ligt, waarin ook kritiek en mogelijke alternatieven besloten liggen.

Volgens mij is het centrale probleem van het redeneren in het burgerlijk recht dat de auteur aan de orde heeft willen stellen het verhullend argumenteren dat ervoor zorgt dat we geen inzicht krijgen in de werkelijke argumenten en afwegingen die zijn gemaakt. Ik lees in het preadvies dat volgens de auteur, zeker in moeilijke gevallen, van de rechter verwacht zou mogen worden dat hij een antwoord geeft op de vraag hoe hij de eigenaardigheden van het specifieke geval heeft gewaardeerd en op grond van welke waarderingen hij de mogelijke consequenties van verschillende oplossingen tegen elkaar heeft afgewogen.
Extreme uitwassen zijn volgens hem onnodig gecompliceerde constructies die nog te verkopen zijn als wetsuitleg en nietszeggende retorische stijlfiguren zoals 'redelijkheid en billijkheid'. Hoe ingewikkelder of nietszeggender de rechter te werk gaat, hoe waarschijnlijker het volgens Vranken is dat het echte argumentatieniveau zich elders bevindt.
In de verschillende hoofdstukken bespreekt Vranken de oorzaken van dit gebrek aan aandacht voor andere soorten argumenten. Ik zal hier de verschillende oorzaken die Vranken aanwijst nalopen en aangeven welke impliciete kritiek en suggesties hieruit naar mijn mening kunnen worden afgeleid.

De eerste oorzaak is de *casusgerichtheid*, de gerichtheid op het individuele geval, met als gevolg dat er geen ruimte is voor een afweging van mogelijke consequenties die verder gaan dan het concrete geval. Een voorbeeld van een alternatief perspectief is een afweging op grond van rechtseconomische inzichten.
De tweede oorzaak is dat de jurist is *vastgeklonken aan het systeem*. Juristen hebben de behoefte om het concrete geval te duiden in termen van juridische begrippen en leerstukken en de uitspraak in te bedden in het systeem. Zij vragen zich niet af welke alternatieve visies en oplossingen er mogelijk waren geweest. Een voorbeeld van de introductie van een nieuw gezichtspunt is de schadevergoeding bij affectieschade.
De derde oorzaak is dat vaak *een deugdelijke feitelijke grondslag ontbreekt*. Aan een beslissing liggen vaak wel vooronderstellingen ten grondslag over mogelijke consequenties en effecten van beslissingen, maar er wordt niet aangegeven op welke feitelijke gegevens die vooronderstellingen zijn geba-

This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

seerd. Volgens Vranken zou het goed zijn de voordelen en nadelen van een bepaalde oplossing af te wegen op grond van feitelijke gegevens. Als voorbeeld noemt hij een onderzoek naar de houdbaarheid van floodgate argumenten.
De vierde oorzaak is de *afstandelijkheid*. Volgens Vranken is er weinig ruimte voor kritische reflectie, voor het in beschouwing nemen van alternatieven en voor het ingaan op de consequenties van de beslissing in het concrete geval voor andere vergelijkbare gevallen.
De vijfde oorzaak is het *exclusiviteitsdenken* in termen van het schema wetgeving-rechtspraak. Het gevolg hiervan is dat aan de intrinsieke veranderlijkheid van het recht niet volledig tegemoet kan worden gekomen. Vranken pleit voor een pro-actieve rechtspraak in het kader waarvan de rechter zijn taak als rechtsvormer kan vervullen, voor een opener manier van argumenteren en het oog hebben voor de gevolgen van uitspraken.

De impliciete kritiek komt er dus op neer dat in het burgerlijk recht geen zelfstandige plaats wordt ingeruimd voor argumenten die niet te herleiden zijn tot de concepten van het bestaande juridisch systeem. Volgens Vranken komen bepaalde soorten argumenten ten onrechte niet of nauwelijks aan bod terwijl zij impliciet wel een rol spelen in de argumentatie, ze komen echter niet in de motivering tot uitdrukking. Het gaat daarbij volgens mij om argumenten die in termen van MacCormick en Summers kunnen worden aangeduid als 'teleologisch/evaluatieve' argumenten, argumenten op basis waarvan een bepaalde keuze als wenselijk of onwenselijk wordt bevonden in het licht van bepaalde doelen, beginselen en waarden.[1] Rechters laten na de afweging die aan hun uiteindelijke beslissing ten grondslag ligt en waaraan dergelijke evaluatieve argumenten ten grondslag liggen, impliciet. Zij presenteren het resultaat als wetsuitleg terwijl de achterliggende overwegingen en keuzen vaak van ethische of rechtspolitieke aard zijn en gebaseerd zijn op een afweging op basis van gevolgen.
Uit Vrankens impliciete kritiek meen ik de suggestie af te kunnen leiden dat de rechter in zijn motivering in moeilijke gevallen, in situaties waarin er iets nieuws aan de hand is, waarin het bestaande systeem naar de letter genomen geen bevredigende oplossing kan bieden, meer aandacht zou moeten besteden aan dergelijke teleologisch/evaluatieve argumenten. Hij zou expliciet moeten beargumenteren waarom hij op basis van een afweging van consequenties voor het concrete geval en voor vergelijkbare toekomstige gevallen, gebaseerd op een deugdelijke feitelijke grondslag, met inachtneming van relevante doelen en waarden, tot een bepaalde oplossing is gekomen.

1 Zie N. MacCormick & R.S. Summers, Interpreting Statutes. A comparative study. Aldershot [etc.]: Dartmouth 1991.

This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

Om vast te stellen welke argumenten impliciet schuil gaan achter constructies en retorische stijlfiguren zoals 'redelijkheid en billijkheid' die Vranken aanduidt als het 'verhullend argumenteren' en welke kritiek op deze argumenten gegeven zou kunnen worden, zou mijns inziens ook samenwerking met andere disciplines zoals de argumentatietheorie en de retorica nuttig zijn. Wat wordt er met dergelijke stijlfiguren en constructies nu eigenlijk verhuld en hoe zou een goede argumentatie eruit kunnen zien waarin de eigenlijke overwegingen en keuzes tot uitdrukking komen.

De vraag die ik hier vandaag in de discussie zou willen inbrengen is in hoeverre deze algemene zwakke plek, net als het leem in de voeten van de reus, tot gevolg zou kunnen hebben dat het burgerlijk recht, net als het beeld van de reus door een losgeraakte steen, kan instorten en in hoeverre hij op de door Vranken indirect gesuggereerde richting versterkt zou kunnen worden zodat de voeten minder van leem en meer van ijzer zouden worden.