

De donkere kamer van Vranken...¹

dit tot een spagaat: 'Given that 'formalism' is openly condemned, the formalism of American judicial discourse tends to be more hinted at (...) than openly exhorted. Given that the overt judicial consideration of 'policy' is similarly denounced, policy debate emerges in the more restrained form of the judicial consideration of purposes and effects.' (p.339). De Amerikanen hebben geen decor op het toneel staan, en de toeschouwer kijkt recht in de coulissen. Desondanks moet niet alles wat zich daar afspeelt publiek zijn. En dus wordt uiteindelijk ook in de Amerikaanse coulissen toneel gespeeld. De paradoxale conclusie luidt dan ook dat, waarschijnlijk juist omwille van de officiële geslotenheid van het Franse 'magistrale' debat, het officieuze debat meer open is dan het officiële Amerikaanse.

De analyse van Vranken sluit nauw aan bij die van Lasser over de Franse motiveringspraktijk. Maar in tegenstelling tot Lasser is Vranken nogal ongelukkig over de gang van zaken bij de Hoge Raad: hij verwijt de Hoge Raad verhullend te argumenteren. Vrankens analyse ten aanzien van de uitspraken *zelf* van de Hoge Raad is ongetwijfeld juist (wie ben ik om dat te betwisten?). Maar desondanks lijkt zijn conclusie toch op die van een heel aantal comparatisten, wanneer die zich negatief uitlaten over de Franse motiveringspraktijk. Vranken hanteert het Franse model zelfs als voorbeeld om zijn stellingen kracht bij te zetten (alhoewel hij ter zake slechts naar een enkele bron verwijst). Tegelijkertijd is er in dit *Algemeen Deel* maar in zeer beperkte mate iets te vinden over de legitimerende context waarbinnen die Hoge Raad functioneert (in het korte slothoofdstuk wijdt hij er wat woorden aan, zie de randnummers 141-143). En om misverstanden te vermijden, Vranken is ook geen voorstander van een 'open' motivering in alle omstandigheden: '[Z]olang juridische categorieën in het concrete geval niet geproblematiseerd hoeven te worden, is het verstandig ze te gebruiken. Ook al vormen zij voor niet-juristen wellicht geheimtaal, er is geen sprake van verhullend argumenteren (...)' (randnummer 24). Hoe dan ook, in het licht van het voorgaande rijst bij mij de vraag hoe Vranken de verhouding tussen het officiële en officieuze discours van de Hoge Raad ziet. Ik had alvast graag gezien dat hij ook die confrontatie, in zijn officiële discours, had aangegaan.

Gelijk of ongelijk van Vranken (of Lasser) is met dit alles natuurlijk niet bewezen. Daarvoor zou een verder reikend legitimiteitsonderzoek moeten plaatsvinden. Maar juist dat is mijn punt. Ik durf de stelling wel aan dat Vranken ten aanzien van dit aspect wat bijziend is: door zich al te sterk te richten op het toneel van de eigenlijke motiveringspraktijk zelf, lijkt hij in ieder geval weinig oog te hebben voor wat er zich in en achter de Nederlandse coulissen afspeelt. ■

Maurice Adams
(hoogleraar grondslagen van het recht, Universiteit Antwerpen)

Kritisch commentaar leveren op een boek als het nieuwste *Algemeen Deel*^{***} is niet eenvoudig. Ik kan niet anders dan concluderen dat dit een mooi en fraai boek is. Maar dat betekent niet dat er niet ook vragen bij mij zijn opgekomen terwijl ik mij liet meeslepen door de fraaie taal en stijl van Vranken. Vragen die betrekking hebben op de *motivering*, de verantwoording die de rechtswetenschapper zoals Vranken die graag ziet, zal moeten afleggen. Die 'nieuwe' wetenschapper zal zich moeten gaan bezig houden, althans als deze wil aansluiten bij de maatstaven die Vranken heeft aangereikt, met rechtswetenschap die zeker wel juridisch-dogmatisch mag zijn maar die de dogmatiek anders, opener, benadert (nr 148)², idealiter meer multidisciplinair zal zijn, en om rechtswetenschap die meer los komt te staan van het geldende recht (nr 149). Dat type van rechtswetenschap dwingt tot een stevige 'methodologische disciplineringspraktijk' (nr 152). En daarbij gaat het dan met name over het verantwoorden van wat er te gebeuren staat: 'Het afleggen van verantwoording (...) is de eerste en belangrijkste eis waaraan rechtswetenschappelijk onderzoek moet gaan voldoen, zowel in relatie tot de praktijk als in relatie tot andere wetenschappen. Wat wordt onderzocht, waarom en hoe?' (nr 152). Ik sluit mij daar graag bij aan en zal kort motiveren wat ik wil gaan doen alvorens ik tot mijn inhoudelijke punt – commentaar op het boek leveren – ge-
raak.

De opdracht is om kort maar kritisch commentaar te leveren op het boek van Vranken. Nu is een zo geformuleerde opdracht voor Vranken zelf een gruwel, want 'te ruim en te vaag' (nr 112). Ik ga dus toespitsen. De eerste vraag is dan: *wat* wordt onderzocht? Antwoord: het *Algemeen Deel*^{***} van Vranken. En ik neem mij voor om dat probleemgebied iets te verengen: in hoeverre is het nieuwste gedachtegoed van Vranken nuttig en bruikbaar voor de dagelijkse praktijk van het juridisch onderzoek? Tweede vraag is *waarom* dat wordt onderzocht? Eigenlijk alleen omdat ik denk dat Vranken misschien wel voor de troepen uitloopt, dat de rest van rechtswetenschappelijk Nederland nog niet op dat niveau zal kunnen functioneren zodat de nieuwe insteek in het doen van onderzoek weleens niet bruikbaar zou kunnen blijken te zijn. Gelukkig mag ik mij van Vranken (nr 112) baseren op 'ingeving en toeval' omdat het waarom van een probleemstelling niet 'het eindpunt is van een logisch stappenplan'. Dat zit dus wel goed. Derde vraag is: *hoe* wordt dat onderzocht? Hier kom ik in de problemen omdat ik geen tijd had en niet de methodologische kennis bezit om bijvoorbeeld empirisch te toetsen wat 'de' gewone rechtswetenschapper vindt van de ideeën van Vranken en of hij of zij deze zal en vooral ook kan en wil toepassen. Ik kies daarom voor een rechtsecundair perspectief. Bezien zal moeten worden, kort



Ivo Giesen

Gaat de ideale onderzoeker van Vranken niet aan zijn eigen vlijten onder?

1. Het navolgende betreft een sterk ingekorte versie van mijn lezing tijdens het symposium *Algemeen Deel*, een vervolg aan de UvT op 7 april 2005.
2. De verwijzingen naar nummers in de tekst betreffen verwijzingen naar *Asser-Vranken*^{***}.

Spiegelen aan anderen?!¹

gezegd, wat deze nieuwe aanpak oplevert in termen van kosten en baten. Daarmee zijn we er echter nog niet, want aan deze drie vragen voeg ik er nog twee toe, omdat ik mij daartoe verplicht voel, gegeven het startpunt dat ik mijn onderzoek goed moet verantwoorden. De vierde vraag is dan: welke *maatstaf* leg ik aan? Wanneer is er sprake van 'nuttig' en van 'bruikbaar'. Ik heb geluk, want de rechtseconomie reikt die maatstaf als vanzelf aan. De nieuwe methode is namelijk nuttig en bruikbaar als deze meer oplevert dan hij kost. De vijfde vraag is dan nog: vanuit welke *persoonlijke achtergrond* vindt het onderzoek plaats? Daarmee heb ik het dus over de *persoonlijke achtergrond* van de onderzoeker. Want als we de achtergrond van iemand niet kennen dan kunnen we zijn of haar vooroordelen niet kennen en kunnen wij die vooroordelen niet meewegen in onze eigen waardering van wat de ander gedaan heeft. Mijn achtergrond is dan te kort gezegd deze 'dat het privaatrecht (...) uiteindelijk ook gericht zou moeten zijn op *solidariteit*'.³ Dat betekent dat ik *mijn oogkleppen* links van het politieke spectrum draag.

Tot nu toe heb ik alleen nog maar gesproken over wat ik zou willen gaan doen, waarom ik dat zou willen en hoe ik dat zou willen doen, en ik ben nu bijna door de mij toegestane ruimte heen. U denkt wellicht: begint dat verhaal nou eindelijk? Geen paniek. We zijn namelijk al beland waar ik heen wilde en ik was daarmee stiekem ook al lang begonnen. Ik zal er gezien de toegestane ruimte namelijk niet meer aan toe komen om werkelijk te gaan doen wat ik wilde gaan doen, namelijk commentaar leveren op het boek conform de probleemstelling. De goede verstaander snapt dan inmiddels al waar ik heen wil ... Is het niet zo dat als we braaf gaan doen wat nodig is en wat zou moeten (ik worstel zelf met deze vraag want ik ben het eigenlijk eens met Vranken dat het zo hoort) dat we dan nergens meer aan toe komen omdat we alleen nog maar aan het motiveren zijn wat we zullen gaan doen, waarom we dat doen en hoe we dat dan zullen gaan doen? Komen we nog aan het werkelijk doen van onderzoek toe? Zijn we, met andere woorden, dan niet voortdurend bezig met het vanuit het donker beschrijven van de donkere achterkamer die in het boek (nr 3) zo beeldend opgevoerd is, en met het beschrijven van de rommel die daar ligt? Moeten we niet gewoon het licht uit laten (dus niet gaan motiveren) en gewoon door die kamer heen lopen naar de deur aan de andere kant? Het punt dat ik zou willen maken is dus dit. Gaat de ideale onderzoeker van Vranken niet aan zijn eigen vlijt ten onder? Of, in de beeldspraak van Vranken: mag het licht uit blijven? ■

Ivo Giesen

(hoogleraar privaatrecht, Molengraaff Instituut, Universiteit Utrecht en medewerker van dit blad)

3. I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2005, p. 16.

Het is voor een jurist vaak comfortabel om voor de oplossing van een kwestie aansluiting te zoeken bij bestaande casus, wetgeving, rechtspraak, literatuur en andere rechtsbronnen. Hij kan zich dan overgeven aan een of meer kenmerken van juridisch argumenteren die Vranken zo knap in zijn boek heeft geïdentificeerd.² Dat kan zijn een vertrouwd, snel en vaak efficiënt een-twee-drietje van een casus, wettelijke regel en toepassing daarvan in rechtspraak en literatuur (nrs 5-12, 73), waarbij vanuit een historische oriëntatie (nrs 13-18) met gebruikmaking van verhullende argumenten (nrs 24, 29, 34) en zonder deugdelijke feitelijke grondslag (nr 44) naar het heden kan worden gesprongen via afstandelijk en abstract juridisch taalgebruik (nrs 54, 66) onder verwijzing naar de omstandigheden van het geval (nrs 95-96). Om dit klassieke denkraam te doorbreken, onderstreept Vranken het belang van multidisciplinariteit (nrs 114-116, 119-120, 148, 152).

Inmiddels heb ik ervaren dat multidisciplinair onderzoek nuttig kan zijn. Bij het omlijnen van de betekenis van het bestanddeel 'gebruik maken van' in het Europese verbod van misbruik van voorwetenschap tijdens mijn promotieonderzoek boden traditionele bronnen weinig houvast. Daarmee ontbrak een klassiek denkraam. Ik zag mij genoodzaakt tot het creëren van eigen casus op basis van de technieken van het aangaan van uiteenlopende transacties op de financiële markten. De aanname van de homo economicus en het model van de rationele keuze uit de klassieke economie bleken bruikbaar nadat ik had geverifieerd dat de kritiek hierop uit de stroming van de behavioral finance geen afbreuk deed aan de validiteit daarvan voor mijn specifieke probleemveld.³ Een combinatie van casusposities en economische inzichten bracht mij tot een oplossing. Deze heeft in de rechtspraak erkenning gevonden. Daarom onderschrijf ik Vrankens pleidooi voor multidisciplinariteit. Ik ben er alleen nog niet uit in welke andere gevallen Vranken multidisciplinariteit voorstaat.⁴ Ook was het gebruik van casus voor mij een middel om na te gaan waar knelpunten lagen, een beeld te krijgen van wat er gebeurt, gedragstypen te onderscheiden en uitgedachte oplossingen te toetsen. Casus

1. Dit is een flink ingekorte versie van mijn voordracht op het symposium 'Algemeen Deel, een vervolg' op 7 april 2005 aan de Universiteit van Tilburg.

2. J.B.M. Vranken, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Algemeen deel, Een vervolg, Deventer 2005, nrs 5-117. Naar dit werk verwijzen de tussen haken geplaatste verwijzingen naar nummers.

3. F.G.H. Kristen, *Misbruik van voorwetenschap naar Europees recht*, Nijmegen 2004, p. 562-569.

4. Vranken spreekt over '(...) situaties waarin iets nieuws aan de hand is' (nr 24). Alleen in noot 4 bij nr 24 en in nr 30 zie ik enkele criteria, zoals het achterhaald zijn van een regel door nieuwe ontwikkelingen.