

Een discursieve grootheid

*Discursieve beschouwingen over J.B.M. Vranken,
Algemeen Deel, Zwolle 1995*

'Rechtspreken is kiezen. Dit is de kortste en tegelijk meest adequate typering van het werk dat de rechter doet', zo wordt door Vranken de taak en de plaats van de rechter samengevat in het nieuwe Algemeen Deel bij de Asserserie. Maar soms mag de rechter niet kiezen, vindt recensent Nieuwenhuis: de Edelachtbare heeft al een boek? Dit is geen verweer. Wie serieus werk maakt van de beoefening van het burgerlijk recht, krijgt nu onontkoombaar te maken met twee discursieve grootheden: Scholten en Vranken.

■ 'Ik sluit af. Aan het einde van het vorige hoofdstuk concludeerde ik dat wat recht is niet door het recht zelf bepaald kan worden. Aan het einde van dit hoofdstuk moet ik concluderen dat er evenmin boven- of buitenrechtelijke criteria zijn met behulp waarvan de rechtskwaliteit van normen kan worden vastgesteld. In beide opzichten verschilt het recht overigens niet van andere geestes- en maatschappijwetenschappen. Ook die moeten het bij de beoordeling van de geldigheid van hun uitspraken zonder dergelijke archimedische punten doen. Recht is een discursieve grootheid, dit wil zeggen het altijd voorlopige resultaat van een proces van meningsvorming en overtuiging, zowel in abstracto als bij de beslissing in concreto. Het is dit begrip recht dat voor mij methodologisch het oigelpunt vormt in de rechtsvinding' (Vranken) ¹ ■

■ 'Een slecht rechter, of algemener, een slecht jurist, is hij die zegt: ik vind het zo, maar het kan ook anders. Een goed rechter kan niet anders () En overigens ook ik geloof, dat het individuele geweten hier niet het laatste woord spreekt. Doch het is niet meer een zaak der rechtswetenschap, het valt in elk geval niet binnen het kader van dit boek te onderzoeken wat hier richting kan geven. Mijns inziens zijn er slechts twee mogelijkheden: of het zal een idee zijn, de rechtsidee, een der vormen, waarin de wereldgeest zich verwekelijkt, die hier leidster kan wezen, of het geweten is onderworpen aan een hogere macht, die, als Persoon in Schepping en Geschiedenis geopenbaard, individu en gemeenschap met zijn onvoorwaardelijke voordeelingen tegemoet treedt. Het eerste is de gedachte van het idealisme, met name in zijn Hegels pantheistische vormen, het tweede is de eis van het christelijk geloof' (Scholten) ² ■

Sinds kort vormen twee Algemene Delen de opmaat tot mr C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Na Scholten, wiens klassieke, uit 1931 stammende, werk de Asserserie blijft aanvoelen, heeft ook J.B.M. Vranken, Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad en hoogleraar burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht aan de Katholieke Universiteit Brabant zich gewaagd aan de compositie van een Algemeen Deel, een hernieuwde afbakening van 'de plaats en de taak van de rechtspraak op het terrein van het burgerlijk recht'. De daarvoor vereiste moed wordt in dit geval rijkelijk beloond: een prachtig boek.

De contrasterende grondtonen van beide boeken – oigelpunten in Vrankens terminologie³ – weerklinken in de hiervoor aangehaalde passages. Recht als discursieve grootheid, het altijd

voorlopige resultaat van meningsvorming en overtuiging, tegenover het rechtsoordeel als onontkoombare beslissing, verankerd in het geweten van de rechter, welk geweten is onderworpen aan een hogere macht die hem tegemoet treedt met onvoorwaardelijke vorderingen. Het moderne oor is stellig ontvankelijker voor Vrankens orgelklank. De 'goede rechter' van Scholten, die niet *kan* menen: ik vind het zo, maar het kan ook anders, moet wel denken, geconfronteerd met twee collega's die zijn visie niet delen: Heer vergeef het hun, want zij weten niet wat zij doen. Dat is geen goede basis voor het proces van collegiale meningsvorming en overtuiging. Iets minder onwankelbaarheid komt daar goed van pas.

Vrankens boek is opgebouwd uit twee delen, die zijn voorzien van intrigerende opschriften: 'De omgekeerde piramide' en 'Een slang die in haar eigen staart bijt; over orgelpunten, cirkels en keuzen in de rechtsvinding'.

De omgekeerde piramide is minder dreigend dan men van verre zou kunnen menen. Bij nadering schrompelt zij ineens tot een hoogst nuttig keukengerei: de trechter.

'Gemeten aan het werkelijke geschil tussen partijen werkt het proces als een soort trechter. Het geschil staat vrijwel nooit in volle omvang aan de rechter ter beoordeling' (p. 31). Er is

sprake van een steeds verdergaande versmalling van het debat. De rechter in eerste aanleg mag niet buiten de grenzen van het gevorderde treden, de appelrechter mag zich slechts buigen over die aspecten van de zaak die door middel van grieven aan hem zijn voorgelegd, en in cassatie wordt het wel heel erg eng: aan de feitelijke grondslag van het geding mag, anders dan in hoger beroep, niet langer worden gemorrel en de cassaterechter is gebonden aan de in het middel vervatte rechts- en motiveringsklachten.

Dit deel van Vrankens boek biedt een onmisbare feitelijke grondslag voor het rechtsvindingsdebat. Zo wordt voorkomen dat in ijle hoogten bewegende beelden worden geprojecteerd van rechters die als 'social engineers', als autonome probleemoplossers de samenleving in de gewenste richting sturen. Rechters lossen geen problemen op, zij beslechten geschillen. In het gunstigste geval verslepen zij de problemen daarheen, waar zij thuishoren. Als een rechter de gedaagde, op deugdelijke gronden, veroordeelt tot betaling van een schadevergoeding van f 89 780,75 lost hij geen probleem op, maar confronteert hij de gedaagde met een probleem: waar haal ik dat geld vandaan? Van mijn aansprakelijkheidsverzekeraar? Of moet ik mijn huis verkopen?

Het eerste deel van het boek, handelend over de 'processuele bepaaldheid' van rechtsvinding door de rechter, werpt ook een verhelderend licht op wat in het tweede deel het kernthema

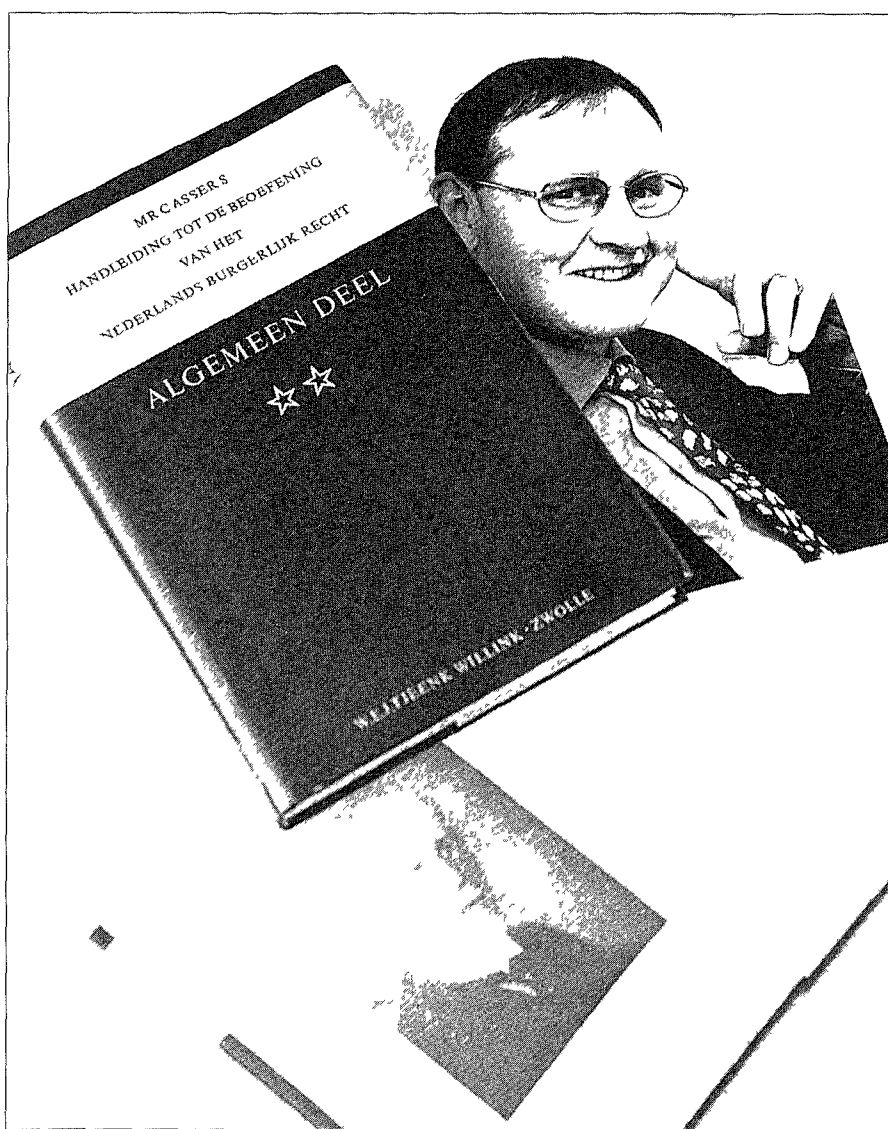


Foto portret Roelof Kauffman
Foto combinatie Ruben Kestra

vormt: het recht als discursieve grootheid. Het begrip 'discursiviteit' wordt in de moderne rechtsvindingsliteratuur⁴ steeds vaker gepresenteerd als *het* kenmerk van het recht. Wat wordt ermee bedoeld? In ieder geval meer dan Van Dale aangeeft: 'discursief; bij het redeneren stap voor stap tot een slotsom komend'. Zo opgevat, is ook de wiskunde een discursieve bedrijvigheid. Vrankens acht de discursieve grootheid van het recht gelegen in de omstandigheid dat het recht het altijd voorlopige resultaat is van een proces van meningsvorming en overtuiging. Maar ook dat is nog niet scherp genoeg. Dat geldt bijvoorbeeld ook voor literatuurkritiek. Is 'Keraban de stuifhoofdige' inderdaad een sterkere roman dan 'Wederwaardigheden van een Chinees in China'?

Het onderscheidend vermogen van 'discursiviteit' als merk van het recht is gelegen in het gedwongen karakter van het processuele 'discours'. Het burgerlijk proces is een eigenaardige vorm van conversatie, die hierdoor wordt gekenmerkt dat iedere ongedwongenheid ontbreekt. Eiser, gedaagde en rechter zijn, op straffe van onaangename consequenties, gedwongen in te gaan op hetgeen door de anderen naar voren wordt gebracht. Partijen moeten de door de ander aangevoerde feiten gemotiveerd betwisten, zo niet, dan komen zij te hunnen nadele vast te staan. De rechter loopt de kans dat zijn beslissing, als ongenoegzaam gemotiveerd, wordt vernietigd als hij voorbijgaat aan hetgeen door partijen is aangevoerd.

Deze processuele eigenaardigheid laat haar sporen na in het materiele recht. Dat geldt, inclusief het dwingende recht, slechts als weerlegbaar vermoeden.⁵ Een tussen schuldeiser en schuldenaar geldende regel is niet van toepassing voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (art. 6:2 lid 2 BW). De feiten kunnen in voorkomend geval zo krachtige tegenspraak leveren dat een als gevolg van een overeenkomst geldende regel moet wijken. Dit discussieve karakter van het recht heeft geleid tot een uitgebreide receptuur voor tegenspraak dwaling, onvoorziene omstandigheden, overmacht, eigen schuld, om slechts enkele destructieve begrippen te noemen. Vrankens beschrijving van 'de procesrechtelijke drempels en grenzen in de rechtsvinding' laat ook zien dat een oude scheidslijn steeds verder wordt uitgewist. Het is steeds minder waar dat met betrekking tot enerzijds feitengaring, en anderzijds rechtsvinding, sprake is van gescheiden verantwoordelijkheden, en wel aldus dat de constructie van de feitelijke grondslag van het geschil een zaak is voor partijen, waarbij de rechter zich geheel lijdelijk mag opstellen, terwijl de rechter autonoom (ambtshalve) mag bepalen welke rechtsregel hij aan zijn beslissing ten grondslag zal leggen.

Vranken formuleert enkele interessante voorstellen, die ertoe strekken enerzijds de rechter sterker te betrekken bij de constructie van een deugdelijke feitelijke grondslag en anderzijds partijen een actieve rol te gunnen, voor het geval de rechter zou overwegen aan zijn beslissing een andere rechtsregel ten grondslag te leggen dan partijen voor ogen heeft gestaan. 'De rechter kan een inlichtingencomparitie gelasten, hij kan bij die gelegenheid bescheiden opvragen, hij kan indringend op de zaak ingaan en hij kan een bewijsopdracht verstrekken. Tot niets van dit alles is hij verplicht. De rechter die zich voldoende voorgelicht acht of die het niet tot zijn taak rekent actief te zijn op het terrein van de feitengaring, behoeft niets te doen' (p. 23). Deze rechterlijke vrijblijvendheid is Vranken een doorn in het oog. Vooral de avonturen van het varken, genaamd 'Geel-113' hebben aanstekelijk gewerkt. Dit varken, dat in eigendom toebehoorde aan Swinkels, was uit de stal ontsnapt, en had een besmettelijke ziekte overgebracht op de varkens van Bardoel.⁶ In cassatie moest ervan worden uitgegaan dat Swinkels het besmettingsgevaar niet kende. Dat was niet waar, Swinkels was ten tijde van de besmetting wel degelijk op de hoogte van de ziekte van zijn dieren. De omstandigheid dat moest worden uitgegaan van feiten die in feite geen feiten waren, vloeide daaruit voort dat Bardoel in hoger beroep niet was opgekomen tegen het oordeel van de rechtbank, dat de vraag of Swinkels al dan niet op de hoogte was van de ziekte, niet van belang was. Een en ander ontlokt aan Vranken het commentaar dat indien een inlichtingencomparitie was gehouden, ongetwijfeld zou zijn vastgesteld dat Swinkels wel op de hoogte was van de ziekte van zijn dieren, en Bardoel dan had gekiezen waarop hij recht had. Dit brengt Vranken ertoe te bepleiten dat indien de rechter niet wenst in te gaan op een verzoek tot het houden van een inlichtingencomparitie, hij die beslissing naar behoren moet motiveren (p. 23).

Nog op een tweede punt bepleit Vranken een verzwaring van de discursieve dwang. De rechter kan, met toepassing van artikel 48 Rv het recht in een andere richting zoeken dan partijen voor ogen stond. Vaak zullen in dat geval andere, dan de aangevoerde feiten relevant worden. Een met het Duitse of Franse recht vergelijkbare bepaling die de rechter dwingt om partijen de gelegenheid te bieden hun stellingen aan te passen, lijkt

Vranken niet meer, maar ook niet minder dan een kwestie van fair play (p. 39).

Da mihi factum, dabo tibi ius. Slechts de eenvoud van het Latijn maakt nog indruk. Vrankens beschouwingen over de (gewenste) ontwikkeling van het processuele discours maken duidelijk dat de taken met betrekking tot feitengaring en rechtsvinding minder rechtlijnig zijn verdeeld. Dat voert ons naar het tweede deel van het boek. Daarin is vooral sprake van cirkels, ja zelfs van gekwadiateerde cirkels.

Drions diagnose van het 'rechtsvinderssyndroom' ('Het beeld van de rechter als *bouche de la loi* geeft voor het merendeel van zijn beslissingen een realistische beschrijving van zijn werk dan het beeld van de rechter als *rechtsvinder*') heeft op Vranken kennelijk indruk gemaakt. 'Kortom: de vaststelling van de betekenis en inhoud van de toepasselijke norm of normen vereist in de overgrote meerderheid van de gevallen geen hoogstaand, creatief juridisch vernuft, maar gewoon goed vakmanschap, dit wil zeggen gevoel voor maatschappelijke verhoudingen en kennis van de wet, rechtspraak en literatuur. Bij deze stand van zaken is het niet nodig en zelfs bepaald verkeerd om net te doen alsof voor iedere casus het gehele fijnmazige, wijdvertakte en ingewikkelde netwerk van de rechtsvindingsproblematiek moet worden doorlopen alvorens tot een beslissing te kunnen komen' (p. 57). Na deze gelofte van nuchterheid gaat Vranken de confrontatie aan met wat hij noemt moeilijke(r) gevallen. Hij onderscheidt vijf categorieën. Moeilijke(r) gevallen worden gevormd door situaties waarin (i) de toepasselijke norm in beginsel gegeven is, op zichzelf ook niet omstreden is, maar alleen in de omstandigheden van het individuele geval niet (zonder meer) past, (ii) als gevolg van veranderde of veranderende opvattingen de gangbare interpretatie van de norm achterhaald of betwist wordt, (iii) de norm is aangetast door ontwikkelingen op andere, samenhangende terreinen van het recht, (iv) sprake is van atypische situaties, (v) niet duidelijk is of een ingeroepen norm of leerstuk wel tot het rechtssysteem behoort.

Welk doel wordt met deze onderscheidingen gediend? Dat zou kunnen zijn dat de wetenschap, tot welke categorie van moeilijke(r) gevallen het probleem gerekend moet worden, de rechter helpt bij zijn 'Methodenwahl', de keuze uit wat Vranken noemt 'de gereedschapskist van de rechter', die naar zijn oordeel gevuld is met de volgende 'attributen': systeem, rechtsbeginselen, wetsgeschiedenis, anticipatie, rechtspraak en literatuur, interne rechtsvergelijking, externe rechtsvergelijking. Ook een loodgieter heeft baat bij een heldere analyse van zijn

1. p. 69 e.v.

2. p. 134 e.v.

3. Origineel: 'point d'orgue', grondtoon die vastgehouden wordt bij verschillende, elkaar opvolgende harmonieën (Van Dale).

4. Zie vooral R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt am Main 1983.

5. Zie J. H. Nieuwenhuis, *RM Themis* 1995, p. 341 e.v.

6. HR 24 februari 1964, NJ 1964, 415, AA 1984, 479.

probleem. Is het een vastgeroeste /eskante moer, of is het een losgetrilde schroef? Dat helpt bij de keuze van het juiste gereedschap: een steeksleutel of een schroevendraaier. Waarom zou het voor een rechter anders zijn? Dat de wetgever zich zou vertillen als hij de rechter een rechtsvindingscanon zou willen voorschrijven, betekent nog niet dat de wetenschap op dit punt zich niet verdienstelijk zou kunnen maken door het doen van waardevolle aanbevelingen.

Een andere mogelijkheid zou kunnen zijn dat de vijf categorieën van moeilijke(r) gevallen zijn gerangschikt in een volgor-

Vranken verwijt de rechtswetenschap dat zij 'de rechtspraak van de Hoge Raad met teveel gezag (ontzag?) bejagent.'

de van oplopende moeilijkheid. Het nut daarvan zou zijn dat indien het probleem moet worden gelokaliseerd buiten het aldus ontstane spectrum, de gereedschapskist dicht kan blijven. Een probleem kan te gemakkelijk zijn. Als de rechter wordt geconfronteerd met een louter mondeling verlopen 'overdracht' van een vordering op naam, hoeft hij voor zijn slotsom dat, bij gebreke van een akte, geen rechtsovergang heeft plaatsgevonden, niet te rade te gaan bij de geschiedenis van de tot standkoming van artikel 6:94 BW, en evenmin bij het in Frankrijk, Engeland en Duitsland op dat punt geldende recht. Ook voorbij de andere pool kan het deksel op de gereedschapskist blijven. Een probleem kan te moeilijk blijken.⁷ In de gebruikelijke formulering van de Hoge Raad: het vinden van oplossingen zou de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaan.⁸ Geen van de vergelijkbare consequenties verbindt Vranken aan zijn indeling in vijf categorieën. Dat is jammer, zo blijft zij teveel *a distinction without a difference*. Hier wiekt zich de wijze waarop Vranken zich houdt aan zijn eigen devices: 'Ik heb ervoor gekozen de zienswijzen van anderen alleen dan in mijn beschouwingen te betrekken waar ik dit nuttig acht ter verduidelijking van het standpunt dat ik zelf inneem. In hoofdzaak volg ik mijn eigen gedachten zoals die zich in de loop der tijd hebben gevormd' (p. 3).

Bescheidenheid bij de greep uit de citatentrommel siert de rechtsgeleerde. Maar de verduidelijking van het eigen standpunt komt het best uit de verf in een confrontatie met de tegengestelde visie. Een zeer spraakmakende⁹ theorie over taak en plaats van de rechter in moeilijke gevallen, is gepresenteerd door Ronald Dworkin: 'I shall argue that even when no settled rule disposes of the case, one party may nevertheless have a right to win. It remains the judge's duty, even in hard cases, to discover what the rights of the parties are, not to invent new rights retrospectively' (). I propose the thesis that judicial decisions, even in hard cases like *Spartan Steel*, characteristically are and should be generated by principle not policy'.¹⁰ Dit komt dicht in de buurt van Scholtens: 'Het recht is er, doch het moet worden gevonden, in de vondst zit het nieuwe' (p. 12). Klopt Dworkin's theorie? Heeft de Hoge Raad op 31 januari 1919 een recht ontdekt, dat Lindenbaum reeds had, of is op die

datum een nieuw recht *uitgevonden*, dat vervolgens met terugwerkende kracht (tot de dag waarop Cohen de bediende van Lindenbaum had omgekocht) aan Lindenbaum is verleend? Kiest men voor het eerste, dan levert dit in ieder geval niet meer op dan een recht met een hoog theoretisch gehalte. Zou Lindenbaum enkele jaren eerder, onder het regime van de Zutphense Juffrouw, hebben getracht zijn 'recht' op schadevergoeding te doen gelden, dan zou hij met lege handen naar huis zijn gezonden.

Wat vindt Vranken hiervan? De lezer krijgt de indruk dat hij een standpunt als dat van Dworkin verwerpt. Dat lijkt zeker het geval met betrekking tot de tweede pijler waarop het betoog van Dworkin rust: rechterlijke beslissingen in moeilijke gevallen moeten steunen op rechtsbeginselen, niet op beleid (*principles not policy*). Vranken verwijt de rechtswetenschap dat zij 'de rechtspraak van de Hoge Raad met teveel gezag (ontzag?) bejagent' (p. 122). Hij geeft als voorbeeld de, zijns inziens, te inschikkelijke ontvangst van het arrest inzake de Des-dochters.¹¹ Vranken is van oordeel dat tot op heden te veel is uitgebleven: een harde confrontatie van de uitspraak van de Hoge Raad met gegevens over de verzekeraarbaarheid van de schade waarvoor de producenten in beginsel aansprakelijk zijn gesteld' (p. 123).

Vranken heeft volstrekt gelijk als hij de rechtswetenschap aanspoort tot hardere confrontaties. 'Wat doet de Hoge Raad?' is interessant, veel belangrijker is echter: 'Wat moet de Hoge Raad doen?' Op dit punt wordt een confrontatie met Dworkin's '*principle not policy*' van belang. Het is thans geen algemeen aanvaard rechtsbeginsel dat de omvang van de aansprakelijkheid beperkt dient te blijven tot hetgeen door verzekering kan worden gedekt. Het kan daarentegen zeer wel getuigen van wijs beleid om in de toekomst de aansprakelijkheden van het bedrijfsleven, voor bijvoorbeeld milieuschade en schade veroorzaakt door gebrekkige producten, te beperken tot de risico's die verzekeraar zijn. Bij de uitvoering van dit beleidsvoornemen stuit men onmiddellijk op tal van moeilijkheden bij welke premielast moet een aansprakelijkheid worden aangemerkt als onverzekeraar? Welke uitzonderingen moeten worden gemaakt? Onverzekeraarheid die het gevolg is van een uitsluiting voor opzettelijk veroorzaakte schade, mag uiteraard niet leiden tot niet-aansprakelijkheid, maar moeten nog andere uitzonderingen worden gemaakt?

Bij het zoeken van antwoorden op deze vragen kan de wetenschap zich veel vrijer bewegen dan de rechter. Processuele belemmeringen van het uitsicht, zoals de grenzen getrokken door de appelgrievens en de klachten verrat in het cassatiemiddel, zijn er voor de wetenschap niet. De door Vranken bepleite hardere confrontatie met gegevens over de verzekeraarbaarheid moet dan wel steunen op, door de wetenschap vergaarde, hardere gegevens dan de mededeling dat de bedrijfsaansprakelijkheid 'de pan uit die eigte rijzen'.

Het laatste deel van het boek bevat belangwekkende beschouwingen over de 'gedifferentieerde motiveringsplicht' van de rechter. Vranken ontwikkelt een drietal 'differentiatiefactoren': (i) de aard van het recht, als het definitieve verlies van het recht op alimentatie op het spel staat, moet de motivering aan hoge eisen voldoen, (ii) het rechtsgebied, in het goederenrecht kan in de regel worden volstaan met een kortatere motivering, dan de breedvoeriger argumentatie die in het verbintenissenrecht vaak nodig is, men is eigenaar, of men is het niet, (iii) de procesrechtelijke context, de motivering van een kort geding vonnis mag minder diepgaand zijn dan die van een uitspraak in een bodemprocedure.

Schrijvend over de stijl van motiveren, bindt Vranken de strijd

aan met Martens 'Zoals Martens schreef een rechterlijke beslissing moet lezen als een goede pleitnota waarin ondersteunende argumenten breed worden uitgemeten en tegenargumenten slechts zoveel aandacht krijgen als voor de overtuigingskracht of voor de duidelijkheid van de eigen keuze nodig is. Ik heb daarop als commentaar gegeven dat deze betoogtrant in beginsel tegengesteld is aan het discursieve karakter van het recht dat voor mij de basis vormt van de rechtsvinding' (p. 161)

Is een motivering in de trant van een goede pleitnota inderdaad strijdig met het discursieve karakter van het recht (het altijd voorlopige resultaat van een proces van meningsvorming en overtuiging)?

Als de motivering er toe dient 'de beslissing zowel voor partijen als voor de den controleerbaar en *aanvaardbaar* te maken'¹², dan volgt uit dat laatste dat zij moet voldoen aan de eisen van

De macht van de rechter om te oordelen wordt door de samenleving gemakkelijker aanvaard, indien in de uitspraak het recht aan het woord komt, en de rechter genoeg neemt met de rol van 'vertolker'.

de persuasieve techniek. Ook rechtspraak is retoriek. De motivering van een beslissing is daardoor onderworpen aan de wetten die op dat terrein gelden, en die meebrengen dat tegenargumenten weliswaar niet moeten worden genegeerd, maar wel, met zo min mogelijk omhaal, tot onschadelijke proporties moeten worden teruggebracht.

In het kader van zijn beschouwingen over de motiveringsplicht komt Vranken tot een verrassend voorstel: 'Ik acht de rechter in beginsel verplicht toe te lichten waarom hij van oordeel is dat de rechtsvoerende beslissing die hij neemt, uit hoofde van zijn taak geboden, althans niet verboden is' (p. 159). Dit voorstel geldt, aldus Vranken, niet alleen voor spectaculaire beslissingen als die inzake de Des-dochters, maar ook in minder tot de verbeelding sprekende zaken waarin belangrijke rechtsvoerende beslissingen worden genomen.

Dit is geen goed idee.

Beslissingen, als die in de Des-zaak, mogen spectaculair zijn, zij steunen niettemin op een bevoegdheid die vanzelfsprekend uit de taak van de rechter voortvloeit: uitleg van de wet in het geval van de Des-dochters: uitleg van artikel 6:99 BW.

Wat vanzelf spreekt wordt onzeker als het wordt uitgesproken. Wat moeten we ons bovendien voorstellen bij een rechter die gaat uitleggen waarom hij meent dat het uitleggen van artikel 6:99 'uit hoofde van zijn taak geboden, althans niet verboden is'?

Ook hier zijn retouristische principes van groot belang. De macht van de rechter om te oordelen ('si terrible parmi les hommes'¹³) wordt door de samenleving gemakkelijker aanvaard, indien in de uitspraak het recht aan het woord komt, en de

rechter genoeg neemt met de rol van 'vertolker'. Het oordeel dat artikel 1401 eist dat ook schade, veroorzaakt door onbetamelijk gedrag dat niet door de wet wordt verboden, moet worden vergoed, is overtuigender, dan de mededeling van mrs. X, Y en Z dat zij, na rijp beraad, hebben besloten dat voortaan ook schadeveroorzakende handelingen die niet in strijd zijn met enige wettelijke bepaling, niettemin tot aansprakelijkheid kunnen leiden.

Wie spreekt, wanneer recht wordt gesproken? De gangbare formulering dat het recht op deze of gene wijze moet worden 'verstaan', geeft al aan dat het recht sprekend wordt ingevoerd en wordt erkend als zelfstandige discursieve grootheid. Het is het goede recht van de wetenschap een dergelijke hypostasering als naieve fictie te ontmaskeren, maar in de praktijk van het leven zijn ficties tot op heden onmisbaar gebleken als overlevingsstrategie (Si Dieu n'existait pas, il faudrait l'inventer, Voltaire. Nui noch ein Gott kann uns retten, Heidegger). Ook de praktijk van het rechtsleven kan niet zonder haar reddende engelen. *Lex semper loquitur* is er zo een.¹⁴ In artikel 13 Wet houdende Algemene Bepalingen manifesteert zij zich. Het 'stilzwijgen der wet' wordt door haar in die bepaling gebrandmerkt als 'voorwendsel'. In wezen beweert Scholten niet anders: het recht is er, maar het moet worden gevonden.

'Rechtspreken is kiezen. Dit is de kortste en tegelijk meest adequate typering van het werk dat de rechter doet', zo vat Vranken zijn gedachten over de taak en de plaats van de rechter samen (p. 141). Ofschoon de rechter over een uitgebreide scala van zowel proces- als materieelrechtelijke maatstaven, richtlijnen en gezichtspunten beschikt, hangen hun inzetbaarheid, relatieve kracht en zwaarte in een concreet geval mede af van zijn opvattingen. Keerzijde van deze vrijheid is de motiveringsplicht van de rechter. Op de inhoud en overtuigingskracht van zijn argumenten kan hij worden aangesproken. Deze gedachten vormen het zwaartepunt van Vrankens Algemeen Deel. Tot slot: Soms mag de rechter niet kiezen. De Edelachtbare heeft al een boek? Dit is geen verweer. Wie serieus werk maakt van de beoefening van het burgerlijk recht, krijgt thans onontkoombaar te maken met twee discursieve grootheden: Scholten en Vranken. □

7. Zie daarover C.J.J.M. Stolker in M.G. Rood (red.) *Rechts en politiek*, p. 53 e.v.

8. Zie bijv. HR 4 nov. 1994, NJ 1995, 249.

9. Zie bijv. *de Rechtsbeginselen Speciaal van Als Acqui*, oktober 1991.

10. *Taking rights seriously*, p. 81 en 84.

11. HR 9 okt. 1992, NJ 1994, 535.

12. HR 4 juni 1993, NJ 1993, 659.

13. Montesquieu, *L'esprit des Lois*, XI, 6.

14. Zie daarover J.H.A. Lokin, *Tekst en Uitleg*, Groningen 1994, p. 1 e.v.