

DE REDACTIE PRIVAAT

MOTIVERING NA RECHTERLIJKE RECHTSVORMING: DE MOGELIJKE IMPACT VAN PSYCHOLOGISCHE INZICHTEN EN VERSCHILLENDE MOTIVERINGSSTIJLEN

Ivo GIESEN*

I. INLEIDING: DE CIVIELE RECHTER KIEST ÉN MOTIVEERT

1. In het privaatrechtelijke rechtsvindings- en rechtsvormingsdebat in Nederland wordt de laatste jaren meer aandacht besteed aan de motivering door de rechter van zijn juridisch oordeel(1). Het heeft er alle schijn van dat die aandacht mede terug te voeren is op een *Leitmotiv* uit het (eerste) *Algemeen Deel* van Jan Vranken namelijk: rechtspreken is kiezen(2). Want als rechtspreken inderdaad uiteindelijk een *keuze* betreft – en die gedachte

* Hoogleraar privaatrecht, Utrecht Center for Accountability and Liability Law (Ucall) en Molengraaff Instituut voor Privaatrecht, Universiteit Utrecht. Deze bijdrage – afgesloten op 11 oktober 2019 – komt voort uit mijn onderzoek voor en werk aan een Monografie BW (Deel A3; Wolters Kluwer) welke in de afrondende fase verkeert. Met dank aan de redacteurs van die boekenreeks.

(1) Zie bijvoorbeeld G. DE GROOT, 'Motiveren van rechterlijke uitspraken: een evenwichts-oefening', in: G.J.M. Corstens e.a., *175 jaar Hoge Raad der Nederlanden* (Den Haag: Boom 2014), 113-178.

(2) Zie J.B.M. VRANKEN, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel*** (Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995), nr. 217 (hierna ASSER/VRANKEN).

heeft historische wortels en wordt heden ten dage breed aanvaard(3) – dan wordt de rechterlijke *motivering* van die inhoudelijke keuze enorm belangrijk(4). Wat immers rest om deze keuze (of ‘sprong’, ‘gewetensbeslissing’, ‘stap naar praktische wijsheid’, dan wel ‘werkkracht’) te funderen, is niets anders dan de motivering daarvan. De rechter dient de gevonden oplossing, zijn keuze, te motiveren; alleen zo wordt inzichtelijk wat de doorslaggevende factor(en) was (waren) voor de rechter bij zijn keuze, zijn uitspraak(5).

2. Welbeschouwd is de (naar het lijkt) toegenomen aandacht voor de rechterlijke verantwoording, de motivering van die keuze, echter nog lang niet op het niveau dat nodig is gezien het immense belang ervan. Nog te weinig wordt bijvoorbeeld in acht genomen dat de motivering achteraf, juist omdat het bij de rechtsvorming om een keuze van de rechter gaat, ook een psychologische kant heeft. Die psychologische aspecten komen onvermijdelijk binnen met het gegeven dat de rechter ook mens is, een individu, een persoonlijkheid met voorkeuren. En ook de stijl van motiveren verschilt per rechter, bijvoorbeeld tussen België en Nederland. Dat is een verschil dat wellicht gevolgen zou kunnen hebben voor de rechtspleging en daarom nadere studie verdient.

(3) Dat het hier om een keuze gaat, is bijvoorbeeld ook (al) te vinden bij P. SCHOLTEN, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel** (Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 3e druk 1974), 134 (hierna ASSER/SCHOLTEN); J.M. POLAK, *Theorie en praktijk der rechtsvinding* (Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1953), 17, 18, 51 en 59; J.M. BARENDRECHT, *Recht als model van rechtvaardigheid* (diss. KUB 1992), 163-164; G.J. WIARDA, bewerkt door T. KOOPMANS, *3 typen van rechtsvinding* (Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 4e druk, 1999), 23 en 26 en 148-150; S.K. MARTENS, “De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter”, *NJB* 2000, 747-758.

Uit de Nederlandse rechtspraak wijs ik speciaal op HR 8 oktober 2010 (Hangmat), *NJ* 2011/465 noot T. HARTLIEF en HR 29 januari 2016, *X./Delta Lloyd Schadeverzekeringen*, *NJ* 2016/173 noot T. HARTLIEF.

In België verdedigen o.a. P. SCHOLLEN, *De greep van de wetgever op de rechter* (Brugge: Die Keure 2011), nr. 172, en W. VAN GERVEN & S. LIERMAN, *Algemeen Deel. Veertig jaar later* (Mechelen: Kluwer 2010), 267, ook dit standpunt.

(4) Een dergelijke keuze door de rechter is ook noodzakelijk – zie R.C. HARTENDORP, *Praktisch gesproken. Alledaagse civiele rechtspleging als praktische oordeelsvorming* (diss. EUR 2008), 170 en 184 – omdat rechterlijke oordeelsvorming ‘geen natuurlijk eindpunt’ heeft ‘omdat de rechter niet over een buiten zichzelf gelegen maatstaf beschikt om over de juistheid van zijn oordeel te bepalen’ (R.C. HARTENDORP, *Praktisch gesproken*, 141). Die keuze wordt immers uiteindelijk gebaseerd op, bijvoorbeeld, iemands geweten (ASSER/SCHOLTEN, 133 en 135), iemands ‘experience and study and reflection; in brief, from life itself’ (B. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process* (Yale University Press: New Haven 1921), 113), de aan kennis en ervaring gekoppelde intuïtie (C.H. SIEBURGH, ‘L’art de la distinction’, *NJB* 2008/3, 12), het door maatschappij en culturele context bepaalde rechtsgevoel (W.D.H. ASSER, ‘Ten afscheid’, in: Y.E. Schuurmans (red.), *Bewijzen en beslissen* (Kluwer: Deventer 2006), 47), de werkkracht van een uitspraak (vgl. o.a. H.C.F. SCHOORDIJK, *Realistische en pragmatische rechtsvinding* (Oisterwijk: WLP 2014)), of het rechtvaardigheidsgevoel (vgl. R.C. HARTENDORP, *Praktisch gesproken*, 169 e.v., 182), maar dat zijn allemaal geen ‘buiten de rechter zelf gelegen maatstaven’.

(5) Over de noodzaak te motiveren, ook nog o.a. ASSER/VRANKEN nr. 217 e.v.; C.H. SIEBURGH, *NJB* 2008/3, 1212; J.M. BARENDRECHT, *Recht als model van rechtvaardigheid*, 75 (die hier overigens weinig van verwacht, zie 176-177); J.M. POLAK, *Theorie en praktijk der rechtsvinding*, 79, doch ook reeds ASSER/SCHOLTEN, 130-131.

In deze bijdrage wil ik daarom een lans breken, via twee specifieke thema's die wat mij betreft nu aan de orde zijn, voor meer rechtswetenschappelijke en empirisch-juridische aandacht voor de motivering van rechterlijke keuzes. Ik doe dat door hierna eerst iets meer te zeggen over de rechterlijke motivering als zodanig (nrs. 3-8), over discursief motiveren (nrs. 9-12), en over de receptie van de geschetste inzichten in de Nederlandse rechtspraak (nrs. 13-14), waarna ik achtereenvolgens de thema's 'psychologie en motivering' (nrs. 15-18) en 'motiveringsstijlen' (nrs. 19-24) wil introduceren, alvorens ik afronden zal (nr. 25).

II. DE MOTIVERING VAN RECHTERLIJKE KEUZES: STAND VAN ZAKEN

3. Uit het rechtsvindingsdebat is – als heersende leer – naar voren gekomen dat de rationaliteit, de legitimatie, van een rechterlijke beslissing uiteindelijk berust – en alleen kan berusten, omdat de verschillende interpretatiemethoden geen dwingende rangorde hebben(6) – op de verantwoording achteraf van de subjectieve beslissing van de rechter. Kortom, de rechter maakt een keuze en zet zich vervolgens aan de taak die keuze te verantwoorden. Die werkwijze en volgorde is bijvoorbeeld terug te vinden in het *Hangmat*-arrest en het *Paard Imagine*-arrest(7), waarin eerst specifiek wordt aangegeven dat hier een keuze nodig is, vervolgens hoe die keuze dan luidt, en daarna (zeer uitvoerig) waarom dat zo is.

4. Die motiveringsplicht behelst dan onder andere, naar de eigen normen van de Hoge Raad uit het arrest *Vredo/Veenhuis*, dat een uitspraak zodanig dient “te worden gemotiveerd dat zij voldoende inzicht geeft in de aan haar ten grondslag liggende gedachtegang om de beslissing voor zowel partijen als voor derden, in het geval van het openstaan van hogere voorzieningen: de hogere rechter daaronder begrepen, controleerbaar en aanvaardbaar te maken”(8). Deze ‘reguliere’ motiveringseis geldt dus ook voor uitspraken van de Hoge Raad zelf; die standaard is weliswaar niet per se geënt op de motivering van rechtsvormende juridische oordelen van de hoogste rechter doch ziet veeleer op de feitenrechter die zijn feitelijke maar ook juridische oordelen op

(6) Zie bijv. T. GROENEWEGEN, *Wetsinterpretatie en rechtsvorming* (Den Haag: Boom 2006), 187-192, en o.a. J.M. BARENDRECHT, *Recht als model van rechtvaardigheid*, 217; J.M. POLAK, *Theorie en praktijk der rechtsvinding*, 37, 53 en 72.

(7) HR 8 oktober 2010, NJ 2011/465 noot T. HARTLIEF (*Hangmat*), r.o. 3.4.2, en HR 29 januari 2016, X./Delta Lloyd Schadeverzekeringen, NJ 2016/173 noot T. HARTLIEF.

(8) Zie HR 4 juni 1993, *Vredo/Veenhuis*, NJ 1993/659; HR 16 oktober 1998, *Finkenburgh/Van Mansum*, NJ 1999/7; HR 25 oktober 2002, *Verhoeven/Lammers*, NJ 2003/171; HR 5 december 2003, *Nieuw Vredenburg/Nieuwe Hollandsche Lloyd Schadeverzekering*, NJ 2004/74. Vgl. ook nog HR 17 november 2006, *VTN*, NJ 2006/621, alsmede I. GIESEN, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 1. Beginselen van burgerlijk procesrecht* (Deventer: Wolters Kluwer 2015,) nr. 455 (hierna ASSER/GIESEN).

deze wijze zal moeten onderbouwen, maar geldt evenzeer in die gevallen(9). De kern is, ook bij rechtsvorming, immers dat de gedachtegang zodanig wordt gepresenteerd dat de uitkomst te controleren is en daarmee aanvaardbaar wordt. “Voorwaarde is”, aldus Vranken, “dat hij inzicht verschaft in het wat en waarom van de argumenten die tot zijn beslissing hebben geleid”(10). In het verleden werd de rechterlijke motivering nog wel als ‘sober’ bestempeld, en werd gemeend dat de rechter liever met ‘toverformules’ werkt(11). Dat is heden ten dage echter niet meer vol te houden. Uiteraard is niet elk arrest van de Hoge Raad even omstandig gemotiveerd, maar die zaken die er écht toe doen, kenmerken zich door een stevige (althans: omvangrijke) motivering, een enkele uitzondering daargelaten, zoals HR 13 april 2007 (Iraanse vluchteling)(12).

5. Een poging tot verdere inkadering van de motivering door de Hoge Raad ondernam Maurits Barendrecht(13). Hij zet in op inhoudelijke argumenten, en geen formele, voor de motivering van alleen datgene wat nieuw is in een uitspraak (want het bestaande kennen we al), en de aan te leggen maatstaf is dan overtuigingskracht. Een brede kijk op deze kwestie biedt ook Dineke de Groot(14). Zij ziet het vinden van het evenwicht tussen recht en vrijheid als het fundament van rechtsbeoefening en dus ook van de motivering, en gaat op zoek naar oriëntatiepunten bij het maken van keuzes als het om die motivering gaat, om dan uit te komen bij een denkoefening waarin de onderliggende belangen centraal staan, waarna de afronding luidt dat de invulling van de kerntaken van de Hoge Raad de inrichting van de motivering stuurt.

6. Dat het motiveringsbeginsel aan betekenis gewonnen heeft, kan worden beschouwd als een uitvloeisel van de ‘vermaatschappelijking’ van de rechtspraak en de gegroeide behoefte aan rechterlijke rechtsvorming. Daarbij wordt die behoefte gevoed door bijvoorbeeld het toegenomen gebruik van open normen. Daardoor immers bepaalt de rechter welke omstandigheden wel of niet relevant zijn en is het de rechter die deze omstandigheden vervolgens

(9) Zie bijvoorbeeld G. DE GROOT, *175 jaar Hoge Raad der Nederlanden*, 127; B.T.M. VAN DER WIEL, “Motivering door de Nederlandse cassatierechter”, *TCR* 2018, 66.

(10) Zie ASSER/VRANKEN, nr. 217, die de link met het arrest *Vredo/Veenhuis* ook al legt en aldaar eist dat de rechter het resultaat van zijn meningsvorming begrijpelijk en aanvaardbaar maakt.

(11) Zie J.M. POLAK, *Theorie en praktijk der rechtsvinding*, 54. Historisch gezien stond motiveren sowieso in een kwaad daglicht, zie M. AHSMANN, ‘Motieven om te motiveren’, *Ars Aequi* 2015, 939 e.v.

(12) *NJ* 2008/576.

(13) Zie J.M. BARENDRECHT, “Controle, aanvaarding en bestrijding”, in J.L.W. Sillevius Smit e.a. (red.), *Gemotiveerd gehuldigd* (Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993), 5 e.v.

(14) Zie G. DE GROOT, *175 jaar Hoge Raad der Nederlanden*, 113 e.v.

wegen moet, beslissen moet en dat besluit dan motiveren moet(15). Dat dit steeds meer onderkend wordt, is een welkome ontwikkeling(16).

7. *In concreto* betekent het voorgaande voor de Nederlandse situatie echter nog steeds dat op de vraag aan welke eisen een motivering moet voldoen, geen algemeen pasklaar antwoord is te geven, zodat ook de verantwoording achteraf niet heel strak te reglementeren is. Jan Vranken accepteert deze consequentie overigens ten volle:

“Zo min als het recht zelf kan bepalen wat recht is of hoe er me moet worden omgegaan, zo min kan het zelf aangeven aan welke eisen de verantwoording van deze omgang in de motivering moet voldoen”(17).

8. De *bottom line* is voor hem dan dat het leidende rechtersbeeld (wat ziet de rechter als zijn taak en wat wordt van hem verwacht door het forum?) bepalend is(18). Het algemene rechtersbeeld dat hij toentertijd – we spreken over 1995 – zag, namelijk dat de Hoge Raad in Nederland actief, voortvarend, en ‘aanpakkerig’ is, is mijns inziens nog steeds een passend beeld(19). Het gevolg hiervan is dat we uit kunnen gaan van een gedifferentieerde (per geval anders ingevulde) motiveringsplicht voor de rechter, waarbij volgens Vranken de aard van het recht, de aard van het rechtsgebied, de procesrechtelijke context, en de stand van de discussie in literatuur en rechtspraak bepalende elementen zijn(20).

(15) Zie A.C. VAN SCHAICK, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 2. Eerste aanleg* (Deventer: Wolters Kluwer, 2e druk 2016), nr. 8.

(16) Zo bijv. B.T.M. VAN DER WIEL, *TCR* 2018, 68-69; G. DE GROOT, *175 jaar Hoge Raad der Nederlanden*, 134-135. De eis van een gedegen motivering kan ook worden benut, zoals in Duitsland wel gebeurt, om eventuele anderszins aanwezige restricties of twijfel ten aanzien van de mate van rechtsvorming die mogelijk is, weg te nemen. Naar Duits recht wordt onderscheid gemaakt tussen ‘Auslegung’ en ‘Rechtsfortbildung’, waarbij die tweede vorm van rechtsvinding alleen onder aanvoering van een zware motivering aanvaard mag worden. Zie over de notie van ‘Rechtsfortbildung’ bijvoorbeeld S. VOGENAUER, *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2001), 142 e.v. en (kort) 1280.

(17) ASSER/VRANKEN, nr. 219.

(18) ASSER/VRANKEN, nrs. 220-223.

(19) Dat is in zekere zin verrassend als we hierbij betrekken dat de vele en diverse factoren (ASSER/VRANKEN, nr. 224) die het rechtersbeeld voeden, volgens Vranken per deelsterrein van het privaatrecht en per tijdsgewricht kunnen wisselen (ASSER/VRANKEN, nr. 225).

(20) Zie uitvoerig, met voorbeelden, ASSER/VRANKEN, nrs. 227-255. Wellicht kan ook gedacht worden aan (de omvang van) het partijdebat en de aard van het geding (kort geding, beslagzaak, etc.). Vgl. ASSER/GIESEN, nr. 457 e.v. Over het belang van differentiëren naar Belgisch recht: W. VAN GERVEN & S. LIERMAN, *Algemeen Deel. Veertig jaar later*, 237.

III. DISCURSIEF MOTIVEREN ALS WENKEND PERSPECTIEF

9. Als het om de motivering van het rechterlijk oordeel gaat, komt ook de vraag op of de rechter niet (meer) discursief zou moeten motiveren. Volgens Coen Drion is er bij de Hoge Raad momenteel zelfs een tendens zichtbaar naar (meer) discursieve motiveringen(21). Het gaat dan, kort gezegd, om de idee dat niet alleen de argumenten voor de gekozen oplossing aan de orde komen, maar dat ook de meegewogen, maar te licht bevonden argumenten tegen die oplossing of voor een andere oplossing, worden genoemd. Vanuit het perspectief van de rechter zijn er voors en tegens af te wegen, en dat wordt getoond. Een voorbeeld van discursief motiveren door de Hoge Raad biedt HR 22 april 2016(22) over de aard (dwingend of regelend recht) van art. 7:220 lid 5-7 BW waarin in r.o. 3.6.3-3.6.4 termen langkomen als ‘duidt erop’, ‘daar staat tegenover’, en ‘bij afweging van’.

10. Voor discursief motiveren pleit dat op die manier veel meer, zo niet alles, van de gemaakte afweging bloot wordt gelegd. Zo’n oordeel zegt dan meer over hoe de beslissing tot stand is gekomen, en dat biedt meteen ook handvatten voor anderen in de toekomst die voor gelijksoortige keuzes staan(23). Tegen discursief motiveren pleit dat de rechter zich daarmee (meer) kwetsbaar zal (moeten) opstellen, en dat kan, zo luidt de redenering, zijn rechterlijk gezag, en daarmee de legitimiteit van de beslissing aantasten(24).

11. Het voorgaande betreft het belangrijke perspectief van de rechterlijke macht. Maar vanuit het perspectief van de justitiabele en dat van de wetenschap is er weinig tegen discursief motiveren aan te voeren. Dat geeft immers meer, zo niet alle gemaakte afwegingen weer, en zegt dus meer over hoe de beslissing daadwerkelijk tot stand gekomen is. Bovendien, als (privaat)recht inderdaad een discursieve grootheid is, zoals ik met Vranken en de heersende

(21) C.E. DRION, “Een Grote Kamer voor de Hoge Raad”, *NJB* 2016/591.

(22) *X./Portaal*, *NJ* 2016/449.

(23) Vgl. C.H. SIEBURGH, “Legitimiteit van de confrontatie van Europees burgerlijk recht en burgerlijk recht van nationale origine”, in: *Controverses rondom legaliteit en legitimatie, Handelingen NJV* (Deventer: Kluwer 2011), 210; E. KORTHALS ALTES & H.A. GROEN, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 7. Cassatie in burgerlijke zaken* (Deventer: Wolters Kluwer, 5e druk 2015), nr. 309. ‘Discursiviteit’ als te verkiezen optie, kwam ook naar voren in I. GIESEN & J. VRANKEN, “5e druk, Slotbeschouwing: de eerste resultaten van het experiment”, in: J.B.M. Vranken & I. Giesen, *De Hoge Raad binnenstebuiten* (Den Haag: Boom 2003), 174. In België zijn bijv. W. VAN GERVEN & S. LIERMAN, *Algemeen Deel. Veertig jaar later*, 236, voorstander van meer discursiviteit.

(24) Bijvoorbeeld B.M.J. VAN KLJNK, *Rechtsvormen* (Den Haag: Boom 2010), 66-69. Kritisch over die argumentatie is dan weer T. HARTLIEF, “Wat doet de Hoge Raad anno 2015 in het aansprakelijkheidsrecht”, *Ars Aequi* 2015, 926 (*policy* argumenten expliciet maken, zal het gezag niet aantasten).

leer aanvaarden wil(25), dan pleit dat enkele gegeven al zo stevig voor het gebruik van een discursieve motivering dat de tegenstanders daarvan met zeer aansprekende argumenten zullen moeten komen. Die zijn er momenteel niet, als ik het goed zie. Maar wellicht dienen die zich wel nog aan, zie hierna in onderdeel V.(26).

12. Dat is relevant omdat de keuze voor discursief motiveren niet zonder gevolgen is(27). In feite is het *summum* van discursiviteit (op de langere termijn bezien) immers dat een rechter vrijelijk kan terugkomen – zoals dat in de praktijk nu ook het geval is – van zijn eigen eerdere opvatting: het omgaan. Omgaan ziet dus op die gevallen waarin de rechter, vooral de hoogste rechters, impliciet of expliciet, terugkomt van een eerder ingenomen standpunt ten aanzien van het geldende recht. Waar tot nog toe regel X gold, aldus die rechter, blijkt nu dat dit toch echt regel Y moet zijn, en altijd al had moeten zijn, volgens diezelfde rechter. Ik ga daar nu niet verder op in, het betreft een thema dat een eigen behandeling verdient, en ook krijgt, ook recent nog in dit blad(28), en volsta dus met deze constatering(29).

IV. DE RECEPTIE VAN DIT MODEL (KEUZE & MOTIVERING) IN DE RECHTSPRAAK

13. Wat doet de (hoogste) rechter in Nederland daadwerkelijk wanneer het gaat om rechtsvinding en rechtsvorming? Past hij het voorgaande theoretische model (te kort: rechtsvorming betreft keuzes maken en die motiveren) in de praktijk ook toe? Het staat mijns inziens buiten kijf dat heden ten dage ook de Hoge Raad expliciet laat zien doordrongen te zijn van het gegeven dat

(25) Zie ASSER/VRANKEN, nr. 105, en bijv. R.C. HARTENDORP, *Praktisch gesproken*, 139 en 183.

(26) Daarop vooruitlopend nog dit. Enige empirische gegevens over ‘dissents’ (en de aversie daartegen) in de Verenigde Staten is te vinden in L. EPSTEIN, W.M. LANDES en R.A. POSNER, *The Behavior of Federal Judges*, (Cambridge: HUP 2013), 255 e.v., waaruit bijvoorbeeld een sterke stijging van het aantal *dissents* bij het US Supreme Court blijkt, waarschijnlijk in verband met het toegenomen prestige van zo’n afwijkende mening (*ibid.*, 266-267).

(27) Een mogelijk neveneffect van een roep om meer discursiviteit betreft bijvoorbeeld de al dan niet aanvaarding van ‘dissenting’ en ‘concurring opinions’. Immers, aangezien de geopenbaarde, afwijkende mening van een lid van het betreffende rechterlijk college de discursiviteit van de uitspraak vergroot, kan een voorstander van discursief motiveren eigenlijk niet tegen dissenting opinions zijn. Dat ben ik zelf dan ook niet, vgl. ASSER/GIESEN, nr. 377.

(28) Zie nader F.M.J. VERSTIJLEN, “Hoe om te gaan met omgaan?”, *TvI* 2015/27, 174 e.v., die aldaar de redenen voor en tegen ‘omgaan’ bespreekt. Zie voor België, kwalitatief-empirisch en rechtsvergelijkend ingestoken: M. VAN DER HAEGEN, “Omgaan met omgaan”, *TPR* 2019, 197-302. Deze auteur constateert dat de Belgische rechter niet erg transparant is over omgaan, en zulks niet afdoende motiveert, terwijl dat onder vigeur van het EVRM wel noodzakelijk is.

(29) De link naar het thema motivering ligt ook hierin dat het EHRM van de nationale rechter verlangt dat deze een ommekeer ten aanzien van (voorheen) vaste rechtspraak, gedegen motiveert, zie bijvoorbeeld EHRM 14 januari 2010, appl.no 36815/03 (*Atanasovski t. Macedonië*), alsmede M. VAN DER HAEGEN, *TPR* 2019, 280-284.

rechtsvinding neerkomt op keuzes maken en vervolgens die keuzes goed motiveren. Ik wijs in dit verband nogmaals op het *Hangmat*-arrest over art. 6:174 BW en de daaropvolgende uitspraak (*Paard Imagine*) inzake de reikwijdte van art. 6:179 BW. In beide zaken geeft de Hoge Raad expliciet, in vrijwel gelijklopende bewoordingen, aan een keuze te (gaan) maken, waarna uitvoerig gemotiveerd volgt waarom de keuze is uitpakkt zoals die is uitpakkt(30). Ik citeer hier uit r.o. 4.3.4 uit het eerstgenoemde arrest:

“(...) Bij de geschetste stand van zaken, waarbij de wetgever de door [verweerster] bepleite aansprakelijkheid niet heeft uitgesloten, hangt *de te maken keuze* af van wat naar maatschappelijke opvattingen, in aanmerking genomen de belangen van de benadeelde, de bezitter en de aansprakelijkheidsverzekeraar, het meest redelijk moet worden geacht als reikwijdte van art. 6:174. *Die keuze* valt uit ten gunste van het standpunt van Van Oss [de benadeelde, IG]. Daarbij wordt het volgende in aanmerking genomen” [mijn curs., IG].

14. In eerdere rechtspraak van de Hoge Raad werden (uiteraard) ook al keuzes gemaakt, en was dat op zichzelf ook wel helder, maar werd dat nog niet zo expliciet aangegeven door de Hoge Raad. Een goed voorbeeld daarvan, en daartoe beperkt ik mij hier, betreft de keuze van de Hoge Raad om de op art. 7:611 BW rustende, op de redelijkheid gegronde zorgplicht voor werkgevers niet toe te passen op werknemers die als voetganger aan het verkeer deelnemen(31). Uit het navolgende citaat blijkt genoegzaam dat er hier gekozen is door de rechter, ook al wordt dat nu niet (zo) expliciet als (hiervoor als) een keuze gepresenteerd:

“Deze uit goed werkgeverschap voortvloeiende verzekeringsverplichting geldt blijkens het arrest Maatzorg met betrekking tot aan werknemers in de uitoefening van hun werkzaamheden overkomen verkeersongevallen in de hiervoor in 3.4.3 onder (a) tot (c) omschreven gevallen. *Zij dient bij de huidige stand van de wetgeving ook tot die gevallen beperkt te blijven*, omdat het hier gaat om een uitzondering op de in art. 7:658 neergelegde regel dat de werkgever slechts voor arbeidsongevallen aansprakelijk is indien hij is tekortgeschoten in zijn zorgplicht ter voorkoming van ongevallen, welke uitzondering niet tot een te ver gaande aantasting van die regel mag leiden. *Op zichzelf bestaan goede argumenten om werknemers een verdergaande, algemene bescherming tegen het risico van ongevallen in verband met hun werkzaamheden te bieden dan art. 7:658 thans biedt*, maar het ligt op de weg van de wetgever om een regeling daarvoor te maken; een dergelijke algemene regeling *gaat de rechtsvormende taak van de rechter te buiten*” [mijn curs., IG].

(30) Zie HR 8 oktober 2010, NJ 2011/465 noot T. HARTLIEF en HR 29 januari 2016, X./Delta Lloyd Schadeverzekeringen, NJ 2016/173 noot T. HARTLIEF.

(31) HR 11 november 2011, Wijenberg/TNT Post, NJ 2011/597 noot T. HARTLIEF.

V. PSYCHOLOGISCHE INZICHTEN EN MOTIVERING

15. Tot zover de stand van zaken en de voorziene richting inzake rechtsvorming en motivering. Maar ook hier staat de stand der dingen niet stil. Meer en meer dringt het besef door dat onze kennis over het rechterlijke besluitvormingsproces kan profiteren van (sociaal en cognitief) psychologische inzichten. Ook in relatie tot de motivering van rechterlijke beslissingen kunnen dergelijke inzichten van belang zijn. Dat heeft hiermee van doen dat de rechterlijke motiveringsplicht maakt dat de beslisser, de civiele rechter, beter en langer nadenkt over dat besluit. Daarmee zou deze wellicht allerlei *biases* en *heuristics* die de besluitvorming door de rechter vertroebelen, kunnen inperken.

16. Neem bijvoorbeeld de *confirmation bias*, ook wel: tunnelvisie, dat wil zeggen: de tendens van mensen om alleen die informatie te zoeken en te gebruiken bij onze keuzes die in overeenstemming is met onze bestaande opvattingen(32). De rechter – net zo menselijk als ieder van ons – staat net als iedereen onder invloed van deze en andere *biases*(33). In dit verband wordt evenwel verdedigd dat (de plicht om te) motiveren ervoor zorgt, althans zorgen kan, dat die *bias* ondervangen wordt; het is dus een manier om tot *debiasing* te komen(34). Ook in meer algemene zin, dus tevens voor andere *biases*, wordt gewezen op het *debiasing*-potentieel van het schriftelijk motiveren van rechterlijke vonnissen. Chris Guthrie c.s. stellen daaromtrent(35):

“(…) writing opinions could induce deliberation that otherwise would not occur. Rather than serving merely to describe an allegedly deliberative process that has already occurred (...) or to rationalize an intuitive decision already made (...), the discipline of opinion writing might enable well-meaning judges to overcome their intuitive, impressionistic reactions. The process of writing might challenge the judge to assess a decision more carefully, logically, and deductively”.

17. Overigens is de plicht te motiveren geen *stand alone* oplossing. Behalve een deugdelijke motivering noemen Guthrie c.s. nog verschillende andere factoren die naar hun mening een belangrijke rol kunnen spelen bij het verminderen van de invloed van cognitieve illusies op de rechterlijke besluitvorming.

(32) Zie hierover uitvoerig, met verdere verwijzingen, L.F.H. ENNEKING, I. GIESEN & R. RIJNHOUT, “Bewijswaardering en psychologische inzichten”, in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red.), *Capita Civilologie* (Den Haag: Boom 2013), 1045 e.v.

(33) Zie bijvoorbeeld J.J. RACHLINSKI, “How judges make decisions”, in: R. Giard (ed.), *Judicial decision making in civil law* (Den Haag: Eleven 2012), 87 e.v.

(34) Zie L.F.H. ENNEKING, I. GIESEN & R. RIJNHOUT, in *Capita Civilologie* 1079-1081, al noemt R.A. POSNER, *How Judges Think* (Cambridge: Harvard UP, 2008), 110-111, de motivering een *imperfect check*.

(35) C. GUTHRIE, J.J. RACHLINSKI & A.J. WISTRICH, “Blinking on the bench: How judges decide cases”, 93. *Cornell Law Review* 2007/1, 36-37.

Eén zo'n factor is het belang van de hoeveelheid tijd die het rechtssysteem rechters gunt om tot een beslissing te komen. Zij stellen in dit kader:

“Judges facing cognitive overload due to heavy dockets or other on-the-job constraints are more likely to make intuitive rather than deliberative decisions because the former are speedier and easier”(36).

Er rust dus een belangrijke taak op wetgevers – en in Nederland bijvoorbeeld op de Raad voor de rechtspraak – om een kader te scheppen dat ervoor zorgt dat de tijdsdruk op rechters niet zo groot wordt dat een deugdelijke motivering van de rechterlijke besluitvorming daaronder gaat lijden. In elk geval in Nederland is het geen evidentie meer dat daaraan zonder meer voldaan is, gegeven de voortdurende discussie over de (onhoudbare) werkdruk onder rechters.

18. De psychologische aspecten die specifiek verbonden zijn aan de persoon van de rechter, ofwel de mogelijke invloed van diens karakter, emoties, ervaring en persoonlijkheid op de inhoud van zijn vonnissen, is nog betrekkelijk onontgonnen terrein, maar de hypothese is dat er daarvan wel degelijk invloed uitgaat(37). Ik ga hieraan voorbij omdat dit omvangrijk, complex en interessant fundamenteel onderzoek vergt waarvoor in het kader van deze bijdrage de tijd en ruimte ontbreekt. Wel komt hierna nog een andere (deels) psychologische kwestie aan de orde, gerelateerd aan de motiveringsstijl van de rechter en de mogelijke impact daarvan op de legitimiteit van diens oordeel.

VI. VERSCHIL IN MOTIVERINGSSTIJLEN EN DE MOGELIJKE IMPACT DAARVAN

19. De manier van motiveren door een (hoogste) rechter kan aanzienlijk verschillen. Alleen al in Europa zijn er – zeker historisch gezien – zeer verschillende motiveringsstijlen aan te wijzen, te weten de Duitse (en Oostenrijkse), de Franse (en Belgische) en de Engelse. Ik kenschets die stijlen hier als leerstellig-dogmatisch (Duitsland), apodictisch (Frankrijk), en argumentatief (Engeland). De vaststelling dat deze verschillen bestaan, is uiteraard niet vandaag of gisteren maar wel nog steeds valide(38). Daarbij dient wel gezegd te worden dat het Franse *Cour de Cassation* aangekondigd

(36) C. GUTHRIE, J.J. RACHLINSKI & A.J. WISTRICH, 93. *Cornell Law Review* 2007/1, 35.

(37) Zie nader (voor Nederland) J.E.M. POLAK, “De menselijke factor bij de rechtsontwikkeling door rechters”, *NJB* 2016, 387-394, alsmede W. VAN ROSSUM, “Vier reflecties op empirisch onderzoek naar rechterlijke oordeelsvorming”, *NJB* 2010/1983, 2467. Zie ook R.A. POSNER, *How Judges Think*, 7-11, 93-121 en 369-370.

(38) Zie bijvoorbeeld H. KÖTZ, *Die Begründung höchstrichterliche Urteile*, Preadvies Nederlandse vereniging voor rechtsvergelijking nr. 32 (Kluwer: Deventer 1982).

heeft zijn apodictische stijl(39) op termijn – genoemd wordt: eind 2019 – te gaan aanpassen, tot op zekere hoogte(40).

20. In het verleden heb ik mij uitgesproken voor een motiveringsstijl voor de Hoge Raad (en andere Europese rechters, zo voeg ik graag toe) die aansluit bij wat ik dan maar noem de ‘Duitse stijl’, maar met wel een stevige ‘Engelse twist’, zoals te destilleren valt uit mijn bijdrage aan de Tilburgse bundel ‘*De Hoge Raad binnenstebuiten*’(41). Ik hecht(te) er bijvoorbeeld aan om de relevante literatuur te betrekken bij, en te noemen in, de rechtsoverwegingen. Maar het gaat uiteindelijk wel om de dieperliggende, inhoudelijke keuzes (en de argumentatie daarvoor), dat is de Engelse twist. Best wat van hetgeen ik toen in die bijdrage propageerde, is inmiddels min of meer gemeengoed geworden bij de Hoge Raad: hij werkt veel met vooropstellingen, gebruikt tussenkopjes, en steeds meer ook ‘ten overvloede’-overwegingen om de rechtspraak ten dienste te staan. Daar is recent het gebruik van voetnoten in plaats van rechtspraakverwijzingen in de tekst bij gekomen. Wellicht is dat een opstapje naar het vaker en consistentier verwijzingen naar literatuur? Ik zou dat toejuichen.

21. Wat er verder ook van mijn particuliere opvatting zij, de meer algemene conclusie van de hiervoor genoemde bundel luidde indertijd:

“De motivering van de Hoge Raad kan volgens ons opener, minder technisch-juridisch en sterker gericht zijn op zijn taak als rechtsvormer in een Europese context, met oog voor de gevolgen van zijn uitspraken en opgeschreven in zoveel mogelijke gewone mensentaal”(42).

Ruim vijftien jaar later valt dan dit op. Ten eerste, de hiervoor bepleitte discursieve(re) aanpak sluit nauw aan bij het net verwoorde wenspakket. Ten tweede, de nadruk op de taak van de Hoge Raad als rechtsvormer is m.i. toegenomen sindsdien, onder andere door de introductie van de mogelijkheid van het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad door de feitenrechter

(39) Daarover bijv. M. ADAMS, “De argumentatieve en motiveringspraktijk van hoogste rechters: rechtsvergelijkende beschouwingen”, *RW* 2008-2009, 1498 e.v.

(40) Voor meer informatie over die wijziging vanuit de *Cour de Cassation* zelf, zie https://www.courdecassation.fr/cour_cassation_1/reforme_cour_7109/ alsmede https://www.courdecassation.fr/institution_1/reforme_cour_7109/reformes_mouvement_8181/: “*La Cour de cassation adopte, à l’horizon de la fin de l’année 2019, de nouvelles normes de rédaction de toutes ses décisions. Le style en sera direct, sans ‘attendu’ ni phrase unique. Les paragraphes seront numérotés. Les grandes parties composites de l’arrêt seront clairement identifiées: 1. Faits et procédure; 2. Examen du ou des moyens; 3. Dispositif. Les règles concernées sont regroupées, explicitées et illustrées dans un ‘Guide’ publié au sein cette rubrique.*” Ook komt er, voor de belangrijkste uitspraken, een ‘*motivation développée (enrichie)*’. Zie hierover ook M. FETERIS, ‘Versterking van de Franse cassatierechtspraak’, *NJB* 2018/302, 413 e.v.

(41) Zie I. GIESEN, ‘Baby Joost’, in: J.B.M. Vranken & I. Giesen, *De Hoge Raad binnenstebuiten*, 15-30.

(42) Zie GIESEN /VRANKEN, 176.

(zie art. 392-394 Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering). En ten derde is de notie dat we (meer) oog moeten hebben voor de bredere gevolgen van rechtspraak, inmiddels een belangrijk onderzoeksthema(43). Zo bezien zijn de toen genoteerde wensen en de huidige praktijk dichter bij elkaar gekomen.

22. Tegelijkertijd weten we eigenlijk nog steeds te weinig van de praktijk, de empirische basis waarop onze waardering van mogelijke motiveringsstijlen berust, is uiterst smal. Terwijl daar wel een wereld te winnen is(44). Zo is uit empirisch onderzoek naar de legitimiteit van het Amerikaanse *Supreme Court* gebleken dat de stijl van motiveren die benut wordt in de motivering van een uitspraak, van invloed is op de mate van steun die de rechters vervolgens ten deel valt. Het is niet onaannemelijk dat hetzelfde in Nederland zou kunnen gelden. *‘The court’s legitimacy can be affected, to some extent at least, by the actions of the justices’*, aldus Dion Farganis. Daarbij is de gekozen motiveringsstijl een vorm van ‘actie’, want *legalistic* redeneren doet het in de VS beter dan het gebruik van politieke overwegingen. In de woorden van Farganis:

“this body of work presents solid evidence that ‘legalistic’ reasoning makes the public more likely to view the Court as a legitimate decision-making authority”(45).

Volgens Farganis is er een directe connectie tussen het institutionele welva- ren van het *Supreme Court* en de soort van argumenten die benut worden, een connectie die de rechters zelf onderschrijven en (weer) benutten in hun uitspraken.

23. Zijn vervolgonderzoek naar de hypothese dat de gepercipieerde legiti- miteit hoger zal liggen als er conventionele juridische argumenten benut worden ter rechtvaardiging van de uitspraak, bevestigt het voorgaande, maar wel met deze nuancering dat de impact van dat type motivering (ten opzichte van andere vormen: opinieonderzoek of religieuze overwegingen als basis) minder sterk is dan gedacht zodat de legitimiteit van de rechter (gelukkig!) robuuster is dan wel aangenomen werd(46). Het zou natuurlijk interessant zijn soortgelijk onderzoek ook in Nederland (en België en de rest van Europa, met zijn verschillende motiveringsstijlen) uit te voeren. Is een meer ‘sacrale’ rechtsoverweging wellicht beter voor de acceptatie van een uitspraak en de

(43) Zie bijv. E.R. DE JONG & T.E. VAN DER LINDEN, “Rechtspreken met oog voor macro-effec- ten?”, *NTBR* 2017, 4-16, met verwijzingen.

(44) Zie bijv. M.V. ANTOKOLSKAIA, “Opkomst van Empirical Legal Studies: een vloek, een zegen of allebei?”, *TPR* 2016, 423-425, en G. VAN DUICK, “Doe maar een cursusje empiri- sch-juridisch onderzoek”, *Ars Aequi* 2018, 102 e.v.

(45) Zie D. FARGANIS, “Do reasons matter? The impact of opinion content on Supreme Court legitimacy”, 65. *Political Research Quarterly*, 2012/1, (206) 207.

(46) D. FARGANIS, 65. *Political Research Quarterly*, 2012/1, (206) 213.

legitimiteit van de Hoge Raad dan een technisch-juridische, of een discursieve variant(47)?

24. Ter relativering intussen: deze resultaten sluiten niet uit dat vele andere factoren ook bijdragen aan de legitimiteit van de rechter, zoals *procedural justice*(48). *Dat is ook in zoverre interessant dat het aannemelijk lijkt dat een goede motivering van een beslissing kan bijdragen aan de mate van fairness van de procedure.* In Nederland heeft Grootelaar dit een nieuw te ontwikkelen onderzoekslijn genoemd, namelijk ‘*to examine how the written decision can foster or sustain perceptions of procedural justice*’(49). Maar ook de mate van overlap tussen de waardeoordelen van rechters en die van justitiabelen lijkt van invloed te zijn op de ervaren legitimiteit(50). Ook dat thema zou een frisse (onderzoeks)blik verdienen.

VII. TER AFRONDING

25. Deze bijdrage had enkel tot doel om de lezer *i.* te herinneren aan (het belang van) de motivering van rechterlijke uitspraken, zeker ook waar het om het deel van de uitspraak gaat waarin het privaatrecht wordt gevonden of gevormd, en *ii.* haar of hem te wijzen op de relevantie van enkele nu nog onderbelichte aspecten van en rondom die motivering (trefwoorden: psychologie en stijl) die wellicht belangrijker zijn voor de rechtsvinding en rechtsvorming in de Lage Landen dan we tot nu toe dachten. Als dan, mede door die herinnering, de aanwijzing dat er wellicht een interessant (empirisch-juridisch) onderzoeksterrein binnen het rechtsvindingsdebat gedeeltelijk braak ligt, in de nabije toekomst verder opgepakt zou worden, dan is deze bijdrage in haar opzet geslaagd.

(47) Ter geruststelling, deels: daar wordt inmiddels voor het Nederlandse recht aan gewerkt door een team van onderzoekers uit Leiden (Van Boom en Strohmaier) en Utrecht (De Jong en Giesen) die ik nu vast graag bedank voor hun bijdrage aan onderdeel VI. Zij verzamelen momenteel data om daarna analyses te kunnen gaan doen. Zij hopen daarover in 2020 te kunnen publiceren.

(48) Zie bijvoorbeeld T.R. TYLER, “Psychological Perspectives on Legitimacy and Legitimation”, 57. *Annual Review of Psychology* 2006, (375) 379 en 382; T.R. TYLER & K. RASINSKI, “Procedural justice, institutional legitimacy, and the acceptance of unpopular U.S. Supreme Court decisions: A reply to Gibson”, 25. *Law & Society Review*, 1991/3, (621) 627.

(49) H.A.M. GROOTELAAR, *Interacting with procedural justice in courts* (diss. U.Utrecht 2018), 141.

(50) Aldus N.T. FEATHER & R.J. BOECKMANN, “Perceived legitimacy of judicial authorities in relation to degree of value discrepancy with public citizens”, 26. *Social Justice Research* 2013, 193-217.

