

# Van consistentie naar coherentie

## De betekenis en bevordering van rechtseenheid in rechtsfilosofisch perspectief

*Cristian Avendaño Canto*

### 1 Inleiding

De Hoge Raad bevordert of bewaakt de rechtseenheid.<sup>1</sup> Dat is volgens de Hoge Raad zelfs de ‘natuurlijke plicht van de cassatierechter’ en ‘zijn eerste raison d’être’.<sup>2</sup> De toelichting op de op 1 juli 2012 in werking getreden Wet versterking cassatierechtspraak<sup>3</sup> definieert deze taak als het eenvormig uitleggen en toepassen van rechtsregels en rechtsbegrippen, zowel binnen afzonderlijke rechtsgebieden als in samenhang tussen afzonderlijke rechtsgebieden.<sup>4</sup> Teneinde de Hoge Raad in staat te stellen zich op deze kerntaak toe te leggen, biedt art. 80a RO de mogelijkheid om, gehoord de procureur-generaal, een cassatieberoep niet-ontvankelijk te verklaren onder andere ‘wanneer de aangevoerde klachten geen behandeling in cassatie rechtvaardigen’.

ONDANKS het belang van rechtseenheid voor de rechtspleging is weinig bekend over de exacte betekenis van rechtseenheid en op welke wijze de Hoge Raad

---

1 Zie onder vele andere het rapport *Versterking van de cassatierechtspraak: Rapport van de commissie normstellende rol Hoge Raad*, Den Haag: 2008, p. 9 en jaarverslaggeving van de Hoge Raad (*Verslag over 2007-2008*, p. 27 e.v.; *Verslag 2009-2010*, p. 15; *Verslag 2011*, p. 23; *Verslag 2012*, p. 8).

2 *Hoge Raad der Nederlanden, Verslag over 2007-2008*, p. 27-28. Zie ook F.A.M. Stroink, *Rechterlijke organisatie in beweging*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 137 en Th.G.M. Simons, *De rechterlijke organisatie in Nederland*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 25-28.

3 *Stb.* 2012, 116; inwerkingtreding: *Stb.* 2012, 175.

4 *Kamerstukken II* 2010/11, 32576, nr. 3, p. 2, welke woorden herinneren aan die van de Hoge Raad in het verslag over 2007-2008, p. 27. Uit de totstandkoming van art. 101a RO blijkt overigens dat de wetgever nadere invulling uitdrukkelijk aan de Hoge Raad heeft overgelaten, vgl. J.E.H.M. Pinckaers, *Artikel 101a RO* (diss. Maastricht), Deventer: Gouda Quint 1997, p. 16, met verwijzing naar o.m. de considerans van de wet (*Stb.* 1988, 286).

haar bewerkstelligt. Theoretische beschouwingen over deze onderwerpen zijn op één hand te tellen.<sup>5</sup> Waarom verdienen de betekenis en bevordering van rechtseenheid onze aandacht? De hoofdtaak van de hoogste rechter is in het spel, en de uitoefening ervan is steeds problematischer. Fragmentatie is een belangrijke eigenschap van hedendaags burgerlijk recht.<sup>6</sup> Internationale regels, Europees privaatrecht en grensoverschrijdende zelfregulering dingen alle om toepassing. De Europese en nationale wetgevers formuleren open normen met de opdracht aan de rechter om deze in het concrete geval inhoud te geven. Het BW kent steeds meer bijzondere regelingen.<sup>7</sup> Normen komen vaker voort uit informele en formele netwerken, in plaats van uit daarvoor ingestelde instituties.<sup>8</sup> Hoogste nationale rechters hebben niet het laatste woord, maar voeren een 'trans-judicial dialogue' onder andere met hun Luxemburgse en Straatsburgse collega's, en doen soms zelfs aan 'judicial diplomacy'.<sup>9</sup> Veel geschillen worden niet meer aan de burgerlijke rechter voorgelegd, maar op alternatieve wijze beslecht, waarmee de hoogste burgerlijke rechter buiten spel wordt gezet.<sup>10</sup> Om eenheid in zo'n caleidoscopische rechtsorde te bewerkstelligen is inzicht in het onderwerp van dit artikel essentieel.

- 5 H.J. Sniijders, 'Hoge Raad, goede raad. Enige beschouwingen bij de literatuur rond het 150-jarige jubileum van de Hoge Raad', *NJB* 1988, p. 1602-1632; 'Inleiding: vermogensrecht en rechtsoneenheid in verscheidenheid', E.M. Hoogervorst e.a. (red.), *Rechtseenheid en vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 1-22; M.A. Loth, 'Rechtseenheid in veelvoud. Over de toenemende complexiteit van een schijnbaar eenvoudig begrip', *AA* 2005/9, p. 676-683, welke bijdrage is gebaseerd op het hoofdstuk 'Tussen eenheid en verscheidenheid: contextualisme in taal, wetenschap en samenleving', A.M.P. Gaakeer en M.A. Loth (red.), *Eenheid en verscheidenheid in recht en wetenschap*, [Deventer]: Kluwer 2002, p. 19 e.v.
- 6 P. Letto-Vanamo, J. Smits (red.), *Coherence and Fragmentation in European Private Law*, Munich: Sellier European Law Publishers 2012, p. 1.
- 7 G.T. de Jong e.a. (red.), *Algemeen-Bijzonder*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 1.
- 8 Zie bijv. ten aanzien van internationaal recht B. Simma & D. Pulkowski, 'Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law', *The European Journal of International Law*, Vol. 17, nr. 3 (2006), p. 483-529.
- 9 G. Canivet, 'Trans-judicial dialogue in a global world', S. Muller & S. Richards, (red.), *Highest courts and globalisation*, The Hague: Hague Academic Press 2010.
- 10 Vorig jaar zijn bijvoorbeeld meer dan 60 miljoen geschillen tussen de gebruikers van eBay en Paypal via 'online dispute resolution' behandeld, en dat aantal groeit exponentieel: C.N.J. de Vey Mestdagh & T. van Zuijlen, 'Private rechtspraak: online én offline een realiteit', *Justitiële verkenningen*, 2012 (38), nr. 8. Daarbij passen wel twee kanttekeningen: het gaat hier om bulkzaken en de consument zal in bepaalde gevallen een ODR-beslissing bij de burgerlijke rechter kunnen openbreken. Ik noem ook het thans aanhangige Wetsvoorstel bevordering van mediation in het burgerlijk recht (*Kamerstukken II* 2012/13, 33723).

Daarnaast heeft de manier waarop de Hoge Raad zijn taak opvat en in de praktijk uitvoert belangrijke gevolgen. Op grote schaal kan de Hoge Raad, vanuit zijn positie aan het hoofd van de rechterlijke piramide, een zich daarvoor lenende zaak gebruiken om ontwikkelingen in de feitenrechtspraak te sturen of juist ervoor kiezen zich enkel te richten op het voorliggende geval. Die keuze kan zijn ingegeven vanuit de gedachte dat rechtseenheid niet aan de orde is of, als dat wel het geval is, dat prioriteit toekomt aan de rechtsbescherming.<sup>11</sup> Tussen het bewaken van de rechtseenheid en de wens recht te doen aan het voorliggende geval bestaat een spanningsveld. De keuzes die de Hoge Raad binnen dat spanningsveld maakt, worden niet altijd goed begrepen. Een voorbeeld daarvan is de discussie naar aanleiding van het arrest van 27 november 2009 (ECLI:NL:HR:2009:BJ6596), waarin de Raad een halt toeriep aan de toepassing van (kantonrechters)formules (en generieke kortingen) bij vergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag. Op het eerste gezicht lijkt de rechtseenheid hier niet mee gediend. In dit artikel zal blijken dat de benadering van de Hoge Raad meer recht doet aan de betekenis van rechtseenheid dan een benadering die alleen rekening houdt met de consistentie van rechterlijke uitkomsten. Dit zijn gevolgen op grote schaal. Rechtseenheid is ook van belang op het niveau van een individueel cassatieberoep. Via art. 80a RO kan het rechtstreeks de uitkomst van de zaak bepalen.<sup>12</sup>

In deze bijdrage onderzoek ik de betekenis van rechtseenheid en de bevordering ervan door de rechter vanuit een theoretisch perspectief. Ik bespreek daartoe inzichten uit de rechtsfilosofie over het begrip coherentie. Rechtseenheid is reeds door onder meer Bloembergen<sup>13</sup> en Snijders<sup>14</sup> met coherentie in verbinding gebracht. Hoewel coherentie geen nieuwkomer is in de filosofie (zo vormt het de grondslag voor de zogeheten coherentietheorie van waarheid)<sup>15</sup> zijn coherentietheorieën binnen de rechtsfilosofie nog volop in ontwikkeling.<sup>16</sup> Ik zie hoe deze inzichten de inhoud van rechtseenheid kunnen verrijken. Vanwege de complexiteit van het onderwerp zal afbakening noodzakelijk zijn.

11 Ik laat het belang van de rechtsontwikkeling hier buiten beschouwing.

12 *Kamerstukken II 2010/11 32576*, nr. 3, p. 2.

13 A.R. Bloembergen, 'De eenheid van privaatrecht en administratief recht', *WPNR* 5372-5375 (1997).

14 Snijders 2005, p. 2.

15 Zie recent bijv. J. ten Voorde, 'Waarheidsvinding in context', *NJB* 2012/1522.

16 A. Amaya, 'Legal Justification by Optimal Coherence', *Ratio Juris* 2011 (24), nr. 3, p. 204-329; S. Berteau, 'The Arguments from Coherence: Analysis and Evaluation', *Oxford Journal of Legal Studies* 2005 (24), nr. 3, p. 369-391; W. Meijs en I. Douven, 'On the alleged impossibility of coherence', *Synthese* 2007/157, p. 347-360.

Ik hanteer daarom het perspectief van de civiele kamer van de Hoge Raad – waarmee ik als civilist het meest vertrouwd ben – en laat andere (even interessante en waardevolle) perspectieven, zoals de fiscale en strafrechtelijke kamers van de Hoge Raad, bestuursrechtelijke hoogste rechters, lagere rechters en de ‘uniforme rechtstoepassing’,<sup>17</sup> alsmede de rol van andere actoren zoals de wetgever en de rechtswetenschap bij de bevordering van rechtseenheid, onbesproken.

Deze bijdrage is als volgt opgebouwd. Na een korte bespreking van theorieën over coherentie (par. 2) en over de rol van de rechter in dat verband (par. 3), sta ik stil bij enkele kanttekeningen die bij deze theorieën zijn geplaatst (par. 4) en onderzoek ik of die bezwaren weggenomen kunnen worden (par. 5). In het besluit bepleit ik rechtseenheid voortaan als (normatieve) coherentie te verstaan (par. 6).

## 2 Coherentietheorieën: the basics

In deze paragraaf bespreek ik wat onder coherentie wordt verstaan en wat het betekent voor de bevordering van coherentie van rechtspraak. Coherentietheorieën hebben een groot bereik. Zij kunnen betrekking hebben op een theorie, stelling, propositie, etc. In de context van rechtspraak kan het gaan om een alinea in een rechterlijke beslissing, één of meer leerstukken, één of meer rechtsgebieden, of zelfs een nationale of supranationale rechtsorde. De analyse in dit artikel richt zich op de coherentie van civiele rechtspraak van de Hoge Raad (zoals deze kenbaar is via zijn arresten) en de invloed daarvan op de coherentie van de toepassing van normen (waarmee ik doel op het begrip recht in de zin van art. 79 lid 1 aanhef en onder b RO, met inbegrip van de normen die een motiveringsklacht kunnen doen slagen) in feitelijke instanties. Het object van de analyse is dus cassatierechtspraak en de invloed daarvan op de coherentie van feitenrechtspraak.

### 2.1 Epistemische vs. constitutieve coherentie

Theorieën over coherentie zijn er in vele smaken. Belangrijk is het onderscheid tussen epistemische en constitutieve coherentie. Epistemische coherentie is descriptief en ziet op de theoretische gegrondheid van rechtspraak: een rechtsoordeel is gegrond als het (in zekere mate) samenhangt met een

17 G.C.C. Lewin, *Het procesrecht is de pathologie van het recht*, Deventer: Kluwer 2013.

bepaalde verzameling andere oordelen. Coherentie in deze zin wordt bijvoorbeeld gebruikt om eigenschappen van netwerken te omschrijven en van elkaar te onderscheiden.<sup>18</sup> Coherente rechtspraak is dan niet per se ‘beter’ dan incoherente rechtspraak. Constitutieve coherentie daarentegen wil meer dan een omschrijving bieden: het is prescriptief in de zin dat het beoogt ‘de’ juiste opvatting te identificeren. Deze vorm van coherentie laat zich onderverdelen in twee varianten: narratieve coherentie wanneer het feiten betreft, en normatieve coherentie wanneer het om normen gaat.<sup>19</sup>

Normatieve coherentie verwijst naar coherentie als een legitimerende eigenschap van rechtspraak. Coherente rechtspraak is dan ‘beter’ dan rechtspraak die dat niet is. Het begrip rechtseenheid kan onder deze categorie geschaard worden, specifiek de categorie van zogenoemde adjudicatieve coherentie (normatieve coherentie van rechtspraak), die lokaal kan zijn (coherentie tussen een beslissing en een specifiek rechtsgebied) of globaal (coherentie tussen een beslissing en alle in kracht zijnde normen in een gegeven rechtsorde).<sup>20</sup> Coherentie tussen een beslissing en twee of meer rechtsgebieden kan worden aangeduid als ‘laterale coherentie’.

Ik refereerde al even aan narratieve coherentie. Deze vorm van coherentie biedt (juridische) rechtvaardiging voor *feitelijke* stellingen, wanneer deze niet anders (zoals middels directe observatie) kunnen worden bevestigd. Het gaat dan om de verklaarbaarheid en/of plausibiliteit van een feitelijk relaas binnen een verzameling uitgangspunten of beginselen. Met het oog op de major en minor van het klassieke juridische syllogisme wordt narratieve coherentie ook wel verstaan als een proces van ‘pattern matching’ tussen feitelijke en normatieve ‘narratieven’.<sup>21</sup> Het zou interessant zijn om te bezien in hoeverre narratieve coherentie in de cassatie- en feitenrechtspraak een rol speelt, maar ook dat moet in deze bijdrage blijven rusten, omdat het nu om de eenheid van burgerlijk recht gaat.

18 Zie bijv. P. Zumbansen, ‘Transnational Legal Pluralism’, *CLPE Research Paper* 2010 (6), nr. 1.

19 N. MacCormick, ‘Coherence in Legal Justification’, A. Peczenik e.a. (eds.), *Theory of Legal Science*, Dordrecht: D. Reidel Publishing 1984, p. 37 e.v.

20 B.B. Levenbook, ‘The Role of Coherence in Legal Reasoning’, *Law and Philosophy* 1984, nr. 3, p. 355-374; Berteau 2005, p. 370.

21 B. Jackson, *Law, Fact, and Narrative Coherence*, Merseyside: Deborah Charles 1988.

## 2.2 Epistemische coherentie

Hoewel coherentie in een juridische context dikwijls een normatieve connotatie heeft, is het in de eerste plaats een grootheid aan de hand waarvan een bepaalde entiteit (hier: rechtspraak) zich laat omschrijven. Ken Kress identificeerde zeven criteria waarmee kan worden beoordeeld in hoeverre een theorie coherent is.<sup>22</sup> Ik stip ze hieronder kort aan.

1. **Consistency (consistentie).** Een consistente theorie bestaat uit beginselen en opvattingen die logisch consistent zijn, op een zeker ogenblik én in de loop van de tijd. Consistentie sluit verandering niet uit; evenmin vergt het procrusteaanse maatregelen om inconsistenties weg te nemen. Veeleer vereist het dat theoretische ontwikkelingen plaatsvinden langs een pad dat op voorgaande ontwikkelingen voortbouwt en/of die ten minste in aanmerking neemt.
2. **Comprehensiveness (omvattendheid).** Een omvattende theorie biedt een antwoord op alle vragen die vallen binnen het toepassingsgebied ervan, ook al het antwoord negatief is (dus dat de theorie een vraag niet kan beantwoorden).
3. **Completeness (volledigheid).** Een theorie is volledig wanneer elk van de elementen die haar opmaken waar of onwaar zijn, zonder ruimte voor onbepaaldheid.
4. **Monism (monisme).** In een monistische theorie vloeit elke opvatting voort uit één of meer fundamentele beginselen. Monisme kent drie varianten. (i) Sterk monisme schrijft een gesloten systeem voor waarin één fundamenteel beginsel alle opvattingen genereert: opvattingen roepen elkaar op en bieden wederkerige rechtvaardiging, terwijl zij als verzameling één geheel vormen. Bij deze variant wordt vaak de metafoor van een 'single fountain' gebruikt. Binnen een sterk monistische theorie kan elke opvatting herleid worden tot één fundamenteel beginsel dat verondersteld wordt een oplossing te bieden voor elk denkbaar conflict tussen opvattingen. Dit heeft tot gevolg dat complexiteit gereduceerd wordt. Een voorbeeld van een sterk monistische theorie is het utilisme, waarin alle normatieve beslissingen dienen te volgen uit een centraal beginsel (nutsmaximalisatie). (ii) In tegenstelling tot sterk monisme neemt gematigd monisme genoegen met een structuur waarbij iedere opvatting door meer dan één andere opvatting wordt geïmpliceerd. Het vereist geen fundamenteel beginsel, maar houdt rekening met de mogelijkheid van conflict tussen opvattingen en

22 K. Kress, 'Coherence', Patterson, D. (ed.). *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford: Wiley-Blackwell 2010, p. 521 e.v.

bezielt fundamentele beginselen als arbiters om die conflicten op te lossen. (iii) Zwak monisme wijst de noodzaak van fundamentele beginselen en van interne relaties tussen opvattingen af en houdt slechts in een systeem waarin elke opvatting gerechtvaardigd, verklaard, aannemelijk en/of bewezen wordt door ten minste één andere opvatting.

5. **Unity (eenheid).** Een theorie is een eenheid wanneer haar onderdelen elkaar impliceren, rechtvaardigen of ondersteunen. De mate waarin zij dat doen, hangt af van de grondigheid waarmee eenheid aan de interne architectuur van de theorie wordt opgelegd. De factoren monisme en eenheid hebben beide betrekking op de interne architectuur van een theorie, maar zij verschillen hierin, dat eenheid verwijst naar het verband tussen twee opvattingen, terwijl monisme zich richt op de verhouding tussen een of meer opvattingen aan de ene kant en een fundamenteel beginsel aan de andere kant. Eenheid kent drie hoofdvarianten. (i) In de meest strikte variant, 'one-all', wordt elk element opgeroepen, ondersteund en gerechtvaardigd door elk ander element en vice versa. (ii) Minder strikte versies van interne relaties, zoals de 'one-many' versie, staan toe dat elk element gerechtvaardigd wordt door minstens twee andere. (iii) De minst strikte variant, 'one-one', vergt dat minstens twee elementen elkaar oproepen. Van deze drie varianten van interne relaties zal volgens Kress alléén de 'one-all' variant coherentie garanderen, voornamelijk omdat het de kans verkleint op zogenoemde 'multiple subject matter incoherence': het risico dat een verzameling elementen betrekking heeft op teveel verschillende en onvoldoende wederzijds ondersteunende onderwerpen. De minder strikte varianten ('one-many' en 'one-one') bieden ruimte voor coherentie binnen een bepaalde subgroep van elementen, niet binnen het geheel aan elementen.
6. **Articulateness (helderheid).** Een theorie is helder wanneer de methoden en procedures die het voorschrijft expliciet zijn uitgedrukt en niet louter intuïtief of impliciet zijn.
7. **Justified (rechtvaardiging).** Een theorie is gerechtvaardigd wanneer het conflicten oplost met redengeving.

Wat aanstonds opvalt aan de criteria van Kress, is dat eenheid (en consistentie) slechts bouwstenen zijn van coherentie, en dat de coherentie van een theorie niets zegt over (de deugdelijkheid van) wat het voortbrengt. Een belangrijke implicatie hiervan is dat rechtspraak die bijvoorbeeld wat betreft de uitkomsten zeer consistent is, toch niet als coherent kan worden aangemerkt wanneer aan de rechtspraak ten grondslag liggende beginselen ontbreken of

onvoldoende inzicht wordt gegeven in de redenen voor de bereikte beslissing. Ik kom hier nog op terug.

### 2.3 Normatieve coherentie

Juristen zijn vertrouwd met normatieve coherentie als een prescriptieve eigenschap. Veel (rechts)filosofen hebben de eenheid van het recht beschouwd als een bron van legitimatie voor een rechtsorde. Max Weber zag coherentie in het recht bijvoorbeeld als een uitdrukking van de rationaliteit ervan. In een irrationele rechtsorde worden normen op een arbitraire en onvoorspelbare wijze vastgesteld, zoals door een orakel. Een rationele rechtsorde is daarentegen volgens Weber 'self-sufficient', volledig en capabel om elke normatieve vraag te beantwoorden. De hoogste vorm van rationaliteit, door Weber 'formele rationaliteit' genoemd, doet zich volgens hem voor met de 'integration of all analytically derived legal propositions in such a way that they constitute a logically clear, internally consistent, and at least in theory, gapless system of rules, under which, it is implied, all conceivable fact situations must be capable of being logically subsumed'.<sup>23</sup> Voor Neil MacCormick is coherentie een eigenschap van een rechtsbeslissing: een juiste rechtsbeslissing heeft zogenoemde 'value coherence' met het geldende recht wanneer het gebaseerd is op een beginsel dat op kenbare wijze de gezamenlijke eraan ten grondslag liggende waarden tot uitdrukking brengt.<sup>24</sup> Ook Dworkin achtte coherente rechtssystemen beter in staat om recht te legitimeren en juiste rechtsopvatting te genereren.<sup>25</sup> In deze beschrijvingen van normatieve coherentie weerklinken de criteria van Kress, waaronder omvattendheid, volledigheid en helderheid en varianten van monisme en eenheid.

Dat deze criteria een normatieve lading krijgen, ligt m.i. aan de werking van enkele fundamentele juridische beginselen. Zo vergt het gelijkheidsbeginsel, dat mede tot uitdrukking komt in het legaliteitsbeginsel (inbreuken op rechten en vrijheden van burgers dienen gegrond te zijn op een voor eenieder gelijk geldende algemene regel die tot stand is gekomen met medewerking van de volksvertegenwoordiging) en het evenredigheidsbeginsel (een onderscheid is niet toelaatbaar als dat niet objectief gerechtvaardigd is, zoals wanneer geen gerechtvaardigd doel wordt nagestreefd of de gekozen middelen niet proportioneel zijn), dat rechtspraak *consistent*, *helder* en *gerechtvaardigd* is in de door

23 M. Weber, *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology* (vertaling G. Roth en G. Wittic), New York: Bedminster (1922) 1978, p. 656.

24 Zie voetnoot 19.

25 Loth 2005, p. 678-679.



Kress bedoelde zin. Dat houdt onder meer in dat van de rechter wordt verlangd dat hij nagaat of het voorliggende geval overeenkomt met een eerder geval. Luidt het antwoord daarop bevestigend, dan dient de rechter te waarborgen dat de uitkomst dezelfde is. Luidt het antwoord ontkennend, dan dient de rechter het onderscheid en de daarop gebaseerde ongelijke behandeling met kenbare redenen te omkleden. Het verbod van rechtsweigering (art. 26 Rv) en de verplichting om te beslissen over al hetgeen partijen hebben gevorderd of verzocht (art. 23 Rv) faciliteren dat rechtspraak *omvattend* en *volledig* is. Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel brengen mee dat de rechtzoekende zijn rechtspositie moet kunnen bepalen.<sup>26</sup> Dat is makkelijker wanneer beslissingen in meer of mindere mate op fundamentele beginselen (*monisme*) en andere beslissingen (*eenheid*) kunnen worden teruggevoerd.

In verband met het rechtszekerheidsbeginsel en de coherentie van de rechtspraak van de hoogste rechter wijs ik nog op het EHRM-arrest *Şahin*.<sup>27</sup> In deze Turkse zaak werd art. 6 EVRM ingeroepen omdat lagere rechters en ‘supreme courts’ geen rekening hielden met elkaars beslissingen in samenhangende zaken. Ten aanzien van de rechtspraak van de hoogste rechter onderzocht het EHRM ‘whether “profound and long-standing differences” exist in the case-law of a supreme court, whether the domestic law provides for machinery for overcoming these inconsistencies, whether that machinery has been applied and, if appropriate, to what effect’ (rov. 53). Deze maatstaf zal in Nederland n.m.m. niet snel tot een schending leiden. De Hoge Raad kent een indeling in kamers (civiel, straf, fiscaal) en deze organisatorische structuur draagt eraan bij dat relevante eerdere beslissingen eerder in het blikveld komen. Inconsistenties in de rechtspraak kunnen in een cassatieprocedure aan de Raad worden voorgelegd. Ik ben niet bekend met diepgaande en duurzame verschillen in de rechtspraak binnen of tussen de kamers.<sup>28</sup> Ten aanzien van feitenrechtspraak is volgens het EHRM van belang of sprake is van ‘legal uncertainty resulting from the inconsistency in the practice of the courts concerned’ en van een ‘lack of machinery for resolving the conflicting decisions’ (rov. 54). Omdat

26 H.D. van Wijk, W. Konijnenbelt & R.M. Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Amsterdam: Reed Business 2011, p. 315 e.v.

27 EHRM 20 oktober 2011, nr. 13279/05, *EHRC* 2012/15 (*Nejdet Şahin en Perihan Şahin/Turkije*). De daarin vervatte uitgangspunten zijn nadien bevestigd, vgl. EHRM 10 mei 2012, nr. 34796/09 e.a., *EHRC* 2012/184 (*Albu e.a./Roemenië*).

28 Dat de rechtspraak van de Hoge Raad en andere hoogste rechters zoals de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State uiteen kan lopen is wel bekend. Het vraagstuk van de coherentie van de rechtspraak van verschillende hoogste rechters valt buiten het bestek van deze bijdrage.

het EHRM evenwel geneigd is eventuele inconsistenties uit te leggen als het gevolg van een dynamische en evolutieve benadering bij de ontwikkeling van jurisprudentie, hetgeen in het belang is van een goede rechtsbedeling (rov. 58), vermoed ik dat ook deze situatie zich niet snel in Nederland zal voordoen.

Op dit punt aanbeland rijst de vraag hoe deze tamelijk theoretische gezichtspunten geoperationaliseerd kunnen worden. In de volgende paragraaf bespreek ik Dworkin's opvattingen over de rol van de rechter in dit proces, en probeer ik mede aan de hand daarvan te concretiseren hoe de rechter naar coherente rechtspraak zou kunnen streven.

### 3 De coherentiebevorderende rechter

#### 3.1 Dworkin's 'unfolding narrative'

In het bereiken van normatieve coherentie is een belangrijke rol aan de rechter toebedeeld. De recent overleden rechtsfilosoof Ronald Dworkin heeft dat uitgewerkt. Zijn 'law as integrity thesis' poneert dat rechters de verplichting hebben om bij de interpretatie van beginselen 'articulate consistency' te betrachten. Hij doelt daarmee op 'consistency in the application of the principle relied on, not merely in the application of the particular rule announced in the name of that principle'.<sup>29</sup> Van belang is dat Dworkin, anders dan rechtspositivisten (zoals Hart) die het recht als een geheel met hiaten beschouwen, veronderstelt dat de rechter bij zogeheten 'hard cases' geen recht vormt, maar vindt, en wel via interpretatie van het recht en de toepassing van beginselen. Recht is voor hem een interpretatief concept in de zin dat interpretatie van het recht in het licht van het daarin tot uitdrukking gebrachte beginsel noodzakelijk is om vast te stellen wat het recht in een concreet geval meebrengt, ofwel om 'the right answer' te vinden.<sup>30</sup>

In zijn latere werk 'Law's Empire' beschrijft Dworkin het recht als een 'unfolding narrative'. De rechter is in dat perspectief één van de vele elkaar opvolgende auteurs die aan hetzelfde verhaal schrijven. Een nieuwe schrijver is weliswaar in zekere zin gebonden door hetgeen een eerdere schrijver heeft neergelegd, maar zal tegelijkertijd het vervolg van het verhaal naar beste weten proberen vorm te geven: 'He knows that other judges have decided cases that,

29 R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, MA: Harvard University Press 1977, p. 88.

30 R.L. Hayman, Jr., N. Levit & R. Delgado (red.), *Jurisprudence classical and contemporary: from natural law to postmodernism*, St. Paul: West Group 2002, p. 132-133.

although not exactly like his case, deal with related problems; he must think of their decisions as part of a long story he must interpret and then continue, according to his own judgement of how to make the developing story as good as it can be'.<sup>31</sup>

Aan deze onophoudelijke uitbouw van het verhaal van het recht ligt volgens Dworkin een bewust streven naar de vorming van integer recht ten grondslag. Hij beschrijft dit als volgt:

'Law as integrity accepts law and legal rights whole heartedly. [...] It supposes that law's constraints benefit society not just by providing predictability and procedural fairness, or in some instrumental way, but by securing a kind of equality among citizens that make their community more genuine and improves its moral justification for exercising the political power it does. Integrity's [...] account of the character of consistency with past political decisions that law requires is correspondingly different from the answer given by conventionalism. It argues that rights and responsibilities flow from past decisions and so count as legal, not just when they are explicit in these decisions but also when they follow from the principles of personal and political morality the explicit decisions presuppose by way of justification'.<sup>32</sup>

Interpretatie wordt voor Dworkin beheerst door dit streven naar de integriteit van het recht. De rechter zal bij iedere beslissing van een geschil – een vervolg van het verhaal – niet louter op beleid of eigen moraal kunnen varen.<sup>33</sup> Hij zal zich moeten laten leiden door de noodzaak van coherentie van de toevoeging en het bestaande verhaal. Hij dient daarbij niet alleen aansluiting te zoeken bij hetgeen rechters eerder over de kwestie hebben beslist, maar ook bij 'some coherent set of principles about people's rights and duties' waarmee de rechter 'the best constructive interpretation of the political structure and legal doctrine of their community' bereikt.<sup>34</sup> Integriteit is dus voor Dworkin de coherentie van het nieuwe rechtsoordeel met bestaande rechtspraak en de evoluerende rechtsopvattingen van de samenleving, waarbij het gelijkheids-

<sup>31</sup> R. Dworkin, *Law's Empire*, London: Fontana 1986, p. 239.

<sup>32</sup> Dworkin 1986, p. 95-96.

<sup>33</sup> Kress 2010, p. 533.

<sup>34</sup> Dworkin 1986, p. 255.

beginsel een belangrijke plaats inneemt in de zin dat de beginselen op grond daarvan consistent moeten worden toegepast.<sup>35</sup>

Dworkin biedt hiertoe een stappenplan. Tijdens de ‘pre-interpretative stage’ dient de rechter zich te verdiepen in ‘the network of political structures and decisions of his community’, zoals wet en rechtspraak. Tijdens de ‘interpretative stage’ zal de rechter moeten nagaan of de bereikte interpretatie ‘could form part of a coherent theory justifying the network as a whole. No actual judge could compose of anything approaching a full interpretation of all of his community’s law at once. But an actual judge can (...) allow the scope of his interpretation to fan out from the cases immediately in point to cases in the same general area or department of law, and then still farther, so far as this seems promising’.<sup>36</sup> In the ‘post-interpretative stage’ dient de rechter kennis te nemen van ‘what the practice really requires so as better to serve the justification he accepts at the interpretative stage’.<sup>37</sup>

### 3.2 Concretisering

Hoe zouden deze concepten in de praktijk vorm kunnen krijgen? Vooral in proefprocessen (bijvoorbeeld over massaschade) en procedures over veel voorkomende geschilpunten is dat geen gemakkelijke opgave. De rechter wenst primair recht te doen aan de voorliggende zaak en een uitkomst te bereiken die redelijk is. De beginselen van gelijkheid, rechtszekerheid en vertrouwen die zo-even de revue passeerden brengen echter mee dat ook een beslissing in een individueel geval zaakoverstijgende betekenis kan krijgen.<sup>38</sup> Rechtzoekenden kunnen rechtshandelingen verrichten of juist daarvan afzien in de gerechtvaardigde verwachting dat dit in het licht van de daarop betrekking hebbende rechtspraak en eventuele deskundige advisering bepaalde rechtsgevolgen zal opleveren. Deze verwachtingen zouden doorkruist kunnen worden indien de rechter vervolgens aanleiding ziet om in een concrete zaak een (niet eerder in de rechtspraak aangenomen) uitzondering te aanvaarden of om staande rechtspraak een andere richting te geven. Het is waar dat elk geval bijzondere omstandigheden kent, maar het omgekeerde geldt ook: alle gevallen zijn (op enig niveau) vergelijkbaar. In de motivering van een beslissing dient

---

35 Hayman, Levit & Delgado 2002, p. 133; Kress 2010, p. 534.

36 Dworkin 1986, p. 245.

37 Dworkin 1986, p. 66.

38 In dezelfde zin Loth 2005, p. 678-679.

derhalve inzichtelijk te zijn dat en waarom het om een geobjectiveerd onderscheid gaat.<sup>39</sup>

Bij een groot zaakaanbod van vergelijkbare zaken kan deze werkwijze leiden tot een gevarieerde maar weinig systematische verzameling van uitkomsten en motiveringen, die het de rechtzoekende niet makkelijker maakt zijn gedrag daarop af te stemmen. Daaruit kan een behoefte ontstaan aan methoden en technieken om de uniformiteit van rechtspraak te waarborgen. Tegen die achtergrond zien verschillende coördinerende initiatieven het licht die richting willen geven bij de beslechting van zogenoemde ‘repeat cases’. Het voordeel van deze initiatieven is onder meer dat de burger op betrekkelijk eenvoudige wijze vooraf zijn rechtspositie kan bepalen. Daarmee wordt de consistentie van rechtspraak bevorderd. Het nadeel van deze initiatieven is dat de uniformiteit vooral ‘onder de streep’ wordt bereikt en de aandacht minder nadrukkelijk is gericht op de motivering van de beslissingen. Wanneer beslissingen voortkomen uit een richtinggevende leidraad, een formule of een rekenprogramma en bij de toepassing daarvan niet of onvoldoende tot uiting komt op welke redenen en beginselen een en ander is gebaseerd, gaat dat ten koste van de rechtvaardiging voor de beslissing.

In de inleiding refereerde ik al aan het arrest van de Hoge Raad van 27 november 2009 over de vergoeding ter zake van een kennelijk onredelijk ontslag. Aan de orde waren twee (kantonrechter)formules’ die door verschillende hoven werden gehanteerd. Aan de ene kant klonk er een roep om rechtseenheid, aan de andere kant een roep om belang toe te kennen aan de omstandigheden van ieder (bijzonder) geval. De Hoge Raad overwoog het volgende:

‘4.4 Bij het voorgaande dient bedacht te worden dat de kantonrechtersformule, zoals deze in de praktijk wordt gehanteerd, een op harmonisering van ontbindingsvergoedingen gerichte globale berekeningswijze aan de hand van een beperkt aantal factoren vormt, en dat het de rechter vrijstaat een andere berekeningswijze te volgen als hij daartoe in de omstandigheden van het geval aanleiding vindt. Bij kennelijk onredelijk ontslag moet de rechter zich evenwel steeds nauwkeurig rekenschap geven van

39 A.K. Koekoek, *De grondwet: een systematisch en artikelsgewijs commentaar*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 65; C.W. van der Pot, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 300-301. Zie ook de aangehaalde vakliteratuur in J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar een algemeen toetsingsmodel*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002, p. 5-6.

de concrete omstandigheden en factoren die de hoogte van de vergoeding bepalen, en dient hij daarvan in zijn beslissing ook verantwoording af te leggen op zodanige wijze dat voldoende inzicht wordt gegeven in de afweging die tot de beslissing over de hoogte van de vergoeding heeft geleid.

[...]

4.6 Hoewel de door het hof beoogde voorspelbaarheid van dit soort van frequent voorkomende beslissingen, mede in verband met de rechtszekerheid, een belangrijk gezichtspunt is, kan ook daarin niet een rechtvaardiging worden gevonden voor het hanteren van een zo globale maatstaf dat afbreuk wordt gedaan aan de hiervoor uiteengezette aard van de vergoeding en de daarmee samenhangende wijze van begroting ervan. Uit het hiervoor overwogene volgt dat de voorspelbaarheid van beslissingen waarbij deze vergoeding wordt toegekend, in belangrijke mate afhankelijk is van het inzicht dat de rechter geeft in de wijze waarop deze beslissingen tot stand zijn gekomen, met name wat betreft de factoren die bij de bepaling van de vergoeding een rol spelen. Daarbij is overigens denkbaar dat de rechters die over deze vergoedingen beslissen, een zekere mate van harmonisatie tot stand brengen door de van belang zijnde factoren duidelijk te benoemen en door inzichtelijk te maken welke financiële gevolgen in soortgelijke gevallen eventueel aan de verschillende factoren kunnen worden verbonden, zonder dat zij één bepaalde algemene formule als vuistregel hanteren.'

In deze overwegingen zijn verschillende van de hiervoor besproken eigenschappen van coherentie te herkennen: consistentie, omvattendheid, volledigheid, eenheid, rechtvaardiging en helderheid. De Hoge Raad heeft dus oog voor het belang van de voorspelbaarheid (of consistentie) van rechtspraak, maar wijst er tegelijkertijd op dat coherente rechtspraak méér omvat dan consistentie alleen. Deze benadering doet m.i. recht aan de betekenis van normatieve coherentie. Zij verdient daarom de voorkeur boven een benadering die slechts of voornamelijk uniformiteit en voorspelbaarheid centraal stelt.

In de laatst aangehaalde rechtsoverweging nodigt de Hoge Raad feitenrechters uit om na te denken hoe uniformering mét redengeving kan worden bereikt. Op het terrein van de schade als gevolg van een kennelijk onredelijk ontslag heeft de lagere rechtspraak intussen geprobeerd aansluiting te zoeken bij de gedeferde inkomsten gedurende de verwachte werkloosheidsperiode.<sup>40</sup>

40 P. Kruit & A.A.E. van den Toren, 'Kennelijk onredelijk ontslagvergoeding: hoe (lang) werkt hoe-langwerkloos.nl?', *Arbeidsrecht* 2013/48; S. de Lange & M. Koster, 'De schadevergoeding bij

De bewaking van rechtseenheid door de Hoge Raad lijkt daarmee zowel een *top-down* als een *bottom-up* proces. Wanneer de Hoge Raad een maatstaf formuleert die zich voor herhaalde toepassing leent, draagt dat bij aan de coherentie van het recht omdat daarmee de voorzienbaarheid van een uitkomst wordt vergroot (consistentie, omvattend/volledig). Wanneer daarbij ook wordt aangegeven waarom deze en geen andere maatstaf geldt, draagt dit bij aan de aanvaardbaarheid van de beslissing (rechtvaardiging/helderheid). In kwantitatieve termen zullen feitenrechters evenwel de meeste invloed hebben op het bewaken van rechtseenheid, aangezien de Hoge Raad ongeveer 16% van de in eerste aanleg ingestroomde civiele zaken onder ogen krijgt.<sup>41</sup> Hoe zouden feitenrechters, die al met een hoge werkdruk te kampen hebben, coherentie kunnen bevorderen? Zij zouden zich kunnen oriënteren op de hiervoor besproken criteria van Kress en Dworkin's 'unfolding narrative'. Dit zijn tamelijk abstracte grootheden maar zij zouden geoperationaliseerd kunnen worden tot aanknopingspunten aan de hand waarvan de coherentie van rechtspraak kan worden getoetst. Vragenderwijs zouden deze aanknopingspunten als volgt kunnen luiden:

1. **Consistentie:** Verloopt de rechtspraak langs een pad dat kenbaar op de reeds afgelegde weg voortbouwt (of bij een koerswijzing: in aanmerking neemt)? Wordt bijvoorbeeld aan vaste rechtspraak gerefereerd?
2. **Omvattend/Volledig:** Is aan de hand van de rechtspraak te beoordelen wat de oplossing van een casus is?
3. **Monisme:** In hoeverre zijn fundamentele beginselen te herkennen in de rechtspraak?
4. **Eenheid:** Kan een beslissing worden teruggevoerd op (een) andere beslissing(en)?
5. **Rechtvaardiging/Helderheid:** Is de rechtspraak aldus opgesteld dat de daaraan ten grondslag liggende overwegingen expliciet zijn?

Voor de cassatierechter brengt het gedachtegoed van Kress en Dworkin m.i. mee dat een gerichtheid op de voorliggende zaak niet betekent dat coherentie niet bevorderd hoeft te worden. Ook wanneer naar het oordeel van de rechter rechtseenheid niet aan de orde is of voorrang toekomt aan de rechtsbescherming, dient een beslissing in het systeem te worden gepast. De rechtzoekende zal immers willen weten waarom de beslissing op zichzelf staat en niet

---

kennelijk redelijk ontslag: stand van zaken medio 2011', *TAP* 2011, p. 212-226 en 'De schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag: een update', *TAP* 2012, p. 236-254.

41 Op basis van afgeronde getallen: *Jaarverslag rechtspraak 2012*, p. 88 (300.000); *Jaarverslag Hoge Raad 2012*, p. 82 (500).

generaliseerbaar is. In zaken die een ‘reguliere’ behandeling krijgen zal hij die toelichting willen lezen in het arrest en de daaraan voorafgaande conclusie van de Advocaat-Generaal. In zaken die vatbaar worden geacht voor toepassing van art. 80a lid 1 RO of art. 81 RO zal de conclusie in die behoefte moeten voorzien. Het Parket heeft daarmee een belangrijke rol in het bewerkstelligen van coherentie van cassatierechtspraak, met name in zaken die er kennelijk niet toe doen.

## 4 Kanttekeningen

Ondanks de intuïtieve aantrekkelijkheid van coherentie als normatieve maatstaf en de voor de hand liggende rol van de rechter in het beveiligen ervan, zijn er bewaren aangevoerd tegen de deugdelijkheid van de maatstaf en zijn er kanttekeningen geplaatst bij wat de rechter in dat verband daadwerkelijk kan bewerkstelligen. Deze kritiek vraagt nu onze aandacht.

### 4.1 Bezwaren tegen coherentie als normatieve maatstaf

De tegen de maatstaf van normatieve coherentie aangevoerde bezwaren laten zich als volgt samenvatten.<sup>42</sup>

1. **Vagueness (vaagheid).** Coherentie is geen vastomlijnd begrip en blijft daardoor te vaag om dienstig te zijn in het kader van geschillenbeslechting en de motivering van beslissingen; het vormt geen criterium om te kiezen tussen in geschil zijnde feiten en normen. Als een bepaalde rechtsvraag in feitelijke instanties verschillend beantwoord wordt, zegt coherentie op zich nog niets over welk antwoord optimaal is.
2. **Holism (holisme).** Coherentietheorieën leunen op de gedachte dat de rechtvaardiging voor een stelling voortvloeit uit verbanden tussen vele elementen in een rechtsorde of -gebied (normatieve coherentie) of eigenschappen van de besluitvormer (narratieve coherentie). Dit is psychologisch niet plausibel. Ten eerste zou het bewerkstelligen van coherentie berekeningen vergen die de cognitieve mogelijkheden van besluitvormers te boven gaat. Kan een rechter worden geacht alle in kracht zijnde normen in de rechtsorde te overzien bij het concipiëren van een bepaalde beslissing? Ten tweede geeft het geen juist beeld van het besluitvormingsproces, nu besluitvormers niet simultaan al hun opvattingen betrekken bij de beoordeling van een juridisch probleem.

<sup>42</sup> Ik ontleen deze samenvatting aan Amaya (2011, p. 311-313) wier opvattingen in par. 5 uitgebreid aan de orde komen.



3. **Circularity and Conservatism (circulariteit en behoudzucht).** Coherentietheorieën gaan gebukt onder een vicieuze circulariteit. Een juridische beslissing kan zowel rechtvaardiging bieden aan een geheel van precedenten of eerdere beslissingen, als erdoor gerechtvaardigd worden. Dit kan leiden tot een juridische tunnelvisie in de zin dat de uitkomsten voorgaande keuzes rechtvaardigen, ook al zijn zij onjuist.
4. **Inference (gevolgtrekking).** Coherentietheorieën geven niet aan hoe juridische besluitvormers de meest coherente juridische interpretatie kunnen bereiken.
5. **Why coherence (waarom coherentie)?** Coherentietheorieën laten een ‘second-order’ vraag onbeantwoord, namelijk waarom coherentie in het juridische domein als een rechtvaardigingsnorm zou moeten gelden.

Een belangrijke criticus van coherentietheorieën is Joseph Raz. Volgens Raz bouwt normatieve coherentie voort op epistemische coherentie en wordt daarom door dezelfde bezwaren getroffen.<sup>43</sup> Raz ziet geen grond voor epistemische coherentie omdat het geen rekening houdt met de oorsprong van opvattingen. Als een opvatting voortkomt uit een ondeugdelijke grondslag (zoals bijgeloof), zou het dan juist zijn die opvatting een rol te laten spelen bij de beoordeling van de coherentie van een opvatting die wel uit een gerechtvaardigde (rationele) bron voortkomt? Volgens Raz schiet de theorie tekort daar waar het niet wijst op eventuele aan opvatting klevende gebreken. Hij gaat evenwel verder en stelt dat coherentie, behalve ondeugdelijk, ook niet noodzakelijk is voor de rechtvaardiging van opvattingen. Een juiste opvatting is consistent, maar een consistent geheel aan opvattingen is niet noodzakelijkerwijs juist, zodat niet kan worden uitgesloten dat inconsistente opvattingen juist zijn dan consistente opvattingen.

Normatieve coherentie is volgens Raz problematisch. Hij stelt vast dat (ook volgens de coherentietheorie) coherentie slechts één van de twee benodigde ingrediënten vormt naast wat hij noemt ‘the base’, dat wil zeggen datgene wat coherent dient te zijn. Deze ‘base’ mag niet louter persoonsgebonden en subjectief zijn. Wanneer coherentie een rol moet spelen in het recht, zal het niet enkel betrekking mogen hebben op de opvattingen van de betreffende persoon, maar op het geheel aan opvattingen binnen een zekere rechtsorde. Dit brengt volgens Raz mee dat het bewerkstelligen van coherentie op dat niveau een ‘non-starter’ is. Als voorbeeld noemt hij het coherent maken van het utilisme

43 J. Raz, ‘The Relevance of Coherence’ J. Raz, *Ethics in the Public Domain*, Oxford: Clarendon Press 1994, p. 283.

en Kantianisme: het is mogelijk, maar het resultaat zal geen verband meer houden met het recht of de werkelijkheid.<sup>44</sup> Omdat recht een product (functie) is van de werkzaamheden van een groot aantal personen en hun interacties gedurende een zeer lange periode, is het niet mogelijk (ook niet via interpretatie) om dit alles coherent te maken, zonder te veronderstellen dat (i) die activiteiten allemaal op het moment van de coherentietoets kenbaar zijn en (ii) een zinvol geheel vormen in plaats van een gefragmenteerde verzameling van verschillende delen.<sup>45</sup> Elke coherentietheorie die de pretentie heeft iets te kunnen zeggen over het gehele recht miskent volgens Raz de pluraliteit van waarden en van de maatschappelijke opvattingen over moraal.<sup>46</sup> Hij beperkt daarom de relevantie van coherentietheorieën tot 'local coherence': een subgroep van rechtsnormen en beslissingen binnen een zeker rechtsgebied.

Andere tegenwerpingen draaien om de gedachte dat coherentietheorieën niet (veel) meer inhouden dan een poging om een onbepaalde en tegenstrijdige wereld te begrijpen. Coherentie wordt dan gezien als een projectie die ertoe dient chaos en complexiteit te beheersen. Balkin betoogt bijvoorbeeld dat coherentie op het rechtssubject berust en daarom subjectief is. Een oordeel over de coherentie van het recht beschouwt hij als het product van 'rational reconstruction', ofwel 'an attempt to see the substantive reason that emanates from legal materials'. Deze oordelen worden gevormd door 'features of the self', en dus ook door onze behoefte aan het verminderen van cognitieve dissonantie.<sup>47</sup> Balkin zoekt de eenheid en verscheidenheid van recht niet in het externe, maar in het interne. Volgens Banakar leggen westerse rechtsordes zich ten onrechte niet neer bij hun diversiteit. Willen we recht doen aan de werkelijkheid en de hedendaagse conflicten tussen rechterlijke macht en politiek, dan zouden we volgens hem moeten accepteren dat het recht naar zijn aard divers en in zekere mate irrationeel is, in plaats van vast te houden aan het positivistische ideaal van eenheid en rationaliteit.<sup>48</sup>

44 Raz 1994, p. 285.

45 Raz 1994, p. 296 en 297.

46 Raz 1994, p. 310.

47 J.M. Balkin, 'Understanding legal understanding: the legal subject and the problem of legal coherence', in: Hayman, Levit & Delgado 2002, p. 869-875.

48 R. Banakar, 'The Politics of Legal Cultures', *University of Westminster School of Law Research Paper* no. 10-01, p. 52.

## 4.2 Bezwaren tegen de rol van de rechter

Ook de rol van rechters bij het bevorderen van rechtseenheid is niet onomstreden. Aan de orde kwam al de tegenwerping dat het cognitief onmogelijk is om al onze opvattingen op coherentie te toetsen. Veel van onze opvattingen zijn latent en kunnen vergeten worden; coherentietheorieën overschatten daardoor ons vermogen om opvattingen bewust te toetsen. Volgens Raz is dit laatste, door hem 'excessive voluntarism' genoemd, uiteindelijk wat coherentietheorieën incoherent maakt.<sup>49</sup> De rol van normatieve coherentie wordt om deze reden vaak beperkt tot een subgroep van rechtsnormen en beslissingen binnen een zeker gebied ('local' of 'area-specific coherence'), omdat alleen dan sprake zou zijn van een haalbare en uitvoerbare taak voor juridische besluitvormers.<sup>50</sup>

Een andere, hieraan gerelateerde, tegenwerping is dat de verzamelingen van elementen die coherent gemaakt moeten worden (ofwel 'acceptance sets') geneigd zijn te groeien en meer elementen te omvatten, waarmee het bereiken van een volledig coherente verzameling een onbereikbaar doel wordt. Dit maakt het noodzakelijk coherentie te bezien als een 'correctional device', een mechanisme om de coherentie van een gegeven verzameling te verbeteren. 'Integrated coherence' wordt dan bereikt door uitsluiting, niet door insluiting: elementen die naar rationele maatstaven door iedereen worden aanvaard, worden ingevoegd en elementen die daar niet aan voldoen worden verwijderd.<sup>51</sup>

Een meer algemeen bezwaar dat naar voren is gebracht, heeft te maken met de legitimiteit van de positie van de rechter. Geopperd is dat rechterlijke coherentietheorieën zo populair zijn omdat zij een exponent zijn van 're-enchancement'. Volgens Webers' bekende these van de 'onttovering' van instituties wordt moderniteit gekenmerkt door een (gepercipieerd) verlies van eenheid in de wereld en een onvermogen van de bewoners ervan om het ergens op te laten slaan om betekenis te vinden. Vooral de wetgevende en rechtsprekende machten zouden getroffen zijn door dit proces van 'disenchantment', en is 're-enchancement' een poging om nieuwe betekenissen te vinden zodat het recht meer kan zijn dan enkel een sociaal instrument, een politiek compromis, historisch gegeven of cultureel voorwerp. Deze pogingen leiden tot het tegenovergestelde: de legitimiteit van de (hoogste) rechter wordt versterkt als deze gegrond is op noeste arbeid (zoals het bevorderen van de rechtseenheid)

49 Raz 1994, p. 279-282.

50 Levenbook 1984, p. 371.

51 J. Hage, 'Law and Coherence', *Ratio Juris* 2004 (17), nr. 1, p. 87-105.

in plaats van op traditie of charisma, maar dat zal hem niettemin verder 'onttoveren'.<sup>52</sup>

Kunnen deze argumenten tegen coherentie en de rol van de rechter geneutraliseerd worden?

## 5 Een mogelijke synthese: Amaya's 'model of optimal coherence'

Het recente werk van Amalia Amaya kan een patstelling helpen voorkomen en de gedachtevorming over de bevordering van coherentie verder brengen. In recente papers en een binnenkort te verschijnen boek heeft zij een model gepresenteerd aan de hand waarvan juridische besluitvormers door het streven naar coherentie tot gerechtvaardigde beslissingen kunnen komen.<sup>53</sup> Amaya's model is aantrekkelijk omdat het voor- en tegenargumenten adresseert en een synthese probeert te bereiken die zich voor praktische toepassing leent. Kort samengevat houdt Amaya's model van optimale coherentie in, dat een gerechtvaardigde rechtsopvatting voortvloeit uit een proces waarbij de besluitvormer op een contextueel bepaalde en epistemisch verantwoordelijke wijze, uit een verzameling hypothesen en alternatieve hypothesen, de hypothese kiest die de meeste verklarende kracht heeft ten aanzien van de gekozen 'base'. Ik probeer hierna kort uit te werken wat zij hiermee bedoelt.<sup>54</sup>

50

### 5.1 Een pleidooi voor coherentie

Allereerst: waarom coherentie? De hiervoor aan de orde gekomen kanttekeningen hebben het belang van deze 'second-order' vraag onderstreept. Amaya trekt met enkele argumenten ten strijde voor coherentie als bron van juridische rechtvaardiging. Ik benoem een aantal daarvan in het licht van de hiervoor onder par. 4.1 genoemde kanttekeningen en breng ze in verband met de coherentie van rechtspraak.

1. **Intuïtieve aantrekkelijkheid.** Coherentie is intuïtief aantrekkelijker dan theorieën die één grondbeginsel hanteren. Te eisen dat elke rechterlijke

---

52 Y. Blank, 'The reenchantment of law', *Cornell Law Review* 2011 (96), p. 568-633.

53 Een commerciële editie van haar proefschrift verschijnt in 2014 bij Hart Publishing. Zie verder 'Formal models of coherence and legal epistemology', *Artificial Intelligence Law*, 2007 (15), p. 429-447 en 'Ten Theses on Coherence and Law', via SSRN (<http://ssrn.com/abstract=2064295>) en Amaya 2011, p. 304-329.

54 Daarbij leun ik vooral op Amaya 2011, p. 304 en 314-322.

beslissing axiomatisch herleidbaar moet zijn tot een grondbeginsel is niet pragmatisch en bovendien onnodig. Zo'n keurslijf belemmert een spoedige en effectieve beslechting van geschillen. Het streven naar coherentie draagt bij aan een goede rechtspleging omdat rechtspraak langs een duidelijk pad verloopt, een antwoord biedt voor normatieve vragen en waar mogelijk expliciet naar fundamentele beginselen en voorgaande beslissingen verwijst.

2. **Doelmatigheid.** Hoewel coherentie geen garantie biedt op het bereiken van juiste resultaten (of zoals Amaya het formuleert, de maatstaf niet altijd 'truth-conducive' is), brengt het streven naar coherentie ons in ieder geval dichterbij een juiste uitkomst. Het bezwaar dat coherentie te vaag is, kan ook worden omgedraaid: het is voldoende flexibel en omvattend om in verschillende contexten en toekomstige gevallen te worden toegepast. Bovendien bieden de in par. 3.2 genoemde aanknopingspunten een duidelijk beeld van hoe coherente rechtspraak eruit moet zien. Weliswaar blijft er een beoordelingsruimte voor de rechter om te bepalen welke eigenschap(pen) van coherentie bij het concipiëren in aanmerking worden genomen en wellicht de doorslag geven, maar dan nog is helder aan welke criteria achteraf kan worden getoetst. Het is daarmee een waardevol middel om via argumentatie een keuze te maken tussen normatieve uitkomsten. Het probleem van circulariteit en tunnelvisie en een mogelijke oplossing daarvoor (Amaya's begrip 'epistemic responsibility') komen hierna nog aan de orde.
3. **Plausibiliteit.** Coherentie is cognitief plausibel, al hangt dat wel af van het gekozen aggregatieniveau. Het lijkt weinig realistisch om aan te nemen dat de hoogste rechter de eenheid van een rechtsorde (globale adjudicatieve coherentie) kan bewerkstelligen, maar dat bezwaar wordt m.i. weggenomen wanneer het gaat om de bevordering van lokale (binnen een specifiek rechtsgebied) of laterale (tussen rechtsgebieden) coherentie.
4. **Representativiteit.** Coherentie biedt de noodzakelijke elementen om de dynamiek van het proces van oordeelsvorming te beschrijven, met inbegrip van de slingerbewegingen ('reflective equilibrium') en het verantwoordelijkheidsgevoel ten aanzien van bestaande rechtspraak ('unfolding narrative') die hiervoor aan de orde zijn gekomen. Ook verhult het niet dat juridische besluitvormers een individuele (politieke) identiteit hebben.

## 5.2 Hoe kan de rechter normatieve coherentie nastreven?

Amaya ziet maximale coherentie als de uitkomst van een besluitvormingsproces dat uit vijf stappen bestaat.

1. **Object vaststellen:** het vaststellen van de ‘base’ ofwel hetgeen coherent moet worden gemaakt. In cassatie betekent dit vermoedelijk het identificeren van de rechtsvraag en het daarop betrekking hebbende juridische kader, in het bijzonder de relevante lagere rechtspraak.
2. **Inventariseren:** het samenstellen van een ‘contrast set’, dat wil zeggen een verzameling plausibele alternatieven. Dit kan bijvoorbeeld rechtsvergelijkend onderzoek inhouden of het inventariseren van opvattingen in de literatuur die (nog) geen geldend recht zijn.
3. **Identificeren:** welke uitkomsten hebben potentie als men coherentie zou willen bevorderen? Amaya bedoelt hiermee dat van alle bekende uitkomsten, een gedeelte wegvalt doordat ze te zeer op zichzelf staan.
4. **Evalueren:** hoe plausibel is een feitelijk relaas (narratieve coherentie) of een rechtsbeginsel, (normatieve coherentie) gegeven de verzameling potentiële uitkomsten?
5. **Selecteren:** het selecteren van de uitkomst die het meest voldoet aan de beperkingen die voortvloeien uit de verschillende soorten coherentie (‘explanatory coherence’ als het gaat om redeneren over feiten, en ‘interpretative coherence’ als het gaat om redeneren over normen).

Stappen (4) en (5) werkt Amaya uit in twee etappes: in de ‘generation stage’ helpt coherentie de verzameling van in aanmerking komende hypotheses te beperken, terwijl het in de ‘selection stage’ evaluatiecriteria biedt om te bepalen welke hypotheses optimale verklarende kracht hebben in relatie tot een set van alternatieve hypotheses. Dit doet denken aan Dworkin’s stappenplan (par. 4.2, slot). Op dit punt wordt het model volgens Amaya geconfronteerd met het zogenoemde ‘problem of underconsideration’. Dit probleem houdt in dat de juiste feitenvaststelling of optimale interpretatie van de rechtsbronnen gelegen zou kunnen zijn in de alternatieven die over het hoofd zijn gezien.

Als oplossing voor dit probleem introduceert zij het interessante concept ‘epistemic responsibility’. Volgens Amaya kan een besluitvormer erop vertrouwen een gerechtvaardigde feitelijke of normatieve conclusie te hebben bereikt, wanneer hij of zij de verzameling alternatieve hypotheses heeft samengesteld in een ‘epistemically responsible way’. Amaya omschrijft dit als ‘a matter of fulfilling a number of epistemic duties and exercising a number of epistemic virtues in the course of legal inquiry and deliberation’, waaronder ‘the duty to seek out more evidence about propositions that are less than certain on one’s evidence and the duty to believe only those propositions that are supported by the evidence one has’, en in verband met de oordeelsvorming, ‘the exercise of virtues such as thoroughness, perseverance in following a line of inquiry, and

openmindedness in collecting and appraising evidence, as well as virtues in the context of legal deliberation such as openness to new alternatives, readiness to consider objections to one's preferred alternative, and the ability to imagine how the different alternatives are likely to affect the parties involved'.<sup>55</sup>

Het concept van 'epistemic responsibility' doet denken aan Wiarda's vergelijkingsmethode, waarbij een rechter probeert een of meerdere gevarieerde maar toch nog vergelijkbare gevallen voor de geest te halen,<sup>56</sup> en aan een openbaar debat in het Vredespaleis in 2010 waarin Geert Corstens, president van de Hoge Raad, heeft bepleit dat rechters zoveel mogelijk afstand moeten nemen van subjectieve inzichten en zich een zekere bescheidenheid moeten aanmeten.<sup>57</sup>

Hoe streng moeten de te stellen eisen zijn om een rechtsoordeel op te leveren dat kwalificeert als 'epistemically responsible'? Amaya maakt dit afhankelijk van contextuele factoren als de rol (functie) van de besluitvormer, de betrokken belangen, methodologische beperkingen (een conclusie van een Advocaat-Generaal vraagt denkkelijk om een andere aanpak dan een arrest van de Hoge Raad), dialectische beperkingen (ik denk hierbij aan de omvang en diepte van het partijdebat), het doel van de gehele exercitie en de beschikbare middelen. Als voorbeeld stelt Amaya dat de strengheid van de eisen voor rechtsvinding toeneemt wanneer 'the costs of being wrong are very high, as in cases that involve serious criminal offenses'.

## 6 Besluit: van consistentie naar coherentie

In dit artikel is gebleken dat coherentie een containerbegrip is dat naar verschillende specifieke eigenschappen verwijst. Het kan betekenen dat de rechtsontwikkeling consistent is en langs een redelijkerwijs voorzienbaar pad verloopt, dat rechtspraak geen normatieve hiaten laat (voort)bestaan, dat beslissingen op elkaar aansluiten en/of voortbouwen op fundamentele beginselen, en dat de gronden van een beslissing expliciet en gemotiveerd zijn.

<sup>55</sup> Amaya 2011, p. 316.

<sup>56</sup> G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 132 e.v.

<sup>57</sup> B. Schlink, G. Corstens, *Objectieve wetgeving en subjectieve rechters*, Amsterdam: Uitgeverij Cossee B.V. 2011.

Ik zou ervoor willen pleiten rechtseenheid niet langer als een synoniem voor consistentie of voor één van de andere eigenschappen van coherentie te gebruiken, maar voortaan als normatieve coherentie te verstaan. Rechtseenheid is dan geen binaire waarde (eenheid/geen eenheid) maar een punt in een multi-dimensionale ruimte, waarbij de assen voor de verschillende eigenschappen van coherentie staan. Als gezegd zou dit discussies over rechtseenheid kunnen verrijken en scherper kunnen stellen. Het geeft meer inzicht in de complexiteit van de overwegingen die schuil gaan achter een keuze van de cassatierechter om in verband met de rechtseenheid op te treden en hoe dat vervolgens wordt vormgegeven. Ook werpt het nieuw licht op de benadering van de Hoge Raad in 'repeat cases'. Als voorbeeld hiervan noemde ik de (kantonrechters) formules in zaken over kennelijk onredelijk ontslag. De benadering van de Hoge Raad leidt eerder tot het bewerkstelligen van ware rechtseenheid dan een benadering waarin alléén de voorspelbaarheid van uitkomsten centraal staat. Wellicht kan dit inzicht ertoe bijdragen dat de suggestie van de Hoge Raad aan de feitenrechters om te bezien hoe uniformering mét redengeving kan worden bereikt, op vruchtbare bodem valt.

Amaya's model van 'optimal coherence' biedt een bruikbaar theoretisch raamwerk voor de analyse van de bevordering van rechtseenheid dat tegemoetkomt aan de kanttekeningen die tegen normatieve coherentie zijn aangevoerd. Het model is cognitief plausibel, beschrijft het proces van de bevordering van rechtseenheid en houdt rekening met de heuristiek van juridische besluitvormers. Bovendien denk ik dat het concept van 'epistemic responsibility' een treffende uitdrukking vormt van de wijze waarop degenen die bij de totstandkoming van cassatierechtspraak betrokken zijn, zich van hun taken proberen te kwijten.

Het bevorderen van rechtseenheid is een complexe operatie. In de toekomst zal die complexiteit verder toenemen. Meer elementen zullen op coherente wijze in de rechtsorde geïntegreerd moeten worden, en die elementen zullen vaker uiteenlopen.<sup>58</sup> Dat zal de rechterlijke cognities op de proef stellen. Wellicht zal dit leiden tot een behoefte aan de ondersteuning door informatietechnologie. Dezelfde algoritmes die thans worden gebruikt om de arts bij de anamnese bij te staan zouden de rechter in de toekomst kunnen voorzien van relevant

---

58 A.W.H. Meij, 'Circles of Coherence: on unity of case-law in the context of globalization', *European Constitutional Law Review* 2010 (6), p. 90.



juridisch materiaal en beslissingsmogelijkheden.<sup>59</sup> Maar het kan ook leiden tot meer fundamentele veranderingen van de rechtspraak, zoals het verlaten van een hiërarchische structuur voor een netwerkstructuur waarin rechters zelf bepalen of en wanneer zij hun beslisgedrag afstemmen.<sup>60</sup> Hoe dit ook zij, de rol van de Hoge Raad in onze gefragmenteerde rechtsorde is thans niet uitgespeeld, maar juist verzwaaard. Nadere gedachtevorming over rechtseenheid en de wijze waarop zij feitelijk wordt teweeggebracht zal de Hoge Raad en de feitenrechtspraak nader voor deze uitdagingen kunnen equiperen. Daadwerkelijke rechtseenheid vereist immers meer dan consistentie. Het vereist coherentie.

---

59 Hiermee wil ik overigens niet pleiten voor rechtspraak door computers, maar voor het gebruik van 'beslissingsondersteunende en expertsystemen'. Zie hierover o.m. H. Franken, 'Juridisch theoretische achtergronden', *Recht en computer*, Deventer: Kluwer 2004, p. 35 e.v.

60 S. Johnson, *Future Perfect: The Case For Progress In A Networked Age*, London: Penguin Books Ltd. 2012.