

Commentaar op het preadvies van J.B.M. Vranken¹

J.M. Smits*

Het bovenstaande preadvies biedt een inspirerende en uitdagende visie op de huidige stand van rechterlijke oordeelsvorming en wetenschappelijke activiteit in het privaatrecht. Kort samengevat, is de huidige situatie dat recht door wetenschapper en rechter grotendeels wordt gepresenteerd als conceptueel-analytisch en technisch van aard, hoewel zij beiden weten dat dit niet waar is. De beschrijving in het preadvies van dit zelf-referentiële privaatrecht is zeer overtuigend. Bij lezing moest ik meermalen denken aan het 'Pragmatism' zoals verwoord door Richard Posner.² Posner spreekt van 'debunking the pipeline to the truth' en propageert een benadering van het recht die geïnteresseerd is in wat *werkt* en niet in wat *is*. 'Pragmatism' is, in de woorden van Posner, 'practical, instrumental, forward-looking, activist, empirical, sceptical, anti-dogmatic, experimental'.³ Ik heb de indruk dat ook de preadviseur die weg wil gaan.

Op twee punten wil ik graag reageren. Het preadvies handelt vooral over de *huidige* situatie. Dat roept eerst de vraag op waarom de huidige situatie is zoals die is. Vervolgens is de vraag hoe deze in de toekomst achter ons kan worden gelaten. Ik denk dat het verstandig is om daarbij, meer dan in het preadvies gebeurt, te onderscheiden tussen de rechtspraktijk en de rechtswetenschap.

De eerste vraag is die naar het *waarom* van verhullend argumenteren. De preadviseur geeft daarvoor vier redenen: het regelkarakter van het privaatrecht, het bestaan van een codificatie, het aansluiten bij de belangenafweging die in de regel is neergelegd en de wens nieuwe oplossingen in te passen in het rechtssysteem. Voor mij is vooral de derde reden belangrijk: anders dan in de common law zijn in Nederland de belangenafwegingen al

* Hoogleraar Europees privaatrecht aan de Universiteit Maastricht.

1 Dit commentaar volgt zoveel mogelijk de tekst van mijn mondeling co-referaat op de vergadering van de Vereniging voor Wijsbegeerte van het Recht op 12 december 2003.

2 Zie vooral zijn *Overcoming Law*, Cambridge Mass. 1995.

3 *Overcoming Law*, p. 4 e.v.

voorgedacht door de wetgever. Het komt mij voor dat deze redenen vooral verklaren waarom in de rechtspraktijk (met name in de rechterlijke oordeelsvorming) verhullend wordt geargumenteed. Een verklaring waarom dit ook in de *rechtswetenschap* zo is, bieden deze redenen echter in veel mindere mate. Juist rechtsgeleerden zijn in staat om nieuwe argumenten te beproeven, daarbij empirisch materiaal te betrekken en niet gehinderd door bestaande regels of codificaties nieuwe wegen in te slaan. Toch gebeurt dit veel te weinig. Wellicht dat de toenemende aandacht voor rechtsvergelijking een stap in de goede richting is, maar dan moet die rechtsvergelijking wel op de juiste wijze worden beoefend: met blootleggen van de argumenten waarom een regel is zoals die is. Ook in de rechtsvergelijking bestaat het risico dat enkel op het niveau van regels wordt vergeleken, zonder aandacht voor achterliggende waarden.⁴

Overigens kan zich nog een ander risico voordoen indien de rechtswetenschap meer aandacht gaat besteden aan alternatieve wegen naar een juist resultaat zonder zich al te veel te bekommeren om het positieve recht. Dat risico heeft zich deels verwezenlijkt in de Verenigde Staten: daar staat het academisch debat (en ook het rechtsonderwijs) vaak mijlenver af van de rechtspraktijk. Dat is hevig bekritiseerd.⁵

De tweede vraag is of, gegeven de geschetste redenen voor verhullend argumenteren, het ook anders zal gaan. In het preadvies wordt op zijn minst impliciet gesuggereerd dat dit gewenst is. De rechtspraktijk zal zich echter maar zeer langzaam kunnen instellen op een veranderde wijze van denken. Partijen en hun advocaten zullen het niet aandurven om het debat op een andere manier te voeren dan via de juridisch-technische vragen. En lagere rechters zullen zich gebonden voelen door de wijze waarop de Hoge Raad recht doet. Zo bezien zou de Hoge Raad een voortrekkersrol moeten vervullen. Maar de kans daarop lijkt mij klein. In de tekst van het preadvies die ter vergadering is besproken, worden de twee oud-presidenten van de Hoge Raad Haak en Martens geciteerd. Zij hebben allebei gezegd dat de Hoge Raad er primair voor de partijen is en niet in de eerste plaats voor de rechtsvorming. Met een dergelijke houding zal er weinig veranderen aan de huidige praktijk.

Wat de wetenschapsbeoefening aangaat, is er recent (weer) een pleidooi gehouden voor meer aandacht voor methodologie en empirische gegevens in de rechtswetenschap.⁶ Dat pleidooi moet van harte worden ondersteund. Maar dat te bewerkstelligen is verre van eenvoudig. Empirische gegevens

4 Helaas zijn de Principles of European Contract Law daar een goed voorbeeld van.

5 Zie ook J.M. Smits, 'A brooding omnipresence in the sky', WPNR 6207 (1996), p. 44 e.v.

6 Zie bijvoorbeeld G. De Geest, Hoe maken we van de rechtswetenschap een volwaardige wetenschap?, NJB 2004, p. 58-66.

zullen altijd eerst door een juridische zeef moeten voordat ze van nut kunnen zijn voor juridische oordeelsvorming. Vaak ook wijzen empirische gegevens in verschillende richtingen.

Uiteindelijk is de vraag hoe ver wij willen gaan met een rol laten spelen van andere dan juridische argumenten bij het vormgeven van juridische oordelen. In hoeverre is recht meer dan politiek, retoriek of economie? Een groot deel van de negentiende-eeuwse rechtswetenschap is er op gericht geweest te bewijzen dat het recht een autonoom geheel is. Hier keren wij terug tot Richard Posner en het debat tussen formalisten en realisten. Tegenover Posner heeft Weinrib⁷ met kracht van argumenten verdedigd dat privaatrecht nu juist wél een autonome en niet-instrumentele discipline is met een eigen rationaliteit. De grote verdienste van Vrankens preadvies is zijn bijdrage aan het opnieuw openen van het debat over de juiste grens tussen recht als geheel autonome discipline en recht als instrument.

7 Ernest J. Weinrib, *The Idea of Private Law*, Cambridge Mass. 1995.