

Wetenschappelijke rechtsgeleerdheid

Commentaar op het preadvies van Carel Smith*

Arend Soeteman

1 Inleiding

Carel Smith heeft een mooi preadvies geschreven. Met veel ervan kan van harte ingestemd worden. Maar niet met alles. Ik wil beginnen met een aantal opmerkingen over de is-ought-problematiek. Smith wijdt het grootste deel van zijn preadvies aan de stelling dat rechtsgeleerdheid normatief is. Ik denk dat hij daarin gelijk heeft. Maar de vraag is vervolgens of dit niet aan de wetenschappelijkheid van deze geleerdheid in de weg staat. Ik denk dat bij de hermeneutische invulling van juridische kennis in de betekenis die Smith hieraan geeft dit inderdaad het geval is. Die houdt namelijk in dat er, althans in moeilijke gevallen, geen ware of juiste betekenissen van gezaghebbende teksten zouden bestaan.

Zelf zou ik die hermeneutiek anders willen invullen, waardoor de (door Smith niet-bedoelde) consequentie dat rechtsgeleerdheid eigenlijk niet wetenschappelijk kan zijn, althans dat ze in moeilijke gevallen geen ware of juiste uitspraken kan doen, verdwijnt. Een verwant punt, waar de laatste paragrafen van het preadvies van Smith aandacht aan besteden en dat eveneens de wetenschappelijkheid van rechtsgeleerdheid enigszins onder verdenking plaatst, is dat rechtsgeleerden van mening kunnen verschillen, zonder dat definitief uit te maken valt wie (on)gelijk heeft. Ik denk dat Smiths reactie op dit probleem onvoldoende is. Maar ook dat heeft te maken met zijn invulling van rechtsgeleerde hermeneutiek.

2 'Is' en 'ought'

Empirische wetenschappen hebben voor velen het aureool van echte wetenschap. Het is daarom te begrijpen dat er altijd juristen zijn geweest die kennis van het recht op een of andere manier probeerden te modelleren naar het voorbeeld van de hardere wetenschappen. Een recent voorbeeld is Hendrik Gommer, die in het *NJB* verdedigde dat rechtsnormen de uitkomst zijn van natuurlijke selectie: Darwin heeft het allemaal al laten zien.¹ Een paar nummers van hetzelfde *NJB* later klimt een andere Hendrik, Hendrik Kaptein, in de pen om uit te leggen dat de eerste Hendrik dit volledig fout ziet.² Maar voor de rechtsgeleerde is niet de grote vraag of de eerste Hendrik gelijk heeft of niet. Want wat het antwoord hierop ook is, het gaat hier om

* De auteur wenst Anne Ruth Mackor te bedanken voor haar commentaar bij een eerdere versie van het preadvies van Carel Smith: dat was nuttig voor de auteur.

1 Hendrik Gommer, "Normen als uitkomst van natuurlijke selectie", *NJB* (2009/21): 1327 e.v.

2 Hendrik Kaptein, "Gommers natuurrechtsleer: no new fable of the bees", *NJB* (2009/27): 1734 e.v., met naschrift van Gommer op 1736 e.v.

leunstoelfilosofie die voor de rechtsgeleerdheid irrelevant is. De rechtsgeleerde zit voor vragen als hoe hij de door Smith aan de orde gestelde casus van baby Kelly (zie hierna) moet oplossen. Zijn vraag is niet: hoe kunnen we onze normen verklaren? Zijn vraag is: wat moeten we doen? Zelfs als onze rechtsnormen volledig door natuurlijke selectie bepaald zouden zijn, helpt die wetenschap onze rechtsgeleerde niet bij het beantwoorden van deze vraag.

Minder onschuldig zou het worden wanneer we hier *is* en *ought* gaan vermengen. Darwinisme kan zich ontwikkelen tot een normatieve filosofie: zo gaat het, maar zo hoort het ook te gaan. Of Gommer zich hieraan schuldig maakt, is niet helemaal duidelijk, maar hij suggereert het soms wel.³

Smith geeft de nodige aandacht aan De Geest, die meent dat ook rechters en rechtsgeleerden zich schuldig maken aan de vermenging van *is* en *ought*. Nieuw recht camoufleren ze als bestaand recht.⁴ De Geest onderbouwt zijn stelling niet empirisch, zegt Smith, maar ik denk desondanks dat hij dit scherp en juist ziet. Alleen zou ik hier niet zijn negatieve kwalificatie aan willen verbinden.

Rechtsgeleerden maken zich immers, als het goed is, niet echt schuldig aan wat bekend staat als de '*naturalistic fallacy*': het afleiden van *ought* uit *is*.⁵ Wat ze wel doen is: gezaghebbende bronnen (wetteksten, arresten en wat dies meer zij) op de best mogelijke manier interpreteren. Daarin zit een feitelijk bestanddeel: wat staat er in de bronnen? Maar er is ook een interpretatief of constructief bestanddeel: welke betekenis moeten we geven aan wat in die bronnen staat?

3 Geleerde fouten

Dit kan uiteraard misgaan. Het gaat mis wanneer men de interpretatieve kant vergeet en denkt uit de letter of uit de geschiedenis van de wet of uit welke andere feitelijkheid dan ook direct te kunnen afleiden wat de normatieve betekenis is van de te interpreteren tekst. Een recent voorbeeld daarvan heb ik in mijn afscheidsrede besproken:⁶ HR 10 maart 2009. Het ging hierin om een man uit Valkenswaard die in november 2004, net na de moord op Theo van Gogh, een poster voor zijn raam had gehangen waarop onder meer te lezen stond: "Stop het gezwel dat Islam heet." De Hoge Raad gaf in dit arrest een beperkte uitleg aan het in artikel 137c Wetboek van Strafrecht (Sr) strafbaar gestelde zich beledigend uitlaten "over een groep mensen wegens hun godsdienst". Het zich beledigend uitlaten over een godsdienst viel hier niet onder, ook niet indien dit zou geschieden op zo'n wijze dat de aanhangers van die godsdienst daardoor in hun godsdienstige gevoelens worden gekrenkt. Daarmee maakte de Hoge Raad een onderscheid dat een paar maanden eerder door

3 Zie bijv. *NJB* (2009/21): 1331: "Via onze genen (...) waarderen we het doden van een groepsgenoot als 'slecht'. Deze morele waardering is daarmee in feite een biologische waardering (...)."

4 Gerrit de Geest, "Hoe maken we van rechtswetenschap een volwaardige wetenschap?", *NJB* (2004/2): 65.

5 Term en begrip zijn afkomstig van G.E. Moore, *Principia Ethica* (Cambridge: Cambridge University Press, 1903).

6 A. Soeteman, *Rechtsgeleerde waarheid* (Amsterdam: Vrije Universiteit, 2009), 16-19. Ook op <www.rechten.vu.nl/Images/Rechtsgeleerde%20waarheid_tcm22-84651.pdf>.

Arend Soeteman

Hof Amsterdam, toen dat het Openbaar Ministerie beval Wilders te vervolgen o.a. wegens overtreding van ditzelfde artikel 137c Sr, als ‘gekunsteld’ terzijde werd geschoven (Hof Amsterdam 21 januari 2009). Ik denk dat de Hoge Raad hier het gelijk aan zijn zijde heeft,⁷ maar dit gelijk wordt in het arrest alleen onderbouwd met een beroep op de wetsgeschiedenis van artikel 137c Sr. Waarom de wetsgeschiedenis (een *is*) hier kan leiden tot deze norm (een *ought*) wordt niet uitgelegd. Wanneer er een erkende norm zou zijn: *De bedoeling van de wetgever zoals die blijkt uit de wetsgeschiedenis moet door de rechters altijd worden gevolgd*, dan zou hier geen probleem zijn. Maar zo’n norm bestaat niet. Iedere jurist weet dat de wetsgeschiedenis wel gezag kan hebben, maar dat dit gezag lang niet altijd doorslaggevend is. Dus zou de Hoge Raad moeten uitleggen waarom in dit geval de wetsgeschiedenis wel gevolgd zou horen te worden. Pas dan volgt een *ought* uit (een *is* en) een ander *ought*.

Aan dergelijke fouten maken juristen zich wel eens schuldig. Dat kan allerlei oorzaken hebben. Domheid en slecht begrip van het recht kunnen oorzaak zijn (maar uiteraard niet bij de Hoge Raad). Onvermogen om het met elkaar eens te worden over een betere redenering is een mogelijke andere oorzaak.⁸

4 Hermeneutiek

De Geest vindt dat rechters en rechtsgeleerden normen en feiten beter van elkaar zouden moeten scheiden. Rechtsgeleerden en ook rechters zouden duidelijk moeten onderscheiden tussen de zenderbetekenis van een tekst en hun eigen visie op optimaal recht. Er is, meent hij, niets mis met rechterlijke rechtsvorming, maar rechters moeten dan niet net doen alsof hun nieuwe vorming al in de bestaande wet staat.⁹

Dit vooronderstelt dat deze zenderbetekenis zich (vaak) ondubbelzinnig laat vaststellen. Maar dat is niet het geval. Je hoeft niet met alle geweld zo ver te gaan als Ronald Dworkin, die in *Law’s Empire* zegt dat constructieve interpretatie “is a matter of imposing purpose on an object or practice in order to make of it the best possible example of the form or genre to which it is taken to belong”.¹⁰ Ook als de lezer het gezag van een tekst erkent en probeert het doel (wat daaronder ook verstaan moge worden) van de tekst te respecteren, neemt dat niet weg dat hij met zijn eigen vragen de tekst leest. Smith maakt op heldere wijze duidelijk dat het onmogelijk is een min of meer eenduidige zenderbetekenis te onderscheiden, waarin de vragen van de lezer van de tekst en de verwachtingen die hij erover heeft¹¹ geen rol spelen (zie vooral zijn voorbeeld in par. 3 over het verbod van de slager om honden mee te nemen in

7 Zie ook de kritiek van Hans Nieuwenhuis op de beschikking van het Amsterdamse Hof in: Hans Nieuwenhuis, *Brief aan een jonge academisch gevormde vrouw*, (Zutphen: Paris, 2009), 126-128.

8 In mijn afscheidsrede heb ik gepleit voor invoering van het systeem van *dissenting opinions*: publieke discussie tussen de raadsheren maakt het minder waarschijnlijk dat men met slordige en onvolledige motiveringen volstaat.

9 De Geest, “Hoe maken we van rechtswetenschap een volwaardige wetenschap?”, 62-63.

10 Ronald Dworkin, *Law’s Empire* (Cambridge: Harvard University Press, 1986), 52.

11 En wat er verder maar tot het ‘Vorverständnis’ kan behoren: zie Josef Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung* (Frankfurt am Main: Athenäum Verlag, 1970).

zijn zaak). Hoe mooi dat ook zou zijn vanuit een ‘harde wetenschap’, het hermeneutisch perspectief laat zich niet weg theoretiseren.

5 Normatieve rechtsgeleerdheid

Rechtsgeleerden stellen niet alleen vast, hun vaststellingen zijn tevens normatieve uitspraken: zoals zij het recht interpreteren, hoort het (volgens hen) geïnterpreteerd te worden. Een filosoof kan vervolgens wel beweren dat dit wetenschappelijk gesproken onzinnig is, maar dat is net zoiets als tegen voetballers zeggen dat het toch een beetje dom is dat zij hun handen niet gebruiken: deze filosoof speelt een ander spel. Het rechtsgeleerde spel voldoet niet aan empirische maatstaven. Maar dat betekent niet dat het niet tot zinnige resultaten zou kunnen leiden. Wie dan desondanks de rechtsgeleerdheid op het procrustesbed van de maatstaven van empirische wetenschappen blijft leggen, zet zichzelf – om in voetbaltermen te blijven spreken – buitenspel.

Wanneer we zeggen dat rechtsgeleerdheid normatief is, kunnen we minstens drie verschillende dingen bedoelen: 1. de rechtsgeleerde activiteit is normatief geladen, dat wil zeggen in de vaststelling van rechtsnormen speelt zowel beschrijving als waardering mee (vorige paragraaf),¹² 2. de rechtsgeleerde activiteit probeert de meest juiste interpretatie aan het bestaande recht te geven (die dan ook door anderen erkend zou horen te worden), en 3. het object van de rechtsgeleerdheid zelf bestaat uit normen die tot geldend recht behoren.

Het derde punt is onomstreden. Met betrekking tot het eerste punt verschillen Smith en andere ‘hermeneutici’ (waaronder ikzelf) van mening met juristen die het empirisch wetenschapsmodel als maatstaf voor de rechtsgeleerdheid nemen en van klassieke rechtspositivisten (als Kelsen, Hart, Raz, bij ons Brouwer), die menen dat de vaststelling van de betekenis van positieve rechtsnormen in principe een waardevrije aangelegenheid is en dat waar een constateerbare betekenis van deze rechtsnormen ontbreekt een rechter gebruik moet maken van zijn discretionaire bevoegdheid om recht te vormen.¹³ Ook deze ‘hermeneutici’ menen dat wanneer rechtsgeleerden willen vaststellen hoe het geldend recht luidt, zij beginnen met een aantal gezaghebbende teksten: zij lezen de wet, nemen kennis van de relevante rechtspraak, nemen kennis van commentaren van andere rechtsgeleerden, enzovoort (ik

12 Ik gebruik de term ‘normatief’ hier in ruime zin, waarin ook evaluatieve rechtsoordelen normatief zijn. Andere normen (waarden, principes) dan de te interpreteren rechtsworm worden dan gebruikt om te helpen vaststellen wat de betekenis is van die rechtsworm. Zoals bekend, is het een klassiek discussiepunt binnen de rechtstheorie in hoeverre morele normen relevant zijn voor de interpretatie van rechtswormen.

13 Het is hier niet de plaats om dit na te gaan, maar het lijkt mij duidelijk dat de rechtspositivisten zich lang niet altijd door het empirisch wetenschapsideaal hebben laten leiden.

ga er hier aan voorbij dat niet iedere tekst hierbij formeel dezelfde status heeft).¹⁴ Maar zij menen ook dat interpreteren meer is dan lezen van deze gezaghebbende teksten.

Het tweede punt verdient enige nuancering. In de eerste plaats hebben rechtsgeleerden, anders dan rechters en nog meer anders dan wetgevers, geen formeel gezag: zij moeten maar afwachten of wat zij als geldend recht presenteren ook in de praktijk op dezelfde manier begrepen zal worden. In de tweede plaats doen rechtsgeleerden ook nog wel eens iets anders dan geldend recht interpreteren. Ze kunnen bijvoorbeeld ook voorstellen ontwikkelen voor nieuw recht, waarbij duidelijk is dat de grens tussen de beste interpretatie van het bestaande recht en het nieuw te vormen recht niet altijd duidelijk is.

Met name in betekenis 1 en betekenis 2 van ‘normatief’ is de wetenschappelijkheid van de rechtsgeleerdheid enigszins verdacht. In betekenis 1 omdat rechtsgeleerdheid daar normatief geladen is, hetgeen betekent dat altijd betwistbare en moeilijk verifieerbare waardeoordelen van de wetenschapper meespelen in wat als geldend recht wordt vastgesteld. Dat doet afbreuk aan de objectiviteit die vaak als wetenschappelijke norm wordt gezien. In betekenis 2 omdat wetenschap geacht wordt op zoek te zijn naar kennis van de werkelijkheid: wetenschap zoekt uit hoe het is, niet hoe het moet zijn. Wat rechtsgeleerdheid betreft, zou dit betekenen dat een echt wetenschappelijke rechtsgeleerdheid beschrijft welke rechtsnormen bestaan of gelden, niet welke rechtsnormen volgens de geleerden zouden moeten gelden of welke betekenis volgens hen aan bestaande normen toegekend zou horen te worden. Hans Kelsen vond bijvoorbeeld dat onze wetenschap zich tot dergelijke beschrijving zou dienen te beperken, omdat zij anders zich ten onrechte met wetenschappelijke vanen tooit. De praktijk van de rechtsgeleerdheid heeft zich van een dergelijk voorschrift nooit iets aangetrokken.¹⁵

6 Het juiste juridische antwoord?

Ik begin nu met het tweede bezwaar. Wetenschap, zegt men vaak, is op zoek naar waarheid. Dat wil natuurlijk niet, omgekeerd, zeggen dat wie zoekt naar waarheid wetenschapper is: niet iedere rechercheur zal zich wetenschapper willen noemen. Maar iets als het zoeken naar waarheid lijkt wel een noodzakelijke voorwaarde van wetenschap.

14 In een recente publicatie *RM Themis* heeft Smith gezegd dat ik grammaticale interpretatie niet van belang vind voor de legitimatie van juridische oordelen: zie C.E.Smith, “Het woord als grenswachter: functies van taalkundige interpretatie voor de rechtsvinding”, *RM Themis* 170 (2009/2): 61. Dat is evenwel een misverstand. In de rechtvaardiging van juridische oordelen spelen de bewoordingen van gezaghebbende teksten altijd een rol. Wat ik eerder gezegd had, was dat daar waar de woordbetekenissen onduidelijk zijn of waar de vraag rijst of achterliggende waarden en beginselen een afwijking van de grammaticale betekenis rechtvaardigen, dus in wat bekend staat als moeilijke gevallen, een beroep op de letter tekort door de bocht is. Zie hiervoor par. 3.

15 Dat zou natuurlijk kunnen zijn omdat rechtsgeleerden te stom zijn om te begrijpen dat ze met gebakken lucht bezig zijn of omdat ze de zaak massaal bedriegen (*pia fraus*). Maar zolang hier geen argumenten voor worden aangevoerd, lijken dergelijke veronderstellingen niet erg plausibel.

Geconfronteerd met een dergelijke stelling kunnen rechtsgeleerden die de wetenschappelijkheid van hun vak willen handhaven op twee manieren reageren, die overigens beide op hetzelfde neerkomen. Ze kunnen stellen dat ook zij op zoek zijn naar waarheden, zij het dat het bij hen niet gaat om empirische waarheden. Of ze kunnen proberen de waarheidsclaim van wetenschappen te liberaliseren. Het gaat om rationele probleemoplossing, zo heb ik bijvoorbeeld zelf een kleine dertig jaar geleden samen met Doede Nauta beweerd.¹⁶

Op het ogenblik ben ik meer geneigd de eerste weg te kiezen.¹⁷ Maar welke weg men kiest, is vooral een kwestie van terminologie en maakt daarom niet zo heel erg veel uit. Eén zaak is echter wel van belang: men is op zoek naar rationeel verdedigbare antwoorden op bepaalde vragen.

De vraag is bijvoorbeeld wat het rechtens juiste antwoord is op de vraag die de Hoge Raad namens baby Kelly werd voorgelegd in het Wrongful Life-arrest: heeft de zwaar gehandicapte baby Kelly een recht op schadevergoeding omdat haar geboorte het gevolg is van een medische fout? Let wel: als de medische fout niet gemaakt zou zijn, zou baby Kelly in een vroeg stadium geaborteerd zijn en had zij dus helemaal niet bestaan.

Nu deelt Smith mee dat volgens Stolker er maar liefst negen verschillende antwoorden op deze vraag zijn (zie par. 6, noot 73). De vraag is dan vervolgens hoe we uit al die antwoorden het beste antwoord kunnen kiezen. Daarover wordt gedebatteerd door rechtsgeleerden. Sommigen menen dat de claim van baby Kelly afgewezen moet worden, omdat menselijk leven geen schadepost kan zijn. Anderen verdedigen dat we de schade waarvoor de arts aansprakelijk is, kunnen berekenen door baby Kelly te vergelijken met een gezonde baby. Weer anderen menen dat dit niet kan, omdat als de fout niet gemaakt zou zijn er niet een gezonde Kelly was geboren, maar helemaal geen Kelly. Zij menen dat de negatieve waarde van het leven van Kelly de schade is.

Het is hier niet de plaats om deze casus uitvoerig te analyseren.¹⁸ Waar het mij om gaat, is dat de keuze uit de verschillende mogelijke antwoorden steeds met argumenten onderbouwd wordt. Dat hoort ook zo. Anders wordt het recht een loterij. Dat is het misschien toch al in de beleving van nogal wat justitiabelen en juristen, maar dat willen we niet bevorderen: juristen plegen hun standpunten te onderbouwen.

Ik heb enerzijds niet het vermoeden dat Smith hier anders over denkt. Maar anderzijds zit hier wel een probleem. Als gezegd verzamelt Smith degenen die de claim afwijzen dat het model van de empirische wetenschappen voor alle wetenschappen zou gelden onder de titel *hermeneutici*. Hij vervolgt: “De opvatting dat de wet een betekenis ‘heeft’ die door juristen kan worden ‘vastgesteld’, wordt door hen verworpen (...) Zij betwisten dat kan worden gesproken van één juiste of ware betekenis

16 D. Nauta en A. Soeteman, “Logica in de juridische opleiding”, *NJB* (1982): 723-733.

17 Maar het kan hierbij uiteraard niet gaan om een Thomistisch waarheidsbegrip als ‘adaequatio intellectus et rei’. Juridische waarheid is constructivistisch. Het gaat echter niet om mogelijke constructies: het gaat om de best mogelijke constructie. Zie het vervolg van mijn tekst.

18 Zie hierover het proefschrift van Britta van Beers, *Persoon en lichaam in het recht. Menselijke waardigheid en zelfbeschikking in het tijdperk van de medische biotechnologie* (diss. VU) (Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2009), 289 e.v.

van (wet)teksten” (par. 2, na noot 10). Met andere woorden: hermeneutici laten de claim van waarheid (of juistheid) vallen. Dan is het echter de vraag of wat rest veel meer is dan het uiten van subjectieve meningen: de ene mening is even goed als de andere, over smaak valt niet te twisten.¹⁹

Nu is de mededeling van Smith feitelijk onjuist. Ronald Dworkin bijvoorbeeld, ongetwijfeld een hermeneuticus volgens de definitie van Smith, is berucht geworden door de ‘one right answer-thesis’: de stelling dat er voor elk juridisch probleem altijd één juist antwoord is.²⁰

Deze stelling van Dworkin is omstreden. Maar de vraag of zij juist is, dient voorafgegaan te worden door de vraag wat zij betekent. Laat ik uitleggen wat ik eronder versta. Ik denk dat mijn uitleg aardig overeenkomt met wat Dworkin zelf bedoelt, maar het gaat mij hier niet om interpretatie van Dworkin, maar om de zaak zelf.

Een antwoord is juist, meen ik, wanneer het het best verdedigbare antwoord is uit de verschillende denkbare alternatieven. Dat is alles, meer niet. Het juiste antwoord kan zeer omstreden zijn. Tegenspraak is altijd mogelijk. Ieder inzicht in een juist antwoord kan door een ander als vergissing gezien worden. Ook zelf kan ik in de gaten krijgen dat ik me gisteren vergist heb en verkeerde antwoorden als juist gepresenteerd heb. Wanneer ik in het krijt tred voor de stelling van het juiste antwoord, dan impliceert dat ook geen ontologische claims.²¹ Het impliceert zelfs geen claims over gedeelde criteria. Het impliceert wel dat er criteria zijn die anderen volgens mij zouden horen te delen. En het impliceert dat iedere jurist die een antwoord probeert te vinden op een of andere juridische vraag op zoek gaat naar het antwoord dat, gegeven alle relevante argumenten, naar zijn idee het best aanvaardbaar is. Bovendien: die zoektocht kan succes hebben.

De juistheid van een antwoord is altijd contextgebonden. In andere omstandigheden kunnen er andere relevante argumenten zijn die tot een andere conclusie leiden.

- 19 Het is mogelijk dat Smith ‘één juiste of ware betekenis’ anders interpreteert dan ik doe. Mijn interpretatie volgt in de tekst. Maar hij zou bijv. kunnen menen dat een juiste of ware betekenis een betekenis is die onder alle omstandigheden dezelfde is en die dan ook door alle verstandige juristen onderschreven wordt (ik verzin hier maar iets: ik kan zelf geen plausibele andere interpretatie bedenken). Bij zo’n interpretatie zou ik het met hem eens zijn dat er geen ‘juiste of ware betekenis’ bestaat. Ons meningsverschil is dan enkel verbaal. Maar Smith maakt niet duidelijk waar rechtsoordelen dan wel op uit zijn, als het niet op juistheid of waarheid is. Zo lang hij dat punt laat liggen, blijven juridische oordelen in de lucht zweven, zit er daarom een gat in zijn theorie en is er dus meer aan de hand dan wat terminologische haarkloverij.
- 20 De stelling is door het hele werk van Dworkin te vinden, vaak impliciet, maar soms ook heel expliciet. Bijvoorbeeld in het opstel “No Right Answer?”, in *Law, Morality and Society, Essays in Honour of H.L.A.Hart*, eds. P.M.S.Hacker & J.Raz (Oxford: Clarendon Press, 1977), 58 e.v.
- 21 Wibren van der Burg denkt dat ik soms, met name in mijn *Machtig recht* (Alphen aan den Rijn: H.D.Tjeenk Willink, 1986), me aan dergelijke ontologische claims schuldig maak. Ik zeg daar namelijk dat het juiste antwoord *bestaat* (cursivering van Wibren van der Burg). Hij stelt dit tegenover de constructivistische methode van Dworkin, die ik in andere publicaties, met name in mijn ook uit 1986 stammende oratie *Praktische rechtsfilosofie* (Zwolle: W.E.J.Tjeenk Willink, 1986) volg. Misschien heb ik mij in de eerstgenoemde publicatie niet erg gelukkig uitgedrukt, maar ik heb altijd een constructivistische interpretatie bedoeld. Zie het overigens heel mooie opstel van Wibren van der Burg, “Debatten rond neutraliteit”, in *De grenzen van het goede leven, Rechtsgeleerde opstellen aangeboden aan prof. mr. A. Soeteman*, red. O. Tans, W.Veraart, A.J. Wolthuis en J. Zwart, (Nijmegen: Ars Aequi, 2009), 102, nr. 18.

Maar dat neemt niet weg dat in mijn opvatting, anders dan in de opvatting van Smith, de wet wel degelijk een betekenis heeft die door juristen kan worden vastgesteld. Sterker: het is bij uitstek de taak van juristen die betekenis vast te stellen. De stelling van het ene juiste antwoord is van belang in het kader van ons onderwerp: de wetenschappelijkheid van de rechtsgeleerdheid. Wanneer juristen de stelling loslaten (zoals ze in werkelijkheid nooit doen, maar wel in menige theorie), dan betekent dit dat zij menen dat verschillende antwoorden even goed verdedigbaar zijn of in ieder geval dat in moeilijke zaken niet valt uit te maken welk van deze antwoorden het juiste is. Daarmee verliezen deze antwoorden op de aan de orde zijnde juridische vraag hun legitimiteit. Voor zover Stolkers negen oplossingen van het *wrongful life*-probleem allemaal even goed verdedigbaar zijn, zijn ze allemaal even goed of even slecht. De stelling van het juiste antwoord houdt hiertegenover in dat we op basis van argumenten aan een van die oplossingen de voorkeur menen te moeten geven.

In het algemeen geldt dat iedere discussie tussen mensen impliceert dat de discussiepartners van mening zijn dat er een juist antwoord is. Voor zover ze deze werkhypothese laten varen, is er geen discussie meer, hoogstens een uitwisseling van willekeurige oordelen.²²

De conclusie hieruit is, dat Smith er beter aan zou doen de stelling van het ene juiste antwoord niet op de schroothoop te plaatsen: haar verwerping ondermijnt zijn claim over de wetenschappelijkheid van de rechtsgeleerdheid.

7 Normatieve geladenheid van rechtsgeleerde oordelen

Als gezegd, sluit de stelling van het ene juiste antwoord fundamentele meningsverschillen tussen capabele juristen niet uit. Dat roept een nieuw probleem op voor de wetenschappelijkheid van de rechtsgeleerdheid: de conclusies die juristen trekken, zijn niet objectief controleerbaar: twee juristen, drie meningen. Over bepaalde criteria zullen betrokkenen het vaak min of meer eens zijn. Maar in moeilijke gevallen zijn die criteria onvoldoende om tot een eenduidig resultaat te komen. Er bestaan geen door allen geaccepteerde criteria om vast te stellen welke mening de juiste is. Ik had het al eerder over de normatieve geladenheid van rechtsgeleerde oordelen. Ik ben het volledig met Smith eens dat het "koket en oppervlakkig" is (par. 2) om dit gebrek aan toetsbaarheid te vergelijken met de theoretische geladenheid van empirische waarnemingen in de natuurwetenschappen of met het onzekerheidstheorema van Heisenberg. Binnen de rechtsgeleerdheid heeft het probleem van meningsverschillen die niet door een of andere toets definitief te beslechten zijn een andere oorzaak: het komt (laat ik voorzichtig zijn: mede) doordat in de vaststelling van rechtsgeleerde oordelen normatieve veronderstellingen en aannames een rol spelen. Staat dit de wetenschappelijkheid van rechtsgeleerdheid in de weg?

22 Dat betekent uiteraard niet dat de gesprekspartners er altijd gerust op kunnen zijn dat ze het over dit ene juiste antwoord eens zullen worden. Het kan zijn dat ze verschillende beoordelingscriteria hanteren of dat ze dezelfde criteria wat anders wegen en daardoor tot verschillende conclusies komen.

Smith zegt dat dit niet het geval is. Dat ben ik met hem eens, maar zijn argumentatie bevat mij niet. Hij zegt in feite dat de meningsverschillen alleen mogelijk zijn op basis van een grote eensgezindheid onder juristen over allerlei maatstaven en waarden die relevant zijn voor het recht. In moeilijke zaken wordt alleen verschillend gedacht over hun onderlinge afweging.

Deze inderdaad constateerbare (alhoewel moeilijk precies inhoudelijk te omschrijven) eensgezindheid lijkt mij niet voldoende om de wetenschappelijkheid van de rechtsgeleerdheid te redden. Binnen de astrologie bestaat wellicht grote overeenstemming over de betekenis die de constellatie van sterren, zon, maan en planeten tijdens iemands geboorte heeft voor zijn karakter,²³ maar we zullen het er vermoedelijk over eens zijn dat dit niet voldoende is om astrologie tot wetenschap te verheffen. Wat ontbreekt, is dat de oordelen waarover men het eens is, berusten op een min of meer solide basis.

Die basis is er in het recht wel: wetten en jurisprudentie kunnen niet straffeloos verwaarloosd worden. Voor zover rechtsgeleerde oordelen door die basis bepaald worden, is er geen probleem. Maar Smith had hermeneutisch en terecht vastgesteld dat er bij interpretatie altijd meer komt kijken. Dat is al zo in makkelijke gevallen. Die zijn alleen maar makkelijk zo lang en voor zover we het over hun oplossing eens zijn. Zodra er iemand opstaat die met zinnige argumenten een andere oplossing bepleit, wordt een makkelijk geval moeilijk. In moeilijke gevallen blijken de bronnen minder eenduidig te zijn en zijn er meningsverschillen over hun betekenis.

De wetenschappelijkheid van de rechtswetenschap, zegt Smith in zijn voorlaatste alinea, ligt in het precieze en zinvolle debat dat naar aanleiding van uitspraken over geldend recht kan worden gevoerd.

Dit laatste ben ik met hem eens, maar hier zit zijn eerdere stelling over de verwerping van een ware of juiste betekenis hem in de weg: hoe kan dat debat zinvol zijn wanneer het niet gaat over de vraag wat de juiste oplossing van een juridisch probleem is. Wanneer het dus niet gaat om een zoeken naar juridische waarheid (of juistheid). En dat is nu juist wat hermeneutici volgens Smith niet doen.

Het zou kunnen zijn dat een verwarring tussen twee perspectieven Smith hier parten speelt. Wie niet als deelnemer maar van buitenaf naar een rechtspraktijk kijkt, ziet dat er in moeilijke gevallen verschillende antwoorden als juist gepresenteerd worden, allemaal onderbouwd, maar zonder dat definitief uitgemaakt kan worden (anders dan door een machtswoord) welk antwoord het werkelijk juiste is. Vanuit dit externe perspectief kan men zeggen dat er geen juist antwoord bestaat, althans in de gevallen die moeilijk blijken te zijn. Maar dit externe perspectief is niet het perspectief van de rechtsgeleerde. De rechtsgeleerde is (doorgaans) deelnemer, zoekt ware (juiste) oplossingen en gaat het debat aan met wie andere oplossingen als waar (juist) verdedigt.

In dat debat spelen waarden een rol. Sommigen kunnen dat wellicht minder op prijs stellen, maar het is niet anders. Waar ik voor wil pleiten, is dat die waarden zo veel mogelijk expliciet gemaakt worden. Een beroep op wetsgeschiedenis of op de letter van de wet kan dienen om de onderliggende waarderingen juist te verhullen. We

23 Dat is in ieder geval de suggestie in de roman van Kees 't Hart, *De keizer en de astroloog* (Amsterdam/Antwerpen: Querido, 2008).

zouden ons recht zo moeten inrichten dat we die verhulling zo veel mogelijk tegen-
gaan.

Of rechtsgeleerdheid dan nog wetenschappelijk is, is een kwestie van kwalificatie. In ieder geval is van belang dat er geen kaarten in de mouw verstoppt worden en dat ieder standpunt zo volledig mogelijk rationeel controleerbaar verdedigd wordt. Die rationele controleerbaarheid creëert een gemeenschap van (geleerde) juristen die met elkaar een zinnig debat aan kunnen gaan, bijvoorbeeld over de vraag of baby Kelly schadevergoeding hoort te krijgen voor het feit dat zij haar ongelukkig bestaan te danken heeft aan een medische fout of over de vraag of Wilders artikel 137c Sr overtreden heeft.

8 Conclusie

Juridische waarheid is altijd constructivistisch, kan alleen op argumenten berusten en kan slechts gelden voor zover en voor zolang die argumenten niet weerlegd zijn door betere argumenten voor een ander standpunt. Daarmee is iedere juridische waarheid betwistbaar en alle juridische kennis voorlopig. Maar dat wil niet zeggen dat er geen juridische waarheid is. De vraag of rechtsgeleerdheid een wetenschap is, hangt af van de omschrijving van wetenschap. Van meer belang is dat rechtsgeleerdheid een rationele en controleerbare zoektocht naar waarheid (juistheid) is.