

Jan Smits, *Omstreden rechtswetenschap, Over aard, methode en organisatie van de juridische discipline*

Arend Soeteman

Jan Smits, Omstreden rechtswetenschap, Over aard, methode en organisatie van de juridische discipline. Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2009, 235 p.

Voorals sinds het verschijnen van het *NJB*-artikel van Stolker in 2003 ('Ja, geléerd zijn jullie well!', Over de status van de rechtswetenschap, *NJB* 2003, 15, p. 766-778) heeft er in Nederland een discussie gewoed, met name in het *NJB*, over status en methoden van de rechtsgeleerdheid. Smits heeft daaraan bijgedragen als voorzitter van de Commissie prestatie-indicatoren en ranking, die in 2007 het VSNU-rapport *Naar prestatie-indicatoren voor rechtswetenschappelijk onderzoek* liet verschijnen. Maar nu heeft hij in een boek zijn eigen visie uitvoerig uiteengezet.

Het is een helder, overzichtelijk en zeer leesbaar boek geworden. Smits is een goed jurist, die weet waar hij over schrijft. Hij stelt vast dat in de huidige wetenschappelijke wereld echte kennis vooral berust op empirisch onderzoek. De traditionele beoefening van de rechtswetenschap voldoet hieraan niet. Er bestaat dan een zekere neiging onder juristen die zichzelf niet uit de markt willen prijzen om ook de empirische kant op te gaan. Smits heeft geen enkel bezwaar tegen empirisch onderzoek naar het recht. Maar de reductie van het rechtswetenschappelijk onderzoek tot dergelijk empirisch onderzoek vindt hij gevaarlijk (vgl. p. 22). Hij is daarom kritisch over rechtsgeleerden die voor methoden vooral bij sociale of andere empirische wetenschappen gaan zoeken.

Smits onderscheidt vier typen onderzoek (soorten vragen) waar de rechtswetenschap zich mee bezighoudt. Achtereenvolgens: 1. De beschrijvende rechtswetenschap (hoe luidt het recht?), 2. De normatieve rechtswetenschap (hoe behoort het te luiden?), 3. De empirische rechtswetenschap (welke consequenties heeft de toepassing van een bepaalde rechtsregel?), en 4. Het metajuridisch perspectief (wat is recht, waarom geldt het en hoe ontwikkelt het zich?) (p. 28, 29). Vraag 4 is onderwerp van rechtsfilosofie en rechtstheorie. Het is misschien teleurstellend voor de lezers van dit tijdschrift, maar aan deze vraag worden nauwelijks meer dan twee pagina's gewijd (waarin Kelsens *Grundnorm* en Harts *ultimate rule of recognition* wel wat erg snel als verouderd worden weggezet; zie p. 57, 58). De empirische rechtswetenschap krijgt niet veel meer aandacht (vijf pagina's). Smits schrijft vooral over de beschrijvende en de normatieve rechtswetenschap. De laatste vormt naar zijn mening de kern van de rechtswetenschap (p. 28, 63, 70).

De normatieve rechtswetenschap is, meent Smits, niet gebonden aan beslissingen van juridische autoriteiten als bijvoorbeeld de wetgever (p. 74). Ook andere vaste ankerpunten (rechtseconomie, empirisch onderzoek, mensenrechten) ontbreken.

Recht moet volgens hem vooral beschouwd worden als een evolutionair gegroeide en daarmee spontane orde (p. 79). Maar zekerheid over de normatieve vragen die in de normatieve rechtswetenschap aan de orde worden gesteld, biedt dit niet: “de kern van de normatieve benadering is dat er niet één ware opvatting is over wat behoort (...) Rechtswetenschap is daarmee bij uitstek argumentatief” (p. 93). Even verder wordt hier nog een verdergaande consequentie aan verbonden: “Indien consensus over het normatieve nooit kan worden bereikt, moeten we daar ook niet naar streven” (p. 111).

Smits is tamelijk liberaal over de methode. Welke methode men moet hanteren, hangt af van het betreffende onderzoek. Maar voor de normatieve rechtswetenschap bepleit hij een empirisch-normatieve methode (p. 112 e.v.): bij de vraag welk argument het zwaarste weegt, is belangrijk om te zien hoe verschillende oplossingen hier en elders functioneren.

Dit is natuurlijk nog heel open. Ik ben er ook niet zeker van hoe Smits met deze methode kan verhinderen dat de vraag naar de normatieve rechtswetenschap benaderd wordt als vraag naar de persoonlijke (politieke) opvattingen van de onderzoeker (wat hij uitdrukkelijk niet wil: zie p. 112, 113), maar ga daar verder aan voorbij.

In het laatste hoofdstuk van zijn boek maakt Smits een aantal wijze en relevante opmerkingen over de organisatie van het wetenschappelijk discours. Zo verwerpt hij bijvoorbeeld (met mijn hartelijke instemming) het “marktdenken”, gebaseerd op “een georganiseerd wantrouwen jegens de wetenschapper en een geloof in controle en verantwoording als middel om een hogere kwaliteit te garanderen” (p. 175). Prestatie-indicatoren zijn altijd al problematisch, maar de reductie van kwaliteit tot kwantiteit (“wat niet telbaar is, telt niet”, p. 177) kan leiden tot strategisch gedrag dat perverterend is voor het onderzoek.

Problematisch in de benadering van Smits vind ik vooral zijn onderscheid tussen beschrijvende en normatieve rechtswetenschap. Met instemming citeert hij De Geest die de rechtsgeleerden kapittelt omdat zij in hun interpreterende bezigheden vaak de beschrijving van wat geldend recht is, vermengen met opvattingen over hoe het recht zou moeten luiden (p. 41, de verwijzing is naar *NJB* 2004, p. 58-66). Dat de rechter dat doet, zegt Smits, valt nog te verklaren, maar als de wetenschap het doet, valt het enkel af te keuren (p. 40, 41, ook p. 73). Anderzijds verschilt Smits van De Geest voor wie de vaststelling van geldend recht een empirisch fenomeen was. Smits beschrijving van geldend recht constateert niet alleen, maar bepaalt wat recht is door de selectie van het materiaal en door beredeneerde keuzen tussen de bijna altijd tegenstrijdige bronnen (p. 34). De juridische systematisering heeft belangrijke normatieve consequenties (p. 39).

Eist Smits hier niet voor de beschrijvende wetenschap op wat hij tegelijk afkeurt: normatieve keuzes? Smits 1 zegt dat beschrijvende rechtswetenschap geen opvattingen over hoe het hoort mag bevatten. Maar Smits 2 beweert dat iedere beschrijving normatieve keuzes impliceert. *Es gibt zwei Seele in einer Brust*. Voor zover Smits 1 zich bij deze beschrijvende rechtswetenschap echt tot beschrijving wil beperken begrijp ik niet wat voor criteria hij hanteert voor de beschrijving. De positivistische criteria van *Grundnorm* en *ultimate rule of recognition* worden

Arend Soeteman

immers verworpen. Het is mij duidelijk dat deze verwerping te maken heeft met de internationalisering van het moderne recht, maar mijns inziens zou dat, vanuit beschrijvend perspectief, enkel leiden tot een herformulering van de uiteindelijke basisregels, niet tot afschaffing: je kunt moeilijk zonder criteria te hanteren, beschrijven wat geldend recht is.

Het onderscheid tussen recht zoals het bestaat en recht zoals het hoort te bestaan, kan ook door wetenschappers die het positivistisch perspectief verwerpen, gemaakt worden. Je kunt Dworkin (en tot op zekere hoogte Smits²) volgen door te zeggen dat iedere interpretatie van geldend recht berust op normatieve keuzes die dat recht zo verstandig mogelijk maken. Maar dat neemt niet weg dat er een verschil lijkt te bestaan tussen wat nog als (interpretatie van) geldend recht gepresenteerd kan worden en welke idealen vooralsnog geen geldend recht zijn. Als je het onderscheid op deze manier maakt dan sluit dat een normatief geladen beschrijving van geldend recht niet uit maar juist in. Maar de twee door Smits analytisch gescheiden typen wetenschap komen dan wel erg dicht bij elkaar te liggen.

Een ander punt waar kritische vragen mogelijk zijn, betreft Smits' stelling dat er nooit één ware oplossing is voor juridische vraagstukken. Op dit punt is bijna iedereen het met hem eens, maar ik denk desondanks dat dit een vergissing is. Ik heb hierover in dit tijdschrift kort geleden de degens gekruist met Carel Smith ("Wetenschappelijke rechtsgeleerdheid", *R&R* 2009, 3, p. 226-235, met name p. 230-233, vgl. ook mijn discussie met Degenkamp in *Ars Aequi* 2010, 1, p. 53, 54). De stelling dat waar we toch nooit consensus kunnen bereiken we daar ook niet naar moeten streven, lijkt mij een *non sequitur*. Iedere argumentatie voor welke oplossing dan ook, is een poging consensus te bereiken. Dat wordt niet minder wanneer we weten dat dit nooit volledig lukt en dat het in moeilijke gevallen volledig niet lukt. Argumentatie is immers een poging aan te duiden waarom een bepaalde opvatting de voorkeur verdient. We weten dat we ook rechtvaardigheid nooit volledig kunnen bereiken, maar dat is geen reden een streven naar rechtvaardigheid dan maar achterwege te laten.

Wat Smits (en vele collega's) hier mijns inziens parten speelt, is een verwarring tussen het streven naar een ware oplossing enerzijds en de zekerheid dat we nooit kunnen weten dat we ooit de ware oplossing bereikt hebben en dat iedere oplossing altijd betwistbaar is anderzijds. Dat laatste is, lijkt mij, wat hij in feite bedoelt. Daarin heeft hij dan ook volkomen gelijk. Maar wanneer je daaruit afleidt dat er geen ware oplossing is en dat we daarom ook niet naar consensus over ware oplossingen moeten streven, dan blijft iedere argumentatie en iedere discussie zonder enige zin.

We leven in 2010. Ik weet niet of de rechtswetenschap in 2110 omstreden zal zijn. Maar als er dan nog een rechtswetenschap is en als er geleerden zijn die zich in de eigenaardigheden daarvan willen verdiepen, dan raad ik ze nu al aan om te beginnen met dit boek van Smits. Alhoewel ik hoop dat een aantal van de wijsheden die hij aanbeveelt dan vanzelfsprekendheden zijn geworden.