

## DISCUSSIE

# Tegen academische reservaten. Pleidooi voor een 'leesbare' rechtsfilosofie

Niels Graaf

Dames en heren Rechtsfilosofen,

Laat mij beginnen met u te feliciteren met het honderdjarig bestaan van uw vereniging. Als halve historicus weet ik een dergelijk jubileum op waarde te schatten. Het is een prestatie. Niet elke discipline overleefde de afgelopen decennia. Een garantie voor de toekomst biedt een succesrijk verleden helaas niet. In een tijd waarin men oppert dat de gamma en alfa wetenschappen het wel met 150 miljoen euro minder afkunnen, is waakzaamheid geboden.<sup>1</sup> Vroeg of laat begint de discipline stoelendans.

Vers in het geheugen ligt wat dat betreft het tragische lot van de beoefening van het Romeinse recht. Ooit een van de fundamenten van de rechtenstudie, maar toen kwamen de jaren waarin de wetenschap van het positieve recht een andere kant op keek. Het speelveld verplaatste zich naar het publiekrecht en naar meer actuele bekommernissen. Ondertussen bleven de romanisten bij hun leest – verstarde volgens anderen. Het resultaat is bekend: in de Randstad zijn bijna alle leerstoelen wegbezuinigd.

Waarom vertel ik u dit verhaal? De ondergang van de romanistiek laat ons de betrekkelijkheid en de broosheid zien van wetenschap. Zij leert ons dat subdisciplines binnen rechtenfaculteiten geen vanzelfsprekendheid zijn. Als zij de verbinding met de wetenschap van het positieve recht verliezen, lopen zij het risico van overbodigheid. Oftewel: dan zijn zij een makkelijk slachtoffer in bezuinigingsronde. De wijsbegeerte van het recht is hier helaas niet immuun voor. Alertheid is geboden. Ook zij kan ten prooi vallen aan academische *l'art pour l'art*. De komende eeuw is het zaak dat de discipline niet verandert in een academisch reservaat. Daarom schrijf ik u deze open brief.

Het gaat mij er hier niet om de klassieke kritiek nog eens te herhalen dat rechtsfilosofen het Hart-Dworkin debat overaccentueren. De wijsbegeerte van het recht is vele malen diverser. Dat deze discussie soms als een loopgravegevecht overkomt, impliceert ook niet dat deze tak van sport geen fraaie vergezichten oplegt. Of het een goede zaak is als over dertig jaar nog steeds doorwrochte artikelen over dit onderwerp verschijnen, laat ik aan u.

1 'Van Rijn adviseert overheveling bekostiging naar technische universiteiten', Scienceguide, bezocht op 17 maart 2019, <https://www.scienceguide.nl/2019/03/van-rijn-adviseert-overheveling-bekostiging-naar-technische-universiteiten/>.

Niels Graaf

Het gaat mij er ook niet om dat de wijsbegeerte van het recht wel erg Anglo-Amerikaans is georiënteerd. Dat is meer vakgebieden eigen. Het kan ook geen kwaad om verder te kijken dan de eigen landsgrenzen. Hoewel de discipline gelukkig meer is dan een discussie over Hart en Dworkin, verwijs ik hier toch naar de woorden van Richard Posner. Hij omschreef het werk van deze grootheden als een ‘stylized description of the legal system of [their] own country’.<sup>2</sup> De focus van de Nederlandstalige rechtsfilosofie op Hart en Dworkin doet dan toch wat vreemd aan, maar dat ligt waarschijnlijk aan mij. De laatste jaren ben ik niet in de gelegenheid geweest om de common law in de continentale praktijk te volgen.

Waar gaat het mij dan wel om? Het gaat mij om het gebrek aan kruisbestuiving tussen de rechtsfilosofie en de wetenschap van het positieve recht. Het lijkt soms alsof de wijsbegeerte van het recht zich opsluit in een afgeschermd traditie. Ik ben niet de eerste die dit opmerkt. David Plunkett en Scott J. Shapiro stelden al dat de rechtsfilosofie meer moet zijn dan

‘just a series of critical engagements with the work of such philosophers [verwijzend naar Kelsen, Hart, Dworkin, Raz, en Finnis], which is sometimes how many students (and their teachers) view the field’.<sup>3</sup>

Eerder benadrukten zij al – terecht – dat

‘it is easy in general jurisprudence (as elsewhere) to get fixated on one debate and lose track of why that debate matters, or even whether it does.’<sup>4</sup>

Inderdaad ‘as elsewhere’: de wijsbegeerte van het recht is niet de enige discipline met een drang naar scholastiek. Ook eerbiedwaardige vakgebieden als de rechts-sociologie, rechtspsychologie, rechtsantropologie of de rechtsgeschiedenis schrijven te vaak en te graag voor eigen parochie.

Ik noem deze disciplines zo nadrukkelijk omdat zij in toenemende mate samen met de wijsbegeerte van het recht binnen overkoepelende afdelingen worden ondergebracht. Het is een teken aan de wand dat deze vakgroepen voorheen grotendeels gevuld waren met rechtsfilosofen, maar inmiddels een veel diverser palet aan disciplines kennen. Dat is niet onschuldig. De wijsbegeerte van het recht, ooit koningin der rechtswetenschap, is onderdeel geworden van de ‘perspectiefvakken’. Dat betekent concurrentie. Het risico bestaat dat uiteindelijk het ‘perspectiefvak’ dat het beste aansluit bij de wetenschap van het positieve recht (institutioneel) zegeviert. Dat kan de vestiging van specifieke leeropdrachten betekenen, maar ook de verlening van meer onderzoekstijd.

2 Richard Allen Posner, ‘The problematics of Moral and Legal Theory’, *Harvard Law Review* 111 (1998): 1653.

3 Scott J. Shapiro en David Plunkett, ‘Law, Morality and Everything Else: General Jurisprudence as a Branch of Meta-Normative Inquiry’, *Ethics* 127, no. 4 (2017):68.

4 Shapiro en Plunkett, ‘Law, Morality and Everything Else’, 65.

Nu is het de vraag of het 'academisch' bezwaarlijk is als men zich tot filosofische, sociologische of historische discussies beperkt. Het gaat hier om legitieme en belangrijke onderwerpen. U kunt mij zelfs tegenwerpen dat 'toch iemand het moet doen'. Daarin heeft u gelijk. Juridische 'perspectiefvakken' moeten onafhankelijk kunnen bestaan. Een subdiscipline moet echter geen spel worden dat min of meer passief wordt gadeslagen door de rest van de academie en samenleving. Navolgenswaardig is wat dat betreft de poging om maatschappelijke thema's aan de orde te stellen in dit tijdschrift. Zo maakt de zomervergadering van de VWR en het daarop volgende special issue van het NJLP over de 'De gevoelstemperatuur van het strafrecht' duidelijk waarom de wijsbegeerte van het recht van waarde is: het legt juristen uit wie ze zijn, wat ze doen of hoe het anders zou moeten.<sup>5</sup>

Dergelijke wetenschappelijke vruchten spreken ook andere dan de meest nabije vakbroeders aan. Dat is van fundamenteel belang: wie niet wordt gelezen, bestaat niet voor de buitenwacht. Dit klinkt als een open deur, en is het ook. Toch verklaart het wel waarom nu de politiek-filosofisch georiënteerde wijsbegeerte van het recht *en vogue* is. Nu er onder positiefrechtelijke wetenschappers, geïnteresseerd in de rule of law, vragen over de zorgwekkende situatie in Polen en Hongarije opkomen, zijn daar rechtsfilosofische duiding en argumenten te vinden.<sup>6</sup>

Daarmee kom ik op een ander punt. De positiefrechtelijke vakbroeders en rechtshistorici zijn helaas eveneens niet vrij van schuld. Binnen deze academische reservaten – ja, ook zij – betekent het toepassen van inzichten uit de rechtsfilosofie vaak niet meer dan een hapsnap rondje citeren. Aangezien over de Nederlandse situatie geen onderzoek voorhanden is, verwijs ik ter illustratie naar Duitsland en Frankrijk. Zo valt in de rijke literatuur handelend over het verleden van de Duitse staatsrechtswetenschap op dat deze discipline zich in de afgelopen decennia rechtsfilosofisch nogal beperkt. Het lijkt een geschiedenis van het opnieuw en opnieuw bespreken van Hans Kelsen, Niklas Luhmann, Hermann Heller en Carl Schmitt.<sup>7</sup> In Frankrijk is onder *droit public* commentatoren de rechtsfilosofie ook niet heel breed georiënteerd. Een rechtsfilosofisch perspectief betekent daar vooral het aanhalen van Duguit, Hauriou of Carré de Malberg.<sup>8</sup> De wijsbegeerte van het recht, kortom, als een verzameling dode witte mannen: ik vrees dat het in Nederland niet veel beter is.

Hoe dan *state of the art* rechtsfilosofisch onderzoek 'leesbaarder' te maken voor gebruik binnen positiefrechtelijke discussies? Wetenschappelijk gezien is er over

5 Zie De gevoelstemperatuur van het strafrecht, special issue *NJLP* 46, no. 2 (2017).

6 Zie in dit verband o.a. het thema van de voorjaarsvergadering 2019 van de VWR te Utrecht: 'Rechterlijke onafhankelijkheid in het samenspel van constitutionele beginselen'.

7 Stefan Haack, 'L'État – qu'est-ce que c'est? Die Wissenschaft vom öffentlichen Recht und ihre Methoden nach sechzig Jahren Arbeit mit dem Grundgesetz', *Der Staat* 49 (2010):107; Christoph Möllers, *Der vermisste Leviathan. Staatstheorie in der Bundesrepublik*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2008, p. 97; Robert Christian van Ooyen, *Die Staatstheorie des Bundesverfassungsgerichts und Europa, Von Solange über Maastricht zu Lissabon*, 8. Aufl. (Baden-Baden: Nomos 2018) 44.

8 Olivier Jouanjan, Braucht das Verfassungsrecht eine Staatslehre? Eine französische Perspektive, *EuGRZ* (2004): 362.

Niels Graaf

de meerwaarde van rechtsfilosofisch onderzoek geen twijfel. Een garantie voor gebruik binnen positiefrechtelijke cirkels is er helaas niet. Een van de mogelijkheden om deze 'leesbaarheid' in de zin van 'toepasbaarheid' te verbeteren, is een uitbreiding van het werkterrein. Daarbij valt vooral te denken aan het larderen van rechtsfilosofische exercities met down-to-earth-casestudies. Dergelijk empirisch bewijsmateriaal biedt niet alleen een welkome kritische toetssteen voor rijke theorieën, maar maakt ook inzichtelijker hoe bepaalde modellen in de praktijk (kunnen) functioneren.

Dat is geen academische promiscuïteit, maar een mooi voorbeeld van interdisciplinariteit. Het zou best eens kunnen dat dergelijke disciplinaire combinaties de afstand naar positiefrechtelijke discussies verkleinen. De toevoeging van praktijkvoorbeelden vergemakkelijkt de invoeging van specialistische theorie in meer praktische discussies. Dit geldt mutatis mutandis ook voor andere perspectiefvakken. Zo zouden rechtshistorici en rechtssociologen wat meer belang kunnen hechten aan de inhoud en toepasbaarheid van de (rechtsfilosofische) theorieën. Wat zegt het immers (en waarom zouden wij er over willen lezen?) dat in een historische periode voor bepaalde argumenten (en oplossingen) werd gekozen? De grote winst van een interdisciplinaire benadering is dat de perspectiefvakken niet alleen hun argumentatie verrijken en schrijven voor een groter lezerspubliek, maar zich ook duidelijker naar de buitenwereld presenteren als niet inwisselbaar, maar complementair. In andere woorden: de phalanx wordt gesloten.

Maar ik besef dat ik, geboren na de ineenstorting van de Sovjet-Unie, met deze taakstelling meer verwachtingen oproep dan ik zelf kan honoreren.