

Nederlands Juristenblad, Voor een fundamentele rechtswetenschap

[Klik hier om het document te openen in een browser venster](#)

Vindplaats:	NJB 2010, 491	Bijgewerkt tot:	12-03-2010
Auteur:	Thomas Spijkerboer [1]		

Voor een fundamentele rechtswetenschap

Het Nederlandse onderzoek naar rechtsvinding moet een nieuwe wending nemen. In plaats van de apaiserende toon ('De meeste zaken zijn gewoon duidelijk') en de sussende normativiteit ('Rechters moeten integer omgaan met de dilemma's waarvoor hun taak hen plaatst') komt het aan op een rigoreuzere analyse van de activiteit van de rechter.

Twee zaken lijken mij evident te zijn. Ten eerste, dat de uitkomst van een juridische redenering niet met dwingende noodzaak wordt beheerst door juridische techniek. Voor elke rechtsvraag die ook maar een beetje interessant is, zijn meerdere - vaak tegenovergestelde - antwoorden volgens de regelen der kunst te beargumenteren. Maar evenzeer evident is het dat het feit dat een redenering een juridische is, forse beperkingen oplegt aan wat als argument geldt, en wat als juiste uitkomst kan gelden. Argumenten kunnen juridisch onhoudbaar zijn, en uitkomsten kunnen juridisch onverdedigbaar zijn. Juridische argumentatie is niet de toevallige inhoudelijke voorkeur van de jurist, opgeleukt als recht. In één frase samengevat: recht is niet bepalend, maar het is evenmin onbepaald.

Wie dit ontkent, is naar mijn idee geen behoorlijke jurist. Doen of voor een juridische vraag maar één juiste uitkomst mogelijk is, is - al dan niet opzettelijk - naïef. En doen alsof je met recht alles kunt beweren, toont aan dat je ofwel nog nooit hebt geprobeerd een impopulaire uitkomst te bepleiten (iets waar ik persoonlijk ruime ervaring mee heb), ofwel dat je het met de regels van het ambacht niet zo nauw neemt.

Deze kwestie is aan de orde bij elke juridische argumentatie. Maar voor de positie van de rechter is dit probleem het meest klemmend. Het mag dan een geruststelling wezen dat de rechter niet zomaar wat doet; maar dat de rechter (soms, vaak, of misschien wel altijd) keuzes maakt die niet door het geldend recht worden gedictieerd past niet bij het uitgangspunt van '*rule by law, not men*'. Als dat niet zo is, hoe voorkom je dan dat de rechter aan politiek doet, door - om eens wat willekeurige voorbeelden te noemen - legitiem overheidsbeleid te frustreren (aldus bijvoorbeeld voormalig VVD-Kamerlid Kamp)^[1] of door gouvernementeel rechterlijk activisme ten toon te spreiden, zoals ik enige jaren geleden beweerde?^[2]

Dat is een vraag met eeuwigheidswaarde, en er wordt dan ook al een eeuwigheid over geschreven. Dat heeft wat mij betreft op normatief vlak tot weinig bevredigende literatuur geleid. Teksten over rechtsvinding zijn vrijwel steeds elegant en genuanceerd, maar het is toch meer een soort seculiere wijsheidstraditie dan dat de vraag nu eens behoorlijk wordt beantwoord. (Ik beseft dat dit een groot gebaar is dat onderbouwing behoeft. Ik kom daar bij een andere gelegenheid op terug). De conclusie lijkt mij voorshands gerechtvaardigd dat juridische argumentatie niet los staat van inhoudelijke, ethische, politieke normen over wat behoort, hoe de samenleving moet worden ingericht. Ik zal daarvoor hierna het woord inhoudelijk gebruiken.^[3]

Interessanter dan de vraag hoe voorkomen kan worden dat rechterlijke beslissingen (ook) inhoudelijk zijn, is dan ook de vraag op welke manier inhoudelijke waarderingen juridische, en meer in het bijzonder rechterlijke argumentaties binnensluipen. Doordat de aandacht steeds uitgaat naar het afschermen van rechterlijke besluitvorming tegen de inhoudelijke overtuiging van de rechter, wordt de precieze manier waarop inhoudelijke keuzes en rechtspraak verknoopt zijn verontachtzaamd.

In een artikel uit 2008 beschrijft Polak op basis van zijn ervaring als advocaat, wetenschapper en rechter welke factoren ertoe leiden dat een rechter een bepaalde beslissing neemt.^[4] Zijn observaties betreffen specifiek zijn eigen rechtsgebied, het bestuursrecht. Regelmatig onderbreekt hij zijn betoog om de lezer gerust te stellen dat de persoon

van de rechter in de meeste zaken geen verschil zal maken. Hij voert daarvoor twee redenen aan. Ten eerste zijn zaken vaak gewoon duidelijk, en dan wordt een gewonnen zaak geen verloren zaak afhankelijk van welke rechter er zit. Alleen in wat Polak 'hangzaken' noemt maakt de persoon van de rechter wat uit, denkt hij. Verder maakt de persoon van de rechter meestal niet uit, omdat de meeste rechters niet extreem activistisch of afstandelijk, links of rechts zijn, maar ergens in het midden zitten. De persoon van de rechter maakt dus meestal niet uit, omdat de rechters behoorlijk op elkaar lijken.

Polak onderscheidt desondanks twee typen bestuursrechters. Enerzijds de activistische, onderzoekende rechter die geneigd is het bestuur kritisch te beoordelen en veel waarde te hechten aan grondrechten en rechtsbeginselen. Daar tegenover staat de afstandelijke rechter, die geneigd is het besluit van het bestuur tot uitgangspunt te nemen, en die vaak legistisch ingesteld zal zijn. Polak probeert vervolgens te benoemen wat bepaalt welk type rechter men is. Hij behandelt achtereenvolgens politieke gezindheid, persoonlijke aanleg, eerdere werkervaring (ambtenaar of advocaat), lagere of hogere rechter (die laatste pleegt minder activistisch te zijn dan de eerste), en primaire oriëntatie op de rechtsstaatgedachte (activistisch) of primaire oriëntatie op het trias politica-idee (minder activistisch). Op die manier geeft hij een aanzet voor gedachtenvorming over de vraag welke persoonlijke kenmerken van rechters invloed kunnen hebben op rechterlijke besluitvorming.

Uiteindelijk kan Polak het overigens niet laten om toch aansluiting te zoeken bij de al genoemde wijsheidstraditie. Of een activistische of een afstandelijke opstelling geïndiceerd is, hangt mede samen met de aard van de toe te passen rechtsnorm. Maar uiteindelijk is er geen eenduidige theorie die de beslechting van een geschil op basis van het recht tot een wiskundesom maakt; soms is een wat meer activistische en soms een meer afstandelijke houding op zijn plaats.

Een andere, maar wel verwante vraag stelde Groenendijk aan de orde in zijn afscheidsrede.^[5] Hij gaat in op de manier waarop rechters in eerste instantie de vreemdelingenrechtspraak van de Raad van State hebben ervaren; welke problemen en dilemma's ze ondervonden, en hoe ze daar mee omgingen. Daartoe spraken hij en zijn opvolgster Terlouw met 24 vreemdelingenrechters uit rechtbanken. De 24 waren zo gekozen dat zij niet representatief waren, maar zo dat er een maximale spreiding van posities was. Er is niet gestreefd naar representativiteit, omdat het erom te doen was zo veel mogelijk verschillende opinies, dilemma's, en manieren om daarmee om te gaan aan te treffen. De kritiek op de Afdelingsjurisprudentie overheerst. Groenendijk groepeerde deze tot vier hoofdpunten van kritiek: de rechterlijke toetsing is te zeer beperkt; de Afdeling motiveert uitspraken onvoldoende; de Afdeling is op de hand van de overheid; en de Afdeling heeft onvoldoende oog voor het specifieke van vreemdelingenzaken. De kritiek is fundamenteel, en dat levert voor rechters een dilemma op. Sommigen komen in gewetensnood, één rechter die nu geen vreemdelingenzaken meer doet zegt dat hij zich achteraf niet meer kan voorstellen dat hij de Afdelingsjurisprudentie heeft toegepast, één rechter gebruikt de natuurlijk beladen term 'Hoge Raad in oorlogstijd'.^[6]

Hoe gingen de rechters die voor dit dilemma stonden (lang niet allemaal natuurlijk, want sommigen hadden weinig of geen moeite met de lijn van de Afdeling) daarmee om? Groenendijk onderscheidt drie mogelijke reacties, die hij aan de organisatiesociologie ontleent: uiting geven aan de kritiek; vertrek uit de vreemdelingenkamer; of zich uiteindelijk neerleggen bij de lijn van de Afdeling. Openlijke kritiek komt zelden voor. Vertrek uit de vreemdelingenkamer van mensen die het te veel wordt komt veel voor. Dat kan ook makkelijk zonder lucht te geven aan de kritiek op de Afdelingsjurisprudentie door het roulatiesysteem binnen rechtbanken. Gevolg is wel dat kritische rechters zo snel uitstromen. Het derde alternatief was de Afdelingsjurisprudentie te volgen. Omdat men het er mee eens was; omdat de hogere rechter loyaal gevolgd moet worden; of omdat afwijkende rechtspraak zinloos is vanwege de mogelijkheid van hoger beroep. Hij beschrijft manieren waarop sommige rechters, ook als zij de Afdeling volgen, proberen om in bepaalde zaken de uitkomst te bereiken die hen de juiste lijkt.

Ook vraagt Groenendijk zich af waarom rechters bereid blijken om uitspraken te doen waarmee zij het fundamenteel oneens zijn. Twee factoren worden expliciet genoemd door geïnterviewde rechters. Ten eerste kost een afwijkende uitspraak schrijven meer tijd, omdat de afwijking van de lijn van de Afdeling gemotiveerd moet worden. Door productienormen is die tijd er niet of nauwelijks. Ten tweede wordt in het kader van de kwaliteitsbewaking het aantal vernietigingen dat individuele rechters hebben 'veroorzaakt' bijgehouden en soms in het functioneringsgesprek aan de orde gesteld. Groenendijk neemt aan dat openlijk kritiek leveren op de Afdeling, of ongehoorzaamheid in

uitspraken, in strijd is met informele normen en door rechters als riskant voor promotiekansen kan worden gezien. Het belang van Groenendijks onderzoek zit hem hier in, dat hij de vraag stelt (en probeert te beantwoorden) waarom rechters uitspraken doen waar zij grote moeite mee hebben. Interessant is daarbij niet zozeer dat hij op informele normen en persoonlijke factoren stuit, maar dat hij de stelling inneemt dat de manier waarop de rechterlijke macht georganiseerd is inhoudelijke effecten heeft. Het roulatiesysteem, productienormen, en registratie van vernietigingen blijken, in de context van het vreemdelingenrecht, niet neutraal te zijn. Waar Polak zoekt naar persoonlijke kenmerken als factor bij rechterlijke besluitvorming, stuit Groenendijk daarnaast ook op de organisatie als factor.

Vanuit de Raad van State zijn twee substantiële reacties op Groenendijks rede gekomen.^[7] Grappig genoeg is de kern van beide betogen dat Groenendijks respondenten ongelijk hebben, en dat Groenendijk dat had moeten zeggen. Maar de twee reacties verschillen onderling ook. Van der Winden^[8] neemt de klassieke positivistische positie in, en benadrukt dat de Afdeling op basis van de geldende regelgeving eigenlijk geen andere keuze kan maken dan zij doet. Een voorbeeld. Er is kritiek op het feit dat, als gevolg van strikte jurisprudentie van de Afdeling, ook asielzoekers wier aanvraag in de versnelde procedure, dat wil zeggen binnen een paar dagen, is afgewezen weinig ruimte hebben om hun stellingen met nadere stukken te onderbouwen. Te denken valt aan de zaak waarin een asielzoeker wordt tegengeworpen dat hij bepaalde stukken slechts in kopie heeft overgelegd. Als hij zeventien dagen later de originelen produceert, is de afwijzende beschikking al genomen, en zijn die stukken te laat. De rechter kan er, ook in een volgende procedure, niet meer naar kijken.^[9] Van der Winden stelt dat in de Vreemdelingenwet en het Vreemdelingenbesluit is neergelegd dat bij de aanvraag door de vreemdeling in persoon alle gegevens worden verstrekt op basis waarvan beoordeeld kan worden of er een rechtsgrond voor verlening van een verblijfsvergunning is. Gelet daarop '(op basis van wet en besluit dus!)', gaat de Afdeling ervan uit dat de vreemdeling de stukken waarmee hij zijn asielaanvraag onderbouwt, bij de aanvraag moet overleggen en dus in beginsel 'in zijn rugzak' moet hebben'.^[10] Van der Winden negeert - net als de Afdeling - de andere manieren waarop met de geldende bepalingen kan worden omgegaan, en wekt de indruk dat het gewoon zo moet als de Afdeling het doet, dat andere jurisprudentie ontrouw zou zijn aan de wet en het besluit. Het voert te ver om de andere opties hier te bespreken.^[11] Voor ons doel is relevant dat Van der Winden vooral *ontkent* dat de Raad van State in zijn rechtspraak keuzes maakt die ook best anders hadden kunnen uitvallen. Daarmee zet hij de lijn door die de Raad van State heeft ingenomen met betrekking tot zijn rechtspraak in vreemdelingenzaken.^[12]

Ook Claessens besteedt zijn artikel grotendeels aan kritiek op Groenendijks respondenten. Zij zien onvoldoende hoe genuanceerd de jurisprudentie van de Afdeling is, en hoe zeer die verankerd is in keuzes van de wetgever.^[13] Maar aan het eind van zijn stuk stelt hij dat uit zijn betoog niet kan en mag worden geconcludeerd dat aan de jurisprudentie van de Afdeling niet ook keuzes ten grondslag liggen die niet zonder meer uit wet- of regelgeving voortvloeien. Hij merkt op dat het gegeven dat anderen mogelijk andere keuzes hadden gemaakt dan de Afdeling heeft gedaan nog niet betekent 'dat de door de Afdeling gemaakte keuzes bizar en fout zijn en slechts begrijpelijk vanuit een verwerpelijke visie op de taak van rechter en bestuur'.^[14] In een naschrift gaat Claessens kort in op het artikel van Polak, en diens karakterisering van rechts als activistisch of defensief. Met Polak vindt hij dat er weinig tegen is dat, binnen een zekere bandbreedte, de ene rechter meer activistisch en de andere meer defensief is ingesteld. Hij meent dat de Afdeling de bedoelde bandbreedte niet te buiten is gegaan.

Waar Van der Winden dus de nadruk legt op de aloude positie van de Afdeling ('Wij passen slechts de wet toe. Met klachten vervoegde men zich bij de wetgever') neemt Claessens een positie in die sterk lijkt op die van Polak, en die me kenmerkend lijkt voor Nederlandse rechters in het algemeen. Soms moet een rechter kiezen, en zolang dat niet al te bar wordt, is dat acceptabel. De uitkomst moet afgewogen, genuanceerd zijn - zie de hierboven genoemde wijsheidstraditie. Wel valt op dat Claessens eerder in zijn stuk, waar hij inhoudelijk op de Afdelingsjurisprudentie ingaat, nergens onder woorden brengt op welke punten de jurisprudentie gebaseerd is op keuzes die best anders hadden kunnen uitvallen. De discussie over die keuzes, die in Claessens 'mogelijk moet zijn', gaat hij derhalve uit de weg. Dat sluit weer meer aan bij de ontkennende houding van de Afdeling.

Als we de staat opmaken van de discussie in de afgelopen twee jaar, kunnen een paar interessante conclusies getrokken worden. Ik denk dat daarmee een aantal nieuwe onderzoeksvragen kunnen worden geformuleerd. Maar voor ik daaraan toekom, wil ik eerst kortweg de strikt positivistische pose van de Afdeling ('Wij passen slechts de wet toe') als evident onjuist opzijschuiven. Akkoord: het genre van de rechterlijke uitspraak vereist dat de uitkomst wordt gedragen door een als dwingend gepresenteerde redenering - ook al weten we dat het met die dwingendheid eigenlijk wel meevalt. Een zekere pseudodwingendheid is dus onvermijdelijk. Maar het genre vereist geenszins dat andere mogelijkheden of tegenargumenten niet of nauwelijks serieus besproken worden. Weliswaar menen sommigen dat bestuursrechtelijke rechtspraak vereist dat er slechts summier gemotiveerd wordt, maar het geloof in deze Franse bestuursrechtelijke stijl wordt ondermijnd doordat er in Duitse en Angelsaksische bestuursrechtspraak breed gemotiveerd en gediscussieerd wordt, zonder dat - voor zover bekend - de hemel naar beneden is gevallen. De Afdeling gebruikt een stijl die meer pseudodwingend is dan nodig. Kiezen moet een rechter met enige regelmaat, ontkennen helpt niet. En die keuze kan dan maar beter behoorlijk onderbouwd worden.

In de discussie zijn twee kwesties aangesneden. De eerste kwestie is hoe vaak een rechter nu eigenlijk een keuze moet maken. Polak zegt (en dat is een late echo van Drions inbreng in de civielrechtelijke rechtsvindingsdiscussie) dat het reuze meevalt, en dat de persoon van de rechter alleen in hangzaken uit kan maken. Veel rechters in Groenendijks onderzoek wekken de indruk dat zij met enige regelmaat een andere beslissing hadden willen nemen dan uit de Afdelingsjurisprudentie voortvloeit. Dat suggereert dat zij vaker keuzes maken dan Polak denkt. Zelf denk ik dat rechters eigenlijk altijd kiezen, doordat een juridische redenering bestaat uit een combinatie van een aantal ambachtelijke kunstgrepen. Bij elke kunstgreep wordt een keuze gemaakt, en de combinatie van deze keuzemogelijkheden geeft rechters grote vrijheid.^[15] Hoe dat ook zij, de vraag hoe vaak rechters moeten kiezen kan empirisch worden benaderd (hoe vaak ervaren rechters keuzevrijheid), maar ook meer normatief (ongeacht of de rechter dat zo ervoer: was een andere keuze mogelijk geweest, en welke criteria moeten worden gehanteerd bij de beantwoording van die vraag?).

De tweede kwestie is welke factoren de keuzes van rechters beïnvloeden. Polak onderscheidt in de context van het bestuursrecht de activistische, kritische bestuursrechter en de terughoudende bestuursrechter. Hij noemt een aantal factoren die relevant kunnen zijn voor de vraag of een rechter terughoudend of activistisch is. Ik merk op dat Polaks typologie niet onproblematisch is, om twee redenen. Ten eerste is hij niet helemaal neutraal. Activistisch klinkt riskanter dan terughoudend, omdat er minder respect voor de wet en het democratisch geïdentificeerd bestuur uitsprekt. Ten tweede moet een rechter soms activistisch zijn, om ten opzichte van het bestuur terughoudend te kunnen zijn. Zo heeft de Afdeling alleen tot haar terughoudende toetsing in vreemdelingenzaken kunnen komen door het geldend recht behoorlijk naar haar hand te zetten. Over de te gebruiken typologie moet wat mij betreft dus verder nagedacht worden, maar Polaks punt - factoren rond de persoon van de rechter zijn van belang - lijkt me zonder meer relevant.

Groenendijk heeft bovendien een aantal factoren in de sfeer van de organisatie geïdentificeerd die conformisme in de hand werken, zoals productienormen, de registratie van vernietigingspercentages, en carrièreperspectieven. Er kunnen ook factoren zijn die non-conformisme bevorderen. Zo denk ik dat een ambitieuze beginnende rechter er goed aan doet niet alleen maar conformistisch te zijn, want dat levert onvoldoende profiel op.

Juridische argumentatie is nooit volstrekt dwingend, is nooit een kwestie van alleen logica. Als de consistentie van juridisch redeneren niet aan de binnenkant zit, ligt het voor de hand te veronderstellen dat die aan de buitenkant zit. Dat is een derde kwestie, die ik aan de discussie zou willen toevoegen. Veel dingen kunnen wel op een juridisch geldige manier *gezegd* worden, maar als ze niet goed passen bij de juridische status quo zullen ze niet gehoord worden. Dat hebben we goed door, en daarom zullen zulke deviante dingen meestal niet eens *gedacht* worden. Als dat zo is, dan raakt dat een belangrijke pretentie van juridische argumentatie, namelijk dat de formele, technisch-juridische kwaliteit van een argument doorslaggevend is. Om het maar eens samenzweerderig te zeggen: kan het zo zijn dat de formele aspecten van juridische argumentatie fungeren als afleiding voor de inhoudelijke manoeuvres die worden uitgevoerd?^[16]

We hebben tot nu toe twee te onderzoeken kwesties benoemd: hoe vaak speelt het probleem van rechterlijke keuzevrijheid nu eigenlijk; en welke factoren zijn van belang voor de keuze die de rechter maakt. Maar als we het daarbij laten, nemen we als juristen ons vak onvoldoende serieus. Want een vraag die ons wetenschapsgebied in de

kern raakt is: waar in juridische argumentatie zit de ruimte voor uiteenlopende keuzes? Als we ervan uitgaan dat sommige argumentaties juist, en andere onjuist zijn, hoe kan het dan dat er juiste argumentaties met tegengestelde uitkomsten mogelijk zijn?

Wie vindt dat de rechter slechts zelden keuzes maakt, zal daar weinig moeite mee hebben. Om een voorbeeld uit de oude doos te gebruiken: het stakingsrecht is niet door de Nederlandse wetgever geregeld. Daar moet de rechter dus kiezen, omdat er geen regel is. Het lijkt me echter dat deze voorstelling van zaken (namelijk dat het stakingsrecht niet geregeld is) al een keuze impliceert. Ooit was het juiste antwoord dat het stakingsrecht door de wetgever wel geregeld was, namelijk in het contractenrecht. Als de werknemer zijn prestatie niet levert, kan het contract met onmiddellijke ingang verbroken worden. Staken mag in deze voorstelling van zaken wel, maar leidt tot beëindiging van de arbeidsrelatie. Maar ook als deze negentiende-eeuwse hobbel eenmaal is genomen lijkt het me een onjuist dat de rechter volstreekte vrijheid had bij de inrichting van het stakingsrecht. Er waren wel relevante normen - in het overeenkomstenrecht, onrechtmatige daad, het ESH - maar de vraag was welke regeling op basis van die normen de meest overtuigende was. Ook bij een kwestie als die van het stakingsrecht, waar de vrijheid van de rechter ontegenzeggelijk groter is dan bij de vraag of een beroepstermijn is overschreden, kunnen juiste en onjuiste argumentaties gebruikt worden, en speelt de vraag wanneer een argumentatie onjuist is, en wanneer uiteenlopende argumentaties allemaal juist zijn. Als meerdere argumentaties juist zijn, waar zitten de keuzes dan in de ambachtelijke redeneringen verscholen, hoe is het mogelijk dat een technische, zo veel mogelijk gesloten manier van redeneren als de juridische toch open is voor politieke keuzes?

Het lijkt me daarom dat het Nederlandse onderzoek naar rechtsvinding een nieuwe wending moet nemen. In plaats van de apaiserende toon ('De meeste zaken zijn gewoon duidelijk') en de sussende normativiteit ('Rechters moeten integer omgaan met de dilemma's waarvoor hun taak hen plaatst') komt het aan op een wat rigoreuzere analyse van de activiteit van de rechter. Dat heeft gevolgen voor het debat over methoden van juridisch onderzoek. Daarbij pleegt het te gaan over ofwel empirische onderzoeksmethoden, ofwel over de vraag hoe een geldige juridische redenering gebouwd kan worden. Empirisch onderzoek is nuttig en nodig, maar laat de kern van de rechtswetenschappen buiten schot. En de discussie over zuiver juridische onderzoeksmethoden blijft steken in de veronderstelling dat academische juristen eigenlijk rechtsregels willen formuleren - rechtertje willen spelen (*aka* de praktijkgerichte oriëntatie van rechtswetenschappelijk onderzoek). In de rechtsvindingsliteratuur is de centrale vraagstelling immers: hoe kan het juiste antwoord op een rechtsvraag gevonden worden? Dat is de vraag waar de rechter elke dag voor geplaatst wordt, en voor dat probleem worden methoden (of wat daarvoor moet doorgaan) gepresenteerd. Onbesproken blijft de vraag op welke manier zulke juiste antwoorden in elkaar zitten, wat de overeenkomsten en verschillen tussen uiteenlopende juiste antwoorden zijn. Er wordt niet gekeken naar de constructie, naar de techniek van juridische argumentatie. Daardoor wordt het dilemma van juridische argumentatie overgenomen, in plaats van het aan een analyse te onderwerpen. Een te onderzoeken kwestie is dus, op welke manier de gelijktijdige openheid en geslotenheid van juridische argumentatie kan worden onderzocht zonder ten prooi te vallen aan wat in de sociale wetenschappen *going native* heet - een zo vergaande identificatie met het onderzoeksobject dat de onderzoeker onvoldoende afstand heeft om behoorlijk onderzoek te doen.

Samenvattend: de discussie van het afgelopen jaar over de rol van de rechter in het bestuursrecht, en meer in het bijzonder in het vreemdelingenrecht, brengt mij op drie vragen. De eerste vraag gaat over de manier waarop juridische argumentatie wordt geanalyseerd. Academische juristen hebben de neiging het zelfbeeld van praktijkjuristen over te nemen. Daardoor halen zij de weggemoffelde keuzes waar zij van leven binnenboord. Maar een van de centrale vragen in rechtswetenschappelijk onderzoek moet zijn: welke dubbelzinnigheden in het recht stellen juristen in staat om met degelijke ambachtelijke redeneringen verschillende uitkomsten te bereiken? Hoe slagen zij erin die dubbelzinnigheden uit te buiten (ze hebben ze immers nodig voor hun uitkomst), en ze tegelijkertijd toe te dekken (anders zou hun argumentatie er niet dwingend uit zien)? Het doel is hier een *manier van analyseren* (voor wie van poeha houdt: een methode) te ontwikkelen waarmee de keuzemomenten in juridische argumentatie ontdekt kunnen worden. De tweede vraag gaat over de *(on)bepaaldheid van juridische argumentatie*. Meer concreet: hoe en in welke mate is juridische argumentatie open (onbepaald, inhoudelijk, enz.), en in welke mate gesloten (bepaald, objectief, technisch, enz.), en hoe verhouden tegengestelde trekken zich tot elkaar? Centraal staat de vraag op welke plekken in juridische argumentatie een keuze gemaakt moet worden die niet door de juridische techniek zelf wordt voorgeschreven. Dat vereist een nauwgezette, weinig goedgegelovige juridische

analyse. Met deze kwestie hangt samen hoe veel van die 'kwetsbare' plekken er eigenlijk zijn, en welke persoonlijke en organisatorische factoren de uitkomst van met name rechterlijke besluitvorming beïnvloeden. Ten derde speelt de vraag of de juridische geldigheid van argumenten niet samenhangt met, of zelfs afhangt van de verhoudingen waarbinnen de argumentatie moet gelden. Is het zo dat een argument dat inhoudelijk te ver van de juridische status quo verwijderd is niet snel als geldig zal worden beschouwd, hoe briljant het ook is? Als de uitkomst van juridische argumentatie niet of niet geheel door het recht bepaald wordt, waardoor dan wel? Is het 'allemaal polletiek' (zoals mijn oma al wist), of 'it's the economy, stupid'? Over de mogelijke *sociale bepaaldheid van recht* vallen vast genuanceerdere dingen te melden.

Daarbij zou het interessant zijn verschillende rechtsgebieden in aanmerking te nemen. De gedachte dat rechters sterk politieke keuzes maken is niet specifiek voor het migratierecht of het bestuursrecht. Hij is, integendeel, het grondigst ontwikkeld in het burgerlijk recht (Kennedy,^[17] hier te lande Hesselink) en het internationaal recht (Konskenniemi).^[18] Het voert te ver hun werk hier te introduceren, maar ongetwijfeld heeft elk rechtsgebied zo zijn specificiteiten. Die zijn interessant voor zover zij kunnen bijdragen aan de vorming van een algemene theorie over juridische argumentatie.

Het is tijd voor een rechtswetenschap die fundamentele vragen durft te stellen. Die vragen zijn tot nu toe nauwelijks aan bod gekomen, naar men mag aannemen mede omdat zij niet beantwoord kunnen worden aan de hand van de praktische wijsheden waarvan de juristerij aan elkaar hangt. Het is op zichzelf niet erg dat die praktische oriëntatie niet uit de voeten kan met zulke fundamentele vragen. Maar het is wel een reden om de rechtswetenschap te verrijken met een, dan maar wat minder praktische, tak die zulke fundamentele vragen wel onder handen neemt.

Voetnoten

Voetnoten

- [*] Prof. mr. T.P. Spijkerboer is hoogleraar migratierecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam en medewerker van dit blad. Ik dank Bahija Aarrass, Juan Amaya-Castro, Kees Groenendijk, Hannah Helmink, Lieneke Slingenberg, Martijn Stronks, Ashley Terlouw, Sarah van Walsum en Jaap van der Winden, alsmede twee door de redactie ingeschakelde referenten, voor hun kritische commentaar op een eerdere versie van dit stuk.
- [1] *De Volkskrant* 25 juli 2008, p. 3, naar aanleiding van Rb. 's-Gravenhage 4 juli 2008, *JV* 2008/324.
- [2] Thomas Spijkerboer: *Het hoger beroep in vreemdelingenzaken*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002.
- [3] In eerdere versies had ik hier het woord politiek gebruikt, in de door Van Gerven bedoelde zin (de rechter moet uit verschillende alternatieven er één kiezen), W. van Gerven, *Het beleid van de rechter*, Antwerpen: Standaard Uitgeverij 1973, p. 9. Dit woord leverde, vanwege de associatie met partijpolitiek, zoveel misverstanden op dat ik het woord hier even buiten gebruik laat.
- [4] J.E.M. Polak, 'Enkele aspecten van rechterlijke toetsing van overheidshandelen', *NJB* 2008, 857, afl. 18, p.1084.
- [5] Kees Groenendijk, *Een venijnig proces*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2008. Zie voor het onderzoek dat aan de rede ten grondslag lag Kees Groenendijk en Ashley Terlouw, *Tussen onafhankelijkheid en hiërarchie. De relatie tussen de vreemdelingenrechters en de Raad van State, 2001-2007*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009.
- [6] Groenendijks verwijzing naar het nazitijdperk leidde tot veel, weinig productieve, emoties. Voor een schepje daar nog bovenop zie Nick Huls, 'Rechters in oorlogstijd', *AA* 2009, p. 333-337, en een gedachtenwisseling daarover tussen hem en Kees Schuyt in *AA* 2009, p. 407-412.
- [7] Zie voor een kortere reactie Kees Schuyt en Jaap van der Winden, 'De Vreemdelingenkamer van de Raad van State is geen verzameling juridisch kwaadwillenden', *NRC Handelsblad* 17 mei 2008. Dat stuk leidde tot Kees Groenendijk en Ashley Terlouw, 'Hooggeleerd, toch ziende blind en horende doof', *NRC Handelsblad* 23 mei 2008, p. 8; Ulli d'Oliveira, 'Rechtscollege ziet vreemdeling niet. De frictie tussen de Raad van State en rechters die besluiten over uitzetting', *NRC Handelsblad* 23 mei 2008, p. 8.
- [8] Over woeste wetenschappers en rechters die 'onvoldoende Kneuterdijs' zijn. Een reactie op 'Een venijnig proces', de afscheidsrede van prof. mr. C.A. Groenendijk, *Journal Vreemdelingenrecht* 2008, p. 460-483.

Van der Winden was destijds senior-jurist bij de Vreemdelingenkamer van de Afdeling bestuursrechtspraak. Zie voor twee andere reacties T.J.P. van Os van den Abeelen, 'Te venijnig. Overwegingen bij de haast immanente vreemdelingenrechtelijke controverse Raad van State versus (bijna) de rest van juridisch Nederland', *Journaal Vreemdelingenrecht* 2008, p. 490-494, en O.L.H.W.I. Korte, 'Rechter en onrechtvaardig recht. Over de kritiek van vreemdelingenrechtvaarders op hun appelrechter', *Journaal Vreemdelingenrecht* 2008, p. 495-505. Groenendijk reageerde met 'Een begin van debat', *Journaal Vreemdelingenrecht* 2008, p. 484-489.

- [9] ABRvS 22 augustus 2008, *JV* 2008/372.
- [10] Van der Winden, supra noot 8, p. 476.
- [11] In mijn oratie heb ik telkens de door de Afdeling genegeerde alternatieven benoemd, *Het hoger beroep in vreemdelingenzaken*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002.
- [12] RvS, *Jaarverslag* 2002, p. 29; Paul Q. van der Burg, 'De Afdeling in Vreemdelingenzaken', *NJB* 2003, afl.1, p.17.
- [13] Tom Claessens, 'Zo venijnig hoeft toch niet', *Trema* 2008, p. 230-236.
- [14] A.w., p. 236.
- [15] Zie voor eerste uitwerkingen Thomas Spijkerboer, 'Freedom and Constraint in Adjudication. Dutch courts on liens law 1945-1967', in: Anita Böcker e.a. (red), *Migratierecht en rechtssociologie (Liber amicorum Kees Groenendijk)*, Nijmegen: Wolf 2008, p. 345-354; Thomas Spijkerboer, 'Structural Instability: Strasbourg Case Law on Children's Family Reunion', *European Journal of Migration and Law* 2009, p. 271-293.
- [16] Oplettende lezers kunnen gemerkt hebben dat ik twee lijnen uit het werk van Bourdieu met elkaar verbind, namelijk de tegenstelling tussen vorm en inhoud (die hij gebruikt in zijn onderzoek naar goede smaak), en de rol van wat hij habitus noemt (hij past die toe op taal). Zie *La distinction*, Minuit 1979, en *Language et pouvoir symbolique*, Seuil 2001.
- [17] Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication*, Cambridge/London: Harvard University Press 1997.
- [18] Martti Koskeniemi, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument* (Reissue), Cambridge: Cambridge University Press 2005.