

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/93503>

Please be advised that this information was generated on 2021-06-22 and may be subject to change.

Robert J. Spitzer

Saving the Constitution from Lawyers. How Legal Training and Law Reviews Distort Constitutional Meaning

Cambridge: Cambridge University Press 2008, 195p. ISBN 978-0-251-72172-1

J.J.J. SILLEN*

1. Inleiding

Pakkende titels, Amerikanen lijken er hun hand niet voor om te draaien: *The Tempting of America* (over grondwetsinterpretatie), *The Disease as Cure* (over positieve discriminatie), *The Least Dangerous Branch* (over de rol van de rechter in het staatsbestel) en nu: *Saving the Constitution from Lawyers*. Het bedenken van een pakkende titel is lastig. Heeft de schrijver er juist een gevonden, dan realiseert hij zich al snel dat de titel de lading van het boek niet goed dekt. Wellicht kwam de vermaarde politicoloog Robert J. Spitzer ook tot die ontdekking toen hij *Saving the Constitution from Lawyers* bedacht, maar kon hij de verleiding niet weerstaan om zijn vondst te handhaven. Hoewel de titel van boek zegt dat de Constitutie bij juristen niet in goede handen is, richt de schrijver zijn pijlen slechts op een bepaald soort juristen, namelijk *law professors*. Hun publicaties getuigen volgens Spitzer van onzorgvuldig onderzoek, waardoor zij de Constitutie op een onjuiste wijze uitleggen. Omdat beleidsmakers voor de uitleg van de Constitutie terugvallen op dat wetenschappelijk onderzoek, brengen *law professors* de samenleving schade toe.

Dat het onderzoek van deze Amerikaanse academische juristen niet zorgvuldig is, ligt niet zo zeer aan hen zelf, als aan hun omgeving, zo betoogt Spitzer (p. 6-7). Twee elementen van die omgeving zijn daarvoor bepalend: de opleiding van juristen en de eigen aard van de tijdschriften waarin zij hun onderzoek presenteren, de *law reviews* (p. 32).

2. De juridische opleiding

Anders dan bijvoorbeeld sociale wetenschappers worden juristen opgeleid volgens het *adversary system*: het conflictmodel (hoofdstuk 1). Volgens dat model leren studenten standpunten te verdedigen op zo'n wijze dat een onafhankelijke derde overtuigd raakt van hun gelijk en van het ongelijk van hun tegenstrever. Het model is geënt op de juridische praktijk: ook

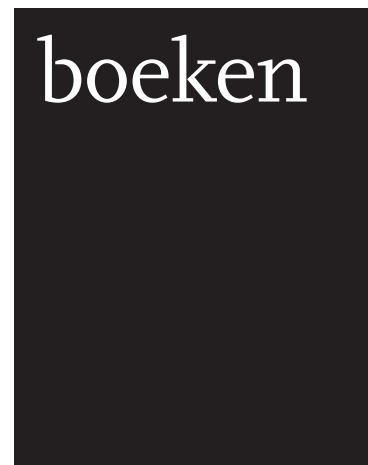
* Mr. drs. J.J.J. Sillen is universitair docent staat- en bestuursrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

daar moeten juristen de rechter overtuigen van het standpunt van hun cliënt. En daarin zit hem volgens Spitzer ook net de pijn: het conflictmodel functioneert uitstekend om praktijkjuristen op te leiden, maar levert geen goede wetenschappers op. Aan het opleiden van goede wetenschappers is het model zelfs tegengesteld, zo betoogt hij (p. 13-14). Wetenschap zoekt naar waarheid; de rechtspraak beoogt daarentegen te overtuigen (p. 23). Juristen redeneren naar uitkomsten toe: zij willen niet weten hoe het recht werkelijk luidt, maar willen het zó uitleggen dat het overeenstemt met hun eigen normatieve opvattingen. Daartoe zoeken zij naar argumenten die hun eigen opvatting ondersteunen en verzwijgen zij het overige (p. 25). Juristen volgen kortom niet de regels van onderzoek die in andere disciplines gelden. Deze stelling is niet nieuw, zoals Spitzer terecht schrijft. Zij is in de Verenigde Staten eerder verdedigd door de gerenommeerde politicologen Epstein en King¹ en ook in Nederland heeft zij aanhangers.²

Nu kan aan Spitzer worden tegengeworpen dat de regels van onderzoek die voor de sociale wetenschappen gelden, niet toepasbaar zijn op juridisch onderzoek. De aard van het onderzoek is daarvoor te verschillend: sociaalwetenschappelijk onderzoek is voornamelijk empirisch; juridisch onderzoek is normatief. Spitzer vindt die tegenwerping niet overtuigend. Hij stelt:

'all disciplines struggle with matters of morals and values and certainly the social sciences do. Yet, the rules of inquiry apply no less to such areas of study. In fact, when values are most at stake, the rules of inquiry are most important' (p. 28).

Spitzers reactie overtuigt mij niet. Ik vind haar te ongenueanceerd. Zijn stelling dat in sociaalwetenschappelijk onderzoek, net als in juridisch onderzoek, moraliteit een rol speelt, deel ik. Die moraal speelt in beide wetenschapsgebieden volgens mij echter niet steeds *dezelfde* rol. Sociaalwetenschappelijk onderzoek is empirisch van aard; het beschrijft moraal. Zij wordt genoemd als oorzaak of gevolg van sociale processen. In juridisch onderzoek kan moraal ook die rol spelen, maar dat hoeft niet: Als juristen beschrijven hoe de hoogste rechter een vage juridische norm uitlegt, dan ligt in die beschrijving nogal eens de morele opvatting van die hoogste rechter besloten. Hoewel moraliteit in zulk onderzoek dus een rol speelt, is het onderzoek toch – net als sociaalwetenschappelijk onderzoek – empirisch van aard. Sociaalwetenschappelijke onderzoeksregels kunnen er daarom op worden toegepast. Als juristen echter niet beschrijven hoe de rechter een norm uitlegt, maar argumenteren welke uitleg volgens hen de beste is, bijvoorbeeld omdat haar betekenis in de rechtspraak nog niet duidelijk is, speelt moraal dikwijls een andere rol.



1 Lee Epstein & Gary King, 'The Rules of Inference', *The University of Chicago Law Review* 2002, p. 1-133.

2 Vgl. R.A.J. van Gestel e.a., 'Rechtswetenschappelijke artikelen. Naar een methodologische verantwoording', *NJB* 2007, p. 1448-1461.

Van zo'n andere rol is zeker sprake als de onderzoeker een interpretatiemethode volgt die zegt dat normen moeten worden uitgelegd volgens hun meest wenselijke betekenis. Zulk onderzoek heeft niet tot doel moraal te beschrijven, maar heeft tot doel te argumenteren waarom een bepaalde uitleg (moreel) goed is. Het is anders gezegd niet empirisch, maar normatief van aard. Op zulk onderzoek acht ik sociaalwetenschappelijke onderzoeksregels niet goed toepasbaar.

Spitzers boek heeft betrekking op juridisch onderzoek dat de laatstgenoemde doelstelling heeft: het bespreekt niet onderzoek waarin wordt beschreven hoe de rechter de Amerikaanse Constitutie uitlegt, maar waarin wordt beargumenteerd wat de betekenis is van bepalingen waarover (nog) onduidelijkheid bestaat. Volgens Spitzer hoort moraal bij zulk onderzoek geen rol te spelen. Hij stelt dat de Constitutie moet worden uitgelegd aan de hand van enerzijds haar tekst en de bedoeling die de opstellers daarmee hadden en anderzijds aan de hand van de wijze waarop de rechter die normen reeds heeft geïnterpreteerd. Nergens zegt hij dat uitdrukkelijk. Slechts uit de door hem uitgevoerde *case studies* (zie hierna, onder 4) blijkt dit (bijv. p. 135-136). Elke andere interpretatiemethode – zoals de normatieve interpretatiemethode die ik hiervoor noemde – vindt Spitzer niet alleen getuigen van slechte smaak, maar acht hij eenvoudig fout. Zijn reactie op de stelling dat 'redelijk denkende mensen' van opvatting kunnen verschillen over de vraag wat de Grondwet betekent, getuigt daarvan. Hij schrijft daarover:

'no such standard is useful or appropriate for the empirical research question of [what the Constitution actually means, JS], for this is a matter to be resolved by a careful weighing of legal, historical, and political evidence. [...] Can 'reasonable minds' differ about whether the Earth is flat or round? It is simply the wrong question.' (p. 87)

Wat de Constitutie betekent is volgens Spitzer dus steeds een empirische vraag, waarop slechts één juist antwoord bestaat. Ook die stelling overtuigt mij niet. Ik kom daarop onder 4 terug.

In zijn boek bekritiseert Spitzer onderzoek van *law professors* waarin zij middels de door hem voorgestane interpretatiemethode proberen de Amerikaanse Grondwet uit te leggen. Van dat onderzoek heeft hij geen hoge pet op. Hij noemt het '*stunningly, and fatally, defective*' (p. 11). *Law professors* gaan volgens hem onnauwkeurig om met bronnen en noemen slechts die gegevens die hun stelling ondersteunen. Spitzer schrijft dat historici geschiedkundig onderzoek dat aan dezelfde gebreken lijdt, zelfs '*law office history*' noemen (p. 28).

Zoals gezegd, ligt volgens Spitzer een belangrijke oorzaak van dit gebrek-
tig onderzoek in de juridische opleiding. Die opleiding is echter niet het
enige oorzaak. Ook de invloed van *law reviews* is daaraan debet.

3. De invloed van law reviews

Volgens Spitzer zijn *law reviews* om twee redenen mede de oorzaak van,
wat hij noemt, 'eigenzinnig juridisch theoretiseren' over de betekenis van
de Amerikaanse Constitutie (p. 32-33).

Ten eerste zijn er volgens hem te veel *law reviews*. Elke Amerikaanse *law
school* geeft er ten minste één uit, zodat de teller boven de tweehonderd
staat. De kans dat een artikel in een van die *law reviews* wordt geplaatst –
ook al is de kwaliteit van het artikel gering – is daardoor aanzienlijk.

Ten tweede besteden die ruim tweehonderd *law reviews* disproportioneel
veel aandacht aan constitutioneel recht, terwijl dat rechtsgebied voor de
rechtspraktijk van ondergeschikt belang is, zoals ook blijkt uit het relatief
klein aantal staatsrechtelijk relevante rechterlijke uitspraken. Spitzers ver-
klaring voor die disproportionele aandacht voor constitutioneel recht in
law reviews is tweeledig (p. 42-43). Ten eerste heeft de rechter het constitu-
tionele recht in centrum van de publieke belangstelling gebracht door zijn
jurisprudentie over politiek gevoelige thema's als segregatie en abortus.

Ten tweede is die disproportionele aandacht te wijten aan degenen die de
redactie voeren van *law reviews*: studenten.³ Zij zijn gefascineerd door het
constitutionele recht, zijn belang voor de samenleving en '[the] drama of
court (and especially Supreme Court) rulings' (p. 43).

Het zijn volgens Spitzer diezelfde studentenredacties die ervoor zorgen
dat de kwaliteit van de door hen geplaatste staatsrechtelijke artikelen vaak
erbarmelijk is. Zij hebben onvoldoende kennis om de kwaliteit van die arti-
kel te beoordelen, maar zij maken evenmin gebruik van *peer review* –
volgens Spitzer 'the academic gold standard' (p. 49). Het gevolg daarvan
is dat slechts die artikelen worden geplaatst die of herhalen wat reeds lang
bekend is of juist zeer vernieuwend zijn, terwijl de redactie niet in staat is
te bepalen of de inhoud van het artikel aan de maat is (p. 47-48 en p. 52).

Het systeem van *law reviews* met studentenredacties functioneert daar-
door weliswaar 'without a ceiling on excellence, it also functions without a
barrier to writing that is incompetent, bad and wrong' (p. 55). Door het
plaatsen van onzorgvuldige artikelen berokkenen *law reviews* de samenle-
ving schade, omdat beleidsmakers voor de betekenis van de Grondwet te
rade gaan bij die artikelen, zo betoogt Spitzer (p. 55). In drie *case studies*
laat hij dat zien.

³ Spitzer baseert zijn kritiek met name op de geschriften van Richard A. Posner: een bekend criticaster van studentgeleide *law reviews*.

4. Drie case studies

De drie *case studies* waarmee Spitzer illustreert dat academische juristen slecht onderzoek verrichten waarmee de samenleving schade wordt berekend, beslaan het grootste deel van het boek. Hij behandelt in *law reviews* gepubliceerd onderzoek over de geïmpliceerde bevoegdheid van de President om slechts een deel van een (begrotings)wetsvoorstel tot wet te verheffen (het zogenaamde *inherent item veto*), de veronderstelde bevoegdheid van de President om zelfstandig en zonder inmenging van andere ambten de uitvoerende macht uit te oefenen, alsmede het leger aan te voeren (onder de titel ‘unitary executive and the commander-in-chief power’) en de betekenis van het Tweede Amendement op de Amerikaanse Constitutie (over het recht om wapens te dragen).

Spitzer toont met deze drie *case studies* volgens mij inderdaad aan dat juristen met enige regelmaat bronnen selectief gebruiken en historische feiten onjuist weergeven, zodat zij hun normatieve voorkeuren kunnen presenteren als positief recht. Beleidsmakers baseren zich intussen op dat onderzoek en voeren het aan om hun eigen beleidsbeslissingen te legitimeren.

De *case studies* leggen echter volgens mij ook bloot wat de zwakke kant is van Spitzers betoog: hij heeft een te eenvoudige voorstelling van interpretatie. In zijn derde *case study* bespreekt hij als gezegd de betekenis van het Tweede Amendement op de Constitutie. Dat Amendement leidde lange tijd een slapend bestaan totdat clubs als de *National Rifle Association* het zó uitlegden dat daarin voor individuele burgers het recht besloten lag om een wapen te dragen. In 2007 omarmde het *United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit* deze uitleg. De overheid stelde daarop hoger beroep in bij het *Supreme Court*. Toen *Saving the Constitution from Lawyers* uitkwam, had het *Supreme Court* in die zaak echter nog geen uitspraak gedaan. Spitzer betoogt nu in zijn derde *case study* dat het *Court of Appeals* en de *NRA* hun uitleg van het Tweede Amendement baseren op artikelen die zijn verschenen in *law reviews* en dat het onderzoek dat daaraan ten grondslag ligt, niet deugt. Volgens hem was het niet de bedoeling van de opstellers van het Tweede Amendement om burgers het recht te geven om wapens te dragen.

In 2008 besliste het *Supreme Court* echter in *District of Columbia v. Heller* dat het Tweede Amendement wèl het recht om wapens te dragen omvat.⁴

In 2010 besliste het *Supreme Court* bovendien dat dat recht niet alleen jegens de federatie, maar ook jegens de deelstaten kunnen inroepen.⁵

Beide arresten steunen sterk op historische argumenten, zoals ook Spitzer voorstaat.⁶ Wie het gelijk aan zijn zijde heeft – Spitzer of het *Supreme Court* – kan ik lastig beoordelen: ik ben geen historicus en heb van die geschiedenis geen studie gemaakt. Het lijkt mij echter

4 U.S. Supreme Court 26 juni 2008, 128 S.Ct. 2783 (District of Columbia v. Heller).

5 U.S. Supreme Court 28 juni 2010, 130 S.Ct. 3020 (McDonald v. Chicago).

6 De benadering die de meerderheid in het Hooggerechtshof in *Heller* kiest is overigens iets anders dan die Spitzer voorstaat. Spitzer gaat uit van *original intent* (de oorspronkelijke bedoeling), terwijl het Hof uitgaat van de *original meaning* van het Tweede Amendement (de betekenis die tekst van het Amendement oorspronkelijk had).

onwaarschijnlijk dat een van beiden evident broddelwerk heeft afgeleverd. Waarschijnlijker acht ik dat het verschil tussen Spitzers uitleg van het Tweede Amendement en die van het Hoogerechtshof bewijst dat redelijk denkende mensen wel degelijk – en anders dan Spitzer stelt – van mening kunnen verschillen over de betekenis van de Grondwet, ook als voor die betekenis historische bronnen beslissend zijn.

Spitzers betoog heeft volgens mij nog een zwakke kant. Laten wij eens aannemen dat zijn lezing van het Tweede Amendement historisch correct is: de Constitutie geeft burgers niet het recht om wapens te dragen.

Volgens Spitzers interpretatiemethode moet bij de uitleg van de Constitutie echter niet slechts rekening worden gehouden met de tekst van de Grondwet en de bedoeling die de grondwetgever daarmee had, maar moet daarbij ook betekenis worden gehecht aan de jurisprudentie. Zo schrijft hij:

‘Fortunately, one does not need to channel the spirits of the Constitution founders in order to discern the meaning of the Second Amendment because the courts have also ruled on the meaning of this Amendment’ (p. 135-136).

Toen Spitzer zijn boek schreef, kwamen de door hem genoemde uitspraken overeen met hetgeen hij afleidt uit de tekst van het Tweede Amendement en de bedoeling van de opstellers daarvan. De uitspraken van het Hoogerechtshof over het recht om wapens te dragen die verschenen nadat het boek uit was, wijken echter van die betekenis af. Spitzers eigen (niet geëxpliciteerde) interpretatiemethode geeft geen uitsluitel over de vraag wat bij die stand van zaken (waarin de rechtspraak in een andere richting wijst dan de tekst en bedoeling van de Constitutie) de juiste uitleg van de Grondwet is. Spitzer lijkt te vergeten, dat – eventueel – slordig juridische onderzoek niet alleen beleidsmakers beïnvloedt, maar ook de (hoogste) rechter kan beïnvloeden. Naar mijn smaak kan een praktijkgerichte jurist in zo’n geval weinig anders dan zich – mokkend – bij die uitleg neerleggen.

5. Slot

Welke lessen kunnen we trekken uit *Saving the Constitution from Lawyers*? Volgens Spitzer moet in de juridische opleiding meer aandacht worden besteed aan wetenschappelijk onderzoek en de daarbij behorende normen en waarden. Het wetenschappelijk onderzoek dat juristen verrichten moet dienstbaar zijn aan de praktijk, zoals in het begin van de vorige eeuw nog gewoon was (p. 180-182). Niet alleen het onderzoek en de opleiding zouden moeten veranderen, ook de organisatie van *law reviews* moet

anders, aldus Spitzer (p. 182-185). Artikelen zouden slechts moeten worden toegelaten na *peer review* en het aantal *law reviews* zou moeten verminderen, zodat de kwaliteit van de gepubliceerde artikelen toeneemt. De Nederlandse situatie verschilt aanzienlijk van de Amerikaanse. Zo staat in ons land de studie van het constitutionele recht niet zo in de belangstelling als in de Verenigde Staten. Evenmin kennen wij veel juridische tijdschriften met studentenredacties. Alleen *Ars Aequi* kent zo'n statuut – en dat is naar mijn mening nu juist een van de meest leeswaardige juridische bladen die Nederland rijk is. Ondanks deze verschillen denk ik dat wij kunnen leren van Spitzers betoog. Zo zouden Nederlandse juristen – net als hun Amerikaanse collega's – een scherper onderscheid moeten maken tussen geldend recht en (volgens de schrijver) wenselijk recht en mag onze voorkeur voor wat wenselijk recht is niet bepalen welke bronnen wij noemen. Zo'n onderscheid tussen geldend recht en wenselijk recht vereist echter eerst duidelijkheid over de vraag hoe het geldende recht luidt. Het vereist kortom een helder geformuleerde interpretatiemethode die ook daadwerkelijk wordt nageleefd. Dat is geen gemakkelijke opdracht. Ook dat bewijst *Saving the Constitution from Lawyers*, en misschien is dat wel de belangrijkste les die na lezing van Spitzers boek beklijft.